



**Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Rio Grande**

Rua Capitão Tenente Heitor Perdigão, 55, 5º andar - Bairro: Centro - CEP: 96200-580 - Fone: (53)3293-4025 - Email: rsrgr02@jfrs.jus.br

AÇÃO POPULAR Nº 5000681-64.2023.4.04.7101/RS

AUTOR: DJALMA SILVEIRA DA SILVA

AUTOR: BRUNO COZZA SARAIVA

RÉU: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Bruno Cozza Saraiva e Djalma Silveira da Silva ajuizaram a presente ação popular, instrumentalizada com pedido liminar, em face da **Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG)**, requerendo (evento 1, INIC1, p. 30):

"B) (...) 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."

Expuseram que o Vice-Reitor da FURG, Professor Renato Dias Duro, apresentou ao Conselho Universitário, no dia 26/09/2022, indicação para "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".

Salientaram que, na referida indicação, "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 Pós-Graduação, para as pessoas transgênero".

Destacaram que "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".

Referiram que a indicação foi aprovada pelo CONSUN (Conselho Universitário), conforme Resolução CONSUN nº 11, de 07/10/2022. Aduziram que esta Resolução modificou as Resoluções nº 20/2013 (que prevê cotas para ingresso na graduação somente para estudantes oriundos de Escola Pública, Indígenas, Quilombolas e Estudantes com Deficiência) e 4/2019 (que prevê cotas para ingresso na pós-graduação, stricto sensu e lato sensu, somente para estudantes oriundos de Escola Pública, Indígenas, Quilombolas e Estudantes com Deficiência).

Salientaram que as informações relativas ao primeiro edital específico para pessoas transgênero foram publicadas na página oficial da FURG no dia 25/10/2022. Aduziram que a FURG:

"(...) ao instituir cotas, tanto no âmbito da graduação quanto no da pós-graduação, para as pessoas transgênero, adentrara na esfera da CRIAÇÃO DE DIREITOS ou seja, na ESFERA LEGISLATIVA, mesmo sem possuir competência para tal, de modo a violar:

A) A Primazia da Lei.

B) O Princípio da Legalidade Genérica.

C) A Legalidade Administrativa e a Lei n.º 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)."

Mencionaram que, em razão "**da Incompetência para a prática do Ato e da Ilegalidade administrativa do Objeto**, ou, melhor dizendo, **da Auséncia de competência da Universidade Federal do Rio Grande – FURG para CRIAR direitos**, a presente Ação Popular tem por objetivo, em um primeiro momento, a **SUSPENSÃO**, em sede liminar, **DA RESOLUÇÃO CONSUN/FURG n.º 11 de 07 de outubro de 2022 e DO EDITAL DO PROCESSO SELETIVO 2023 ESPECÍFICO PARA INGRESSO DE ESTUDANTES TRANSGÊNEROS**, bem como, no **julgamento do mérito**, a **ANULAÇÃO** da **Resolução CONSUN/FURG n.º 11 de 07 de outubro de 2022** e do **Edital do Processo Seletivo 2023 Específico para Ingresso de Estudantes Transgêneros (o resultado final desse edital é 28 de fevereiro de 2023)**".

Discorreram sobre: **a**) o cabimento da ação popular; **b**) a primazia da lei; **c**) o princípio da legalidade genérica; **d**) a legalidade administrativa e a Lei nº 12.711/2012; **e**) a reserva absoluta de lei e a competência constitucional referente às matérias educacionais; **f**) a competência constitucional para a criação de direitos no âmbito da educação federal superior; **g**) a autonomia das universidades e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação; e **h**) a necessidade de concessão do pedido liminar.

Anexaram documentos.

Concedida a tutela antecipatória, nos termos abaixo transcritos (evento 4, DESPADEC1):

"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."

A FURG interpôs o Agravo de Instrumento (AI) nº 5006790-57.2023.4.04.0000 e formulou pedido de reconsideração no ev. 13.1.

Deferida em parte a tutela recursal para fins de suspensão da decisão agravada (processo 5006790-57.2023.4.04.0000/TRF4, evento 3, DESPADEC1); a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) deu provimento ao recurso da FURG (processo 5006790-57.2023.4.04.0000/TRF4, evento 42, EXTRATOATA1).

A Defensoria Pública da União (DPU) postulou o seu ingresso no feito como parte interessada (evento 18, PET1), requerimento deferido na decisão do ev. 20.1.

NUANCES - Grupo de Livre Expressão Sexual e **IGUALDADE** - Associação de Travestis e Transexuais do Rio Grande do Sul requereram ingresso na presente ação na qualidade de assistente simples ou, subsidiariamente, na condição de *amicus curiae* (ev. 21.1).

A Associação dos Professores da Universidade Federal do Rio Grande e do Instituto Federal do Rio Grande do Sul (**APROFURG**) também requereu habilitação no feito na condição de *amicus curiae* (ev. 23.1). Teceu comentários sobre a inadequação da via eleita, o cerceamento das pessoas transgênero à ocupação dos espaços sociais, a Lei nº 12.711/2012, a Resolução CONSUN nº 11, o edital do processo seletivo específico para estudantes transgênero e a autonomia universitária.

No ev. 24.1, a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros de Rio Grande (**ALGBTRG**) e o Diretório Central dos Estudantes da Universidade Federal do Rio Grande (**DCE-FURG**) requereram habilitação no feito como assistentes simples ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*. Em síntese, reiteraram os fundamentos expostos na manifestação da **APROFURG** (ev. 23.1).

A **parte autora** manifestou-se pelo indeferimento dos pedidos de intervenção simples e/ou de *amicus curiae* (ev. 26.1).

O **Ministério Públíco Federal (MPF)** opinou pelo deferimento dos pedidos de ingresso simples no feito. Preliminarmente, apontou a inadequação da via processual eleita. No mérito, requereu a improcedência da ação (ev. 31.1).

A FURG contestou no ev. 32.1. Também arguiu preliminar de inadequação da via eleita. Quanto ao mérito, asseverou que "*A cota para pessoas trans instituída pela Universidade representa uma 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)".*

Sustentou que as universidades federais possuem autonomia para elaborar suas próprias normas internas: a forma de ingresso, o número de vagas, as normas para inscrição e para matrícula, a grade curricular dos cursos, dentre outros assuntos, bem como não se pode admitir a interferência judicial na esfera da autonomia administrativa. Ressaltou que, por força da Lei nº 12.711/2012 e do art. 5º, § 3º do Decreto nº 7.824/12, as universidades federais dispõem autonomia para criar o regime de reserva de vagas "suplementares" ou "de outra modalidade, não existindo fundamento na afirmação de que a Lei nº 12.711/2012 estabeleceu um rol taxativo para criação de reserva de vaga.

Ressaltou que o STF entendeu possível a instituição das cotas raciais antes mesmo da edição de lei formal e material sobre o tema, com fundamento na autonomia universitária, assim há prerrogativa de, após a edição da Lei nº 12.711/2012, as instituições públicas de ensino superior instituírem, por ato regulamentar interno, reservas adicionais de vagas para atendimento específico de ações afirmativas.

Salientou que a cota criada pela Universidade Federal do Rio Grande não é nenhuma inovação, pois pelo menos outras 12 (doze) universidades adotam, tanto em cursos de graduação quanto em cursos de pós-graduação. Requereu a improcedência do pedido.

Em sua manifestação (ev. 33.1), a DPU suscitou preliminar de inadequação da via eleita e manifestou-se favoravelmente em relação aos pedidos de habilitação. Discorreu acerca da constitucionalidade da instituição de cotas para pessoas transgênero na FURG. Requereu a improcedência do pedido.

A decisão do ev. 35.1:

- a)** rejeitou a preliminar de inadequação da via processual eleita;
- b)** indeferiu os pedidos de assistência simples;
- c)** admitiu a participação, como *amicus curiae*, das seguintes entidades/associações: **NUANCES, IGUALDADE, APROFURG, ALGBTG e DCE-FURG**;
- d)** abriu o prazo comum de 15 (quinze) dias para as entidades/associações, querendo, apresentarem parecer técnico-jurídico sobre o tema objeto do processo e eventual documentação pertinente ao mesmo tema.

O Grupo pela Livre Expressão Sexual **NUANCES** se pronunciou no ev. 62.1. Em síntese, defendeu a legalidade ato administrativo impugnado, a necessidade de instituição de política de cotas para ingresso de grupo vulnerável no ensino superior, além da constitucionalidade e legalidade da política de reservas. Sustentou que deve ser observada a teoria do fato consumado na hipótese de procedência do pedido formulado, resguardando, assim, às pessoas já matriculadas, o direito de cursar o ensino superior.

Nos eventos 63.1, 64.1, 65.2 E , a **APROFURG**, o **DCE-FURG**, a **ALGBTG** e a associação **IGUALDADE** se reportaram às manifestações dos eventos 23.1, 24.1 e 21.1.

A **parte autora** requereu a produção de prova documental no ev. 67.1.

Réplica no ev. 68.1 e juntada de documentos pelos **autores** no ev. 69.

Nova manifestação da **ALGBTG** no ev. 74.1.

A decisão do ev. 87.1 assim dispôs sobre as provas requeridas pela **parte autora** na petição do ev. 67.1:

"No evento 67 a parte autora faz os seguintes pedidos de produção de provas:

- [...] seja oficiada a Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Rio Grande – FURG para que a mesma informe se a Universidade Ré lhe consultara acerca da criação da Resolução n.º 11 e do Edital Específico que se pretende as anulações. Caso ocorrida a consulta, requerem que a Procuradoria Federal apresente ao juízo, caso existente, os Pareceres sobre os dois atos administrativos.

- Levando-se em consideração que a Ré informara que a proposta que resultara na criação da Resolução n.º 11 fora aprovada por unanimidade (ATA 473), os Autores requerem que a Universidade Federal do Rio Grande – FURG apresente ao juízo a comprovação dos votos, ou seja, a assinatura de cada votante como comprovante do respectivo voto, de modo a comprovar o voto de cada membro presente.

- Levando-se em consideração que a Ré informara que a proposta que resultara na criação do Edital Específico para as pessoas transgêneras fora aprovada por unanimidade (ATA 126), os Autores requerem que a Universidade Federal do Rio Grande – FURG apresente ao juízo a comprovação dos votos, ou seja, a assinatura de cada votante como comprovante do respectivo voto, de modo a comprovar o voto de cada membro presente.

- Conforme a ATA 126, a criação do Edital Específico para as pessoas transgêneras fora resultante do Processo n.º 23116.003603/2022-85. Os Autores requerem que a Ré encaminhe, ao juízo, cópia de todo o processo, bem como a proposta que dera início ao mesmo, de modo a informar quem fora o Autor dessa proposta.

- Levando-se em consideração que o Presidente do COEPEA é o Reitor e que, na reunião que gerara a ATA 126, o mesmo fora representado pelo Vice-Reitor, que participara na condição de Reitor em Exercício, os Autores requerem que a Ré informe, ao juízo, por qual motivo o Reitor não participara da ordinária realizada na data de 21 de outubro de 2022, na qual fora aprovado o Edital Específico para pessoas transgêneras.

- Levando-se em consideração que o Edital Específico para as pessoas transgêneras disponibilizara 10 vagas para diferentes cursos, quais sejam, Medicina, Direito, Psicologia, Artes Visuais – licenciatura, Artes Visuais – bacharelado, Educação Física, Ciências Biológicas – Bacharel, Pedagogia, Enfermagem e Administração, na totalidade de 01 vaga para cada curso, os Autores requerem que a Ré informe individualmente, ao juízo, quantos candidatos se inscreveram para cada curso, bem como que informe o nome de cada um deles.

- Levando-se em consideração, de acordo com o Edital Específico para as pessoas transgêneras, que os candidatos deveriam acertar SOMENTE 20% da nota da redação e da nota do memorial descritivo para não serem eliminados do certame, os Autores requerem, também, que a Ré informe, individualmente e por curso, qual

a nota dos aprovados para preencher a vaga de cada um dos 10 cursos.

- Levando-se em consideração que os candidatos que participaram do certame capitaneado pelo Edital Específico para as pessoas transgêneras da FURG deveriam acertar SOMENTE 20% da nota da redação e da nota do memorial descritivo para não serem eliminados do certame, os Autores requerem que a Ré informe, ao juízo, qual a média dos últimos candidatos que ingressaram nos cursos de Medicina, Direito, Psicologia, Artes Visuais – licenciatura, Artes Visuais – bacharelado, Educação Física, Ciências Biológicas – Bacharel, Pedagogia, Enfermagem e Administração por meio do ENEM, uma vez que é notória a violação da ISONOMIA entre os candidatos que se submeteram ao certame do Edital Específico para as pessoas transgêneras e aqueles que se submetem, todos os anos, ao ENEM.

O objeto da lide consiste na legalidade ou não da Resolução CONSUN/FURG nº 11 e do Edital do Processo Seletivo 2023 específico para ingresso de estudantes transgênero, conforme fixado na decisão evento 35, DESPADEC1.

Assim, de acordo com o objeto da lide devem ser deferidos o primeiro e quarto pedido da parte autora. Os demais devem ser indeferidos por não terem pertinência com o objeto da lide.

Portanto, **defiro** o primeiro e quarto pedido da parte autora.

Intime-se a FURG para que, no prazo de 15 (dias), traga aos autos:

- a) Parecer da Procuradoria Federal, acaso existente, acerca da elaboração da Resolução CONSUN/FURG nº 11 e do Edital do Processo Seletivo 2023 específico para ingresso de estudantes transgênero;
- b) íntegra do Processo nº 23116.003603/2022-85, incluindo a proposta que deu início ao mesmo, bem como seu autor.

Em vindo aos autos os documentos, **dê-se** vista a parte autora por 15 (quinze) dias, devendo, no mesmo prazo, querendo, se manifestar em memoriais.

Após, **intime-se** a parte ré para, querendo, também apresentar memoriais.

Em continuidade, **intime-se** o MPF.

Por fim, voltem os autos conclusos para julgamento.

Cumpra-se."

Em cumprimento à decisão supra citada, a **FURG** juntou documentos no ev. 90.

Intimada, a **parte autora** requereu a expedição de ofício à **FURG** para prestar os seguintes esclarecimentos (ev. 93.1):

"Que a Universidade Federal do Rio Grande – FURG seja oficiada para informar, ao juízo, o nome dos representantes da Comunidade LGBTQI+ que participaram da elaboração-criação do Edital do processo seletivo 2023 para o ingresso de estudantes transgêneros.

- Que a Universidade Federal do Rio Grande – FURG seja oficiada para informar, ao juízo, a lista com o nome dos aprovados no processo seletivo 2023 para o ingresso de estudantes transgêneros.

- Que a Universidade Federal do Rio Grande – FURG seja oficiada para informar, ao juízo, se algum dos representantes da Comunidade LGBTQI+ que participara da elaboração-criação do Edital do processo seletivo 2023 para o ingresso de estudantes transgêneros fora aprovado no Edital o qual participara da elaboração-criação.

- Que a Universidade Federal do Rio Grande – FURG seja oficiada para informar, ao juízo, se a Comunidade LGBTQI+ fora representada, na elaboração-criação do Edital do processo seletivo 2023 para o ingresso de estudantes transgêneros, por alguma Associação Privada, legalmente registrada. Caso sim, qual?

- Que a Universidade Federal do Rio Grande – FURG seja oficiada para informar, ao juízo, por qual motivo terceirizara a sua gestão, ou seja, por qual motivo delegara o seu poder de gestão (da coisa pública), elaboração-criação de Edital de Processo Seletivo, para uma Associação Privada ou para pessoas físicas pertencentes à comunidade em questão?"

A decisão do ev. 98.1 indeferiu o pedido, declarou encerrada a instrução processual e determinou a intimação das partes para apresentação de memoriais.

Memorial da **parte autora** no ev. 105 e da **FURG** no ev. 108.

O **Ministério Públíco Federal** emitiu parecer pela improcedência dos pedidos (evento 113, PARECER1).

Vieram os autos conclusos para julgamento.

Nova manifestação da **parte autora** no ev. 115.

É o relatório.

Passo a decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar - Inadequação da via eleita.

A preliminar de inadequação da via eleita já foi por mim analisada na decisão do evento 35, nos seguintes termos:

Nos termos do artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, a ação popular é remédio constitucional à disposição de todo cidadão, para "anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural".

Quanto à legislação ordinária, dispõe o art. 1º da Lei 4.717/1965, que regula a ação popular, o que segue:

*Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (**Constituição, art. 141, § 38**), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.*

Os atos contra os quais é possível o ajuizamento de ação popular são, conforme prevê a legislação de regência, os atos administrativos que contenham vício de competência, de finalidade, de forma, de motivo ou de objeto, nos termos do artigo 2º da Lei nº 4.717/1965:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

No caso, trata-se de pedido de **desconstituição do ato administrativo** (anulação da Resolução CONSUN/FURG nº 11 e do Edital do Processo Seletivo 2023 específico para ingresso de estudantes transgênero), com a busca da recomposição da moralidade administrativa, pois os autores buscam a anulação da regulação administrativa instituidora de processo seletivo específico destinado a pessoas transgêneros.

Ademais, a jurisprudência chancela a ação popular como meio idôneo à proteção da moralidade administrativa, que neste momento processual deve ser analisada *in status assertionis*, ou seja, com base nas alegações formuladas na inicial, independentemente de serem ou não procedentes.

Deste modo, rejeito a preliminar arguida, pois a ação é formalmente adequada, nos limites das alegações formuladas.

Conforme já afirmado acima, os requisitos da Lei nº 4.717/1965 estão presentes no presente caso, pois se trata de ação movida por cidadãos no gozo de seus direitos políticos, e que visa anular ato que consideram lesivo ao patrimônio público, consistente na criação de vagas exclusivas para pessoas transexuais em universidade pública, supostamente ao arreio das normas legais e constitucionais aplicáveis.

Se há ou não razão nos argumentos trazidos pelos autores, ou seja, se o ato impugnado realmente violou as normas legais e constitucionais indicadas e se resultou, por isso, em lesão ao patrimônio público, é questão de mérito.

Por fim, a ação popular não está sendo utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, pois não se está atacando norma abstrata, mas sim um programa institucional concreto criado a partir de várias normas administrativas também de efeitos concretos.

Nesse sentido também, o que decidiu o TRF da 4ª Região na análise do agravo de instrumento interposto pela FURG contra a decisão do evento 4 destes autos, que havia concedido a tutela de urgência:

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 transmuta 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); destaco 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 constitucionalidade 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.)

Ante o exposto, ratifico em sentença a rejeição da preliminar em questão.

Mérito

1) Da causa de pedir e do pedido veiculado na ação popular

Segundo a doutrina processual clássica, são elementos identificadores da ação as partes, a causa de pedir e o pedido.

Para o que importa neste tópico inicial, a fim de delimitar o objeto e forma de julgamento do caso trazido nos autos, exporemos algumas considerações sobre a causa de pedir e o pedido veiculados nesta ação popular.

A causa de pedir consiste nos fatos subjacentes ao processo narrados na inicial (causa de pedir remota) e nos fundamentos jurídicos expostos pelo autor a fim de sustentar as consequências jurídicas que entende decorrer de tais fatos (causa de pedir próxima).

A causa de pedir é requisito da petição inicial previsto no inciso III do artigo 319 do Código de Processo Civil, segundo o qual "*a petição inicial indicará o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*".

O pedido, por seu turno, também é subdividido em pedido mediato (o objetivo material que o autor da ação busca) e pedido imediato (forma de tutela jurídica que se pretende obter, ou seja, o provimento que pretende obter do Estado-juíz).

Os pedidos e suas especificações também são requisito da petição inicial, previsto no artigo 319, inciso IV do Código de Processo Civil.

A causa de pedir remota desta ação popular consiste na alegação de que a criação de política afirmativa de "cotas" para pessoas transgênero pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG, ré deste processo, seria nula, por violar regras de competência e a legalidade administrativa.

A causa de pedir próxima consiste na alegação de que a violação às regras de competência decorre da ausência de competência da Universidade para instituir, sem prévia previsão legal, as cotas para pessoas transgênero, e ainda, que a instituição de tais cotas teria violado o princípio da legalidade administrativa, por não estar tal categoria de pessoas abarcada pela 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*".

Como pedido mediato, os autores populares buscam o reconhecimento judicial de que a política de "cotas" para pessoas transgênero instituída pela FURG é nula, e por isso, lesiva ao patrimônio público.

Os pedidos imediatos consistem em provimento de natureza constitutivo/negativo (ou desconstitutivo), que anule a Resolução CONSUN/FURG nº 11 e o Edital do Processo Seletivo 2023 específico para ingresso de estudantes transgênero.

Trata-se de questão há muito já pacificada nos Tribunais que o julgador está adstrito ao pedido, mas não aos fundamentos legais deduzidos pelas partes. Na dicção do STJ, "não há julgamento extra petita quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir remota) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir próxima). Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula nº 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocados *iura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus.*" (AgInt no REsp 1364494/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 17/04/2017).

Nesse sentido também:

[...] 5. Este Tribunal Superior já se manifestou no sentido de que, "a nulidade decorrente de julgamento extra petita é avaliada com base no pedido, e não na causa de pedir, esta definida como os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda (causa de pedir remota e próxima). No Direito brasileiro, aplica-se a teoria da substancialização, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocados *iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius.*" (AgRg no AREsp 674.850/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

O único acréscimo a ser feito ao acima exposto é que o artigo 10 do atual Código de Processo Civil prevê que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício" (princípio da não surpresa).

Sobre tal ponto, observo que todos os fundamentos que serão utilizados nessa sentença foram objeto de manifestação, em maior ou menor grau, por alguma das partes, e a parte contrária teve oportunidade de sobre eles se manifestar, embora possa ou não ter se manifestado expressamente.

Portanto, a análise do caso trazido a juízo nestes autos será feita com base nas alegações de fato veiculadas na inicial (causa de pedir remota), de modo a ser analisada a legalidade dos atos impugnados na ação popular de forma ampla, não adstrita essa análise apenas aos dispositivos legais apontados como violados pelos autores na inicial, mas em questões que foram de uma forma ou outra abordadas ao longo da instrução, sem que isso importe em julgamento *extra petita* por este juízo, já que será observada a limitação do pedido formulado na inicial.

2) Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, fundamental para a limitação do poder estatal e a garantia dos direitos individuais. Enquanto para os particulares a regra é "*tudo aquilo que não é proibido por lei é permitido*", para a Administração Pública, a premissa é diametralmente oposta: "*só é permitido o que a lei expressamente autoriza*".

O princípio da legalidade, em sua essência, significa que a Administração Pública só pode agir quando há expressa previsão legal que a autorize e nos termos exatos dessa autorização. Não há liberdade para a atuação administrativa fora dos ditames da lei. Este princípio está consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que "*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*".

Na doutrina pátria, diversos juristas de renome consolidaram o entendimento sobre a amplitude e a importância desse princípio.

Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009), é um dos maiores expoentes a firmar a noção de que "*a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite*". Para ele, a legalidade é um "norte" que impede a arbitrariedade e a discricionariedade sem limites, impondo que a atuação administrativa esteja sempre vinculada à norma jurídica. Meirelles enfatiza ainda que a ausência de lei permissiva inviabiliza a ação do administrador, diferenciando o agir público do privado.

Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antonio Bandeira de; *Curso de Direito Administrativo*, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007), outro renomado administrativista, em seu "*Curso de Direito Administrativo*", reforça a ideia de que a legalidade não é apenas um limite, mas um fundamento para a ação administrativa. Ele ressalta que a Administração só pode atuar *secundum legem* (segundo a lei) e nunca *contra legem* (contra a lei) ou *praeter legem* (além da lei). Para Bandeira de Mello, o princípio da legalidade confere legitimidade à atuação administrativa, ao mesmo tempo em que a submete ao controle social e judicial.

Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010) complementa o acima enunciado explicando que o significado da legalidade contém graduações, pois a habilitação legal, por vezes, é somente a norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida, ou por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas.

A jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem consolidado de forma pacífica a aplicação rígida do princípio da legalidade à Administração Pública. Diversas decisões reiteram que a discretionaryade administrativa não pode se sobrepor à legalidade, e que a ausência de previsão legal torna nulo o ato praticado.

Um exemplo clássico da aplicação da legalidade é a necessidade de lei para a criação ou majoração de tributos (art. 150, I, CF/88), bem como para a criação de cargos, empregos e funções públicas, e para a fixação de remuneração (art. 37, X, CF/88). O STF, por exemplo, em reiterados julgados, tem anulado atos administrativos que concediam vantagens ou aumentos salariais a servidores públicos sem a devida lei específica, reforçando a primazia do princípio da legalidade sobre qualquer outra consideração (e.g., ADI 1157/SP).

A Lei nº 4.717/1965, conhecida como Lei da Ação Popular, é um instrumento crucial para a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa. Seu artigo 2º, ao definir o conceito de lesividade e as hipóteses de nulidade de atos administrativos, oferece um valioso paralelo com o princípio da legalidade, ilustrando como a violação deste último pode levar à lesão ao patrimônio público, por diversas formas.

O artigo 2º da Lei nº 4.717/1965 dispõe:

"Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;*
- b) vício de forma;*
- c) ilegalidade do objeto;*
- d) inexistência dos motivos;*
- e) desvio de finalidade."*

As cinco hipóteses de lesão ao patrimônio público descritas neste artigo são, em essência, manifestações da violação ao princípio da legalidade:

I - Incompetência: Refere-se à prática do ato por agente público que não possui atribuição legal para tanto. A competência do administrador é sempre delegada pela lei. A ausência de previsão legal de competência ou a sua extração configura uma afronta direta ao princípio da legalidade, pois o agente agiu fora dos limites que a lei lhe impôs.

O agente competente é o representante do poder público a quem o texto legal confere atribuições que o habilitam a editar determinados atos administrativos, mas essa competência pode resultar explícita ou implicitamente da norma, sendo por ela delimitada. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

II - Vício de Forma: Todo ato administrativo deve observar a forma prescrita em lei. A forma, aqui, não é mera formalidade, mas um requisito essencial para a validade do ato, garantindo publicidade, segurança jurídica e controle. A inobservância da forma legal (ex: ausência de parecer obrigatório, publicidade não realizada) implica em violação da legalidade, tornando o ato nulo.

Para que um ato administrativo seja válido e cumpra seus efeitos, ele deve passar por todas as formalidades e formalismos que a lei assim exigir; a forma é um dos elementos que permite e facilita o controle e a fiscalização do ato administrativo; é uma condição para a realização de seus efeitos. A forma é o meio ou instrumento exigido em lei para a exteriorização do conteúdo e a realização dos efeitos do ato administrativo (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS, Marcos Vinícius Pinto. *Comentários ao artigo 2º in GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). Comentários à Lei da Ação - Lei nº 4717/65*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

A forma do ato administrativo engloba tanto os modos de expressar a decisão em si quanto a comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

III - Ilegalidade do Objeto: O objeto do ato administrativo (aquilo que o ato visa produzir) deve ser lícito e em conformidade com a lei. Se o ato administrativo tem como objetivo algo que a lei proíbe ou que não encontra amparo legal, seu objeto é ilegal, configurando uma violação flagrante ao princípio da legalidade.

O objeto, também chamado de conteúdo, é o efeito ou resultado prático que o ato alcança. É aquilo que o ato administrativo produz no sentido de criar, adquirir, modificar ou extinguir direitos, é o resultado efetivo no mundo fático daquilo que se pretende [...] ... o objeto do ato administrativo deve ser lícito, possível, certo e determinado pela determinação que a lei assim dispor. Além disso, o objeto deve ser moralmente aceito. Trata-se aqui da moral administrativa e não da moral comum da sociedade civil; a moral administrativa determina que o comportamento do agente público seja probro, ético e honesto, com postura condizente com o interesse público e

com os conceitos de boa administração (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS, Marcos Vinícius Pinto. Comentários ao artigo 2º *in GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). Comentários à Lei da Ação - Lei nº 4717/65.* 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

IV - Inexistência dos Motivos: Os motivos são os pressupostos de fato e de direito que justificam a prática do ato administrativo. A Administração só pode agir se os fatos que embasam sua decisão realmente existirem e se adequarem à previsão legal. A ausência de motivação válida se verifica não apenas quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente, mas também quando for juridicamente inadequada ao resultado obtido. Se os motivos alegados para o ato não são verdadeiros, ou se a lei não autoriza o ato diante de tais motivos, há violação do princípio da legalidade, pois o ato carece de fundamentação legítima.

V - Desvio de Finalidade: O desvio de finalidade ocorre quando o agente público pratica um ato visando a fim diverso daquele que a lei determinou, ou seja, com objetivo particular, político ou eleitoreiro, e não o interesse público. Embora o ato possa, *aparentemente*, estar em conformidade com a lei em sua forma e objeto, o seu *propósito real* é ilegal, pois o fim deve ser sempre o interesse público, segundo a legalidade. Trata-se de uma modalidade de abuso de poder, que macula o ato administrativo por viciar sua finalidade.

Interligada a esses dois últimos vícios (inexistência dos motivos e desvio de finalidade), está a **teoria dos motivos determinantes**, um relevante princípio do Direito Administrativo que se relaciona intrinsecamente também com os princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Ela estabelece que a validade do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, está diretamente ligada à veracidade e pertinência dos motivos que a Administração Pública expressamente ou tacitamente declara como fundamentos para sua prática.

Em outras palavras, se a Administração explicita os motivos pelos quais praticou determinado ato, ou se estes motivos são inferíveis da natureza do ato e da legislação, a validade do ato fica vinculada a esses motivos. Caso se comprove que os motivos alegados são falsos, inexistentes ou não se ajustam à realidade fática ou jurídica, o ato torna-se inválido e, consequentemente, passível de anulação.

Novamente **Hely Lopes Meirelles** (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35 ed. Malheiros, 2009) aborda a teoria dos motivos determinantes ao tratar dos elementos do ato administrativo. Para ele, "*o motivo, como se sabe, é o pressuposto de fato e de direito que autoriza ou impõe a prática do ato administrativo*". O autor assevera que, "*mesmo nos atos discricionários, o motivo declarado ou implicado é condição de sua validade, pois a discricionariedade não exime o administrador de expor os fatos e o direito que justifiquem o ato. Se os motivos expostos são falsos, ou se os fatos não se ajustam à realidade, o ato é nulo*". Meirelles ressalta que "*a teoria dos motivos determinantes preceitua que, uma vez expostos os motivos determinantes do ato, o agente se vincula a eles, ou seja, se os motivos declarados forem falsos ou errôneos, o ato será inválido*".

Da mesma forma, **Celso Antônio Bandeira de Mello** (MELLO, Celso Antonio Bandeira de; *Curso de Direito Administrativo*, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007) confere grande importância à teoria dos motivos determinantes, especialmente no controle dos atos discricionários. Ele explica que "*todo ato administrativo deve ter motivo, isto é, a situação de fato e de direito que impôs ou autorizou a sua prática*". Para Bandeira de Mello, "*ainda que a lei confira à Administração a faculdade de praticar o ato segundo critérios de conveniência e oportunidade, o que se denomina discricionariedade, uma vez que o ato administrativo seja praticado e os motivos que o determinaram sejam enunciados, sua validade dependerá da real existência e pertinência desses motivos*". O autor enfatiza que "*se o motivo declarado ou implicitamente extraído da lei não for real, não corresponder à realidade fática, ou se o direito nele invocado não se aplicar à espécie, o ato será inválido*". Bandeira de Mello pontua ainda que a teoria dos motivos determinantes constitui um dos principais mecanismos de controle judicial da discricionariedade, impedindo que atos supostamente discricionários sejam utilizados para fins diversos dos previstos em lei ou sem o devido fundamento fático.

É crucial entender, portanto, que, mesmo em se tratando de ato discricionário, o Poder Judiciário pode e deve exercer o controle de legalidade, já que segundo o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (princípio da inafastabilidade da Jurisdição). Por isso o controle judicial dos atos administrativos não importa em violação da separação dos poderes, pois o controle da legalidade de tais atos é justamente uma das funções precípuas do Pode Judiciário.

Muito embora a discricionariedade confira ao administrador uma margem de liberdade na escolha entre uma ou mais condutas legalmente possíveis, com base em critérios de conveniência e oportunidade, essa liberdade não é absoluta e encontra limites na legalidade e, notadamente, na teoria dos motivos determinantes.

O Poder Judiciário poderá anular um ato administrativo discricionário pela invalidação dos motivos apresentados pelo administrador para sua prática nas seguintes hipóteses:

- Inexistência ou Falsidade dos Fatos Motivadores: Esta é a situação mais comum e direta de aplicação da teoria. Se o administrador invoca determinados fatos como razão para a prática do ato, e posteriormente se comprova judicialmente que esses fatos não existiam na realidade, eram distorcidos, ou foram fabricados, o ato perde seu fundamento e deve ser anulado.

- Inadequação ou Impertinência dos Motivos Fáticos ao Direito Aplicável: Mesmo que os fatos existam e sejam verdadeiros, se eles não se enquadram na hipótese legal que autoriza a prática do ato, ou se são insuficientes para justificar a medida adotada em face da norma, o ato é inválido. A lei exige que os motivos

invocados sejam *aptos* a ensejar a prática do ato.

- Desvio de Finalidade (quando os motivos reais são distintos dos declarados): Embora o desvio de finalidade seja uma categoria autônoma de vício do ato administrativo (Art. 2º, V, da Lei da Ação Popular), ele está intrinsecamente ligado à teoria dos motivos determinantes. Se os motivos declarados pelo administrador são aparentemente lícitos e conforme a lei, mas a real intenção (o motivo oculto) é diversa do interesse público ou da finalidade legal, configurando, por exemplo, perseguição política, favorecimento pessoal ou retaliação, o ato será anulado. A invalidação ocorre porque os motivos legítimos são apenas uma fachada para uma finalidade ilegítima.

É fundamental ressaltar que o controle judicial sobre o ato discricionário não adentra o mérito administrativo (conveniência e oportunidade da escolha da Administração), mas se limita ao controle de legalidade e da legitimidade dos motivos que levaram à prática do ato. A teoria dos motivos determinantes, assim, impede que o administrador invoque a discricionariedade como um manto para encobrir ilegalidades ou arbitrariedades, garantindo que mesmo os atos em que a lei confere uma margem de liberdade ao Administrador sejam praticados com base em fatos e fundamentos legítimos.

Em síntese, o princípio da legalidade é a bússola que orienta e limita a atuação da Administração Pública. Ele assegura que o poder público seja exercido em estrita obediência à lei, protegendo os cidadãos contra a arbitrariedade e garantindo a supremacia do interesse público. As hipóteses de lesão ao patrimônio público elencadas na Lei da Ação Popular são exemplos concretos de como a inobservância da legalidade, em seus diversos aspectos, pode culminar em prejuízos à coletividade e à moralidade administrativa, justificando a intervenção judicial para restabelecer a ordem jurídica.

Concluída essa introdução sobre o princípio da legalidade, trataremos abaixo também sobre os princípios da isonomia ou igualdade (este crucial no entendimento da validade das ações afirmativas), do princípio da imparcialidade, inerente às seleções públicas, inclusive para acesso aos bancos universitários, e ao princípio da capacidade para acesso aos níveis superiores de ensino, todos de natureza e extração constitucional.

3) Princípio da igualdade ou da isonomia - igualdade formal e igualdade material - ações afirmativas como expressão da igualdade material.

O princípio da isonomia ou princípio da igualdade é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, fundamental para a construção de uma sociedade justa. Ele está consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*". Sua compreensão e aplicação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, perpassam por duas dimensões essenciais: a **igualdade formal** e a **igualdade material**.

- Igualdade Formal

A igualdade formal refere-se à igualdade perante a lei. Significa que a lei deve ser aplicada de forma idêntica a todos, sem privilégios ou discriminações arbitrárias. É a ideia de que a norma jurídica não deve fazer distinção entre indivíduos em situações idênticas.

A igualdade formal é a não discriminação, a vedação de tratamento privilegiado ou desfavorável sem justificativa razoável. Ela impõe ao legislador o dever de criar leis que se apliquem de forma universal, e ao aplicador do direito (Poder Judiciário e Administração Pública) a obrigatoriedade de tratar casos iguais de maneira igual.

A jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), frequentemente reitera a necessidade de observância da igualdade formal. Por exemplo, em casos que envolvem concursos públicos, o STF tem se manifestado pela inconstitucionalidade de critérios que criam distinções sem fundamento objetivo e razoável, como a valoração excessiva de títulos que não guardam pertinência com as atribuições do cargo (ADI 3443/MA). Da mesma forma, a vedação ao nepotismo nos três Poderes (ADC 12) é um exemplo da busca pela igualdade formal na administração pública.

- Igualdade Material (ou Substancial)

A igualdade material, por sua vez, vai além da mera paridade na aplicação da lei. Ela reconhece que, na realidade social, existem profundas desigualdades que impedem que todos partam do mesmo patamar. Assim, para alcançar a justiça, é necessário tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A finalidade é promover a equiparação de oportunidades e a redução das disparidades sociais.

A doutrina moderna, com expoentes como Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso, enfatiza que a igualdade material é o verdadeiro sentido do princípio da isonomia em um Estado Democrático de Direito. Para esses autores, a aplicação rígida da igualdade formal em um contexto de desigualdade social pode, paradoxalmente, gerar mais injustiça. A igualdade material exige que o legislador e o intérprete da lei identifiquem as diferenças relevantes entre os indivíduos ou grupos e, com base nisso, criem ou apliquem normas que promovam a equidade.

A jurisprudência do STF tem sido crucial na concretização da igualdade material, especialmente através do reconhecimento da constitucionalidade de ações afirmativas. Exemplos emblemáticos incluem:

a) Cotas raciais em universidades públicas e concursos públicos (ADPF 186 e outros julgados):

O STF validou a constitucionalidade das políticas de cotas para negros, reconhecendo que a desigualdade histórica e estrutural no Brasil justifica um tratamento diferenciado para promover a inclusão e a equidade no acesso à educação e ao serviço público.

b) Equiparação de uniões homoafetivas a uniões estáveis heteroafetivas (ADPF 132 e ADI 4277):

O Tribunal reconheceu a necessidade de tratar com igualdade os casais homoafetivos, assegurando-lhes os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis, superando uma visão meramente formal da família para abranger a diversidade das relações sociais.

c) Leis de proteção a grupos vulneráveis:

A própria existência de diplomas legais como o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Maria da Penha são manifestações da busca pela igualdade material, ao conferir tratamento especial a grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade e necessitam de proteção adicional para que seus direitos sejam efetivados.

A doutrina e a jurisprudência entendem que a igualdade não é um conceito absoluto, mas sim relacional. A aplicação do princípio da isonomia, portanto, exige uma análise criteriosa da situação concreta. O STF, em particular, utiliza o teste de proporcionalidade e da razoabilidade para avaliar se uma diferenciação é legítima e constitucional. A distinção só é válida se houver uma finalidade constitucionalmente aceitável e se os meios empregados forem adequados e necessários para atingir essa finalidade, sem excessos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006):

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator 'tempo' - que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discriminado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. (grifo nosso)

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discriminado estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, discriminando, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Em suma, o princípio da isonomia, sob seus aspectos formal e material, impõe ao Estado não apenas a vedação de discriminações arbitrárias, mas também o dever de promover a equidade, corrigindo desigualdades históricas e sociais por meio de políticas e legislações que garantam a todos a efetivação de seus direitos.

A jurisprudência dos tribunais superiores, em consonância com a doutrina dominante, tem consolidado esse entendimento, avançando na concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, exigindo-se, porém, dentre outros requisitos, **a adequação proporcional e razoável entre a desvantagem enfrentada pelo grupo alvo da discriminação positiva e a vantagem a ela outorgada pela norma**, do que vem a baila o que será adiante tratado.

3.1) A Necessidade de Correlação entre Discriminação Positiva e o Problema Enfrentado pela População Alvo

O princípio da igualdade material, também conhecido como igualdade substancial ou isonomia real, como acima analisado, transcende a mera igualdade formal perante a lei, exigindo que o Estado atue para corrigir as desigualdades sociais e históricas.

Nesse contexto, a discriminação positiva, consubstanciada nas ações afirmativas, surge como um instrumento essencial para concretizar essa igualdade, buscando equiparar aqueles que se encontram em posições desvantajosas. Contudo, para que tais medidas sejam legítimas e eficazes, a doutrina jurídica e a jurisprudência dominante no Brasil convergem para a imperiosa necessidade de uma **correlação clara e direta entre a discriminação positiva criada e o problema específico enfrentado pela população alvo**.

A fundamentação para essa correlação reside na própria teleologia das ações afirmativas. Elas **não se prestam a conferir privilégios** arbitrários, mas sim a **mitigar ou eliminar obstáculos** que impedem o acesso pleno de determinados grupos a direitos e oportunidades.

A doutrina majoritária, ao analisar o tema, enfatiza que a finalidade da discriminação positiva é restaurar um equilíbrio que foi previamente rompido por injustiças históricas ou estruturais. Nesse sentido, autores como Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade: o Direito,*

a Moral e a Ética na Distribuição da Justiça. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p. 76-102, 2011) e **Daniel Sarmento** (SARMENTO, Daniel. *Ações afirmativas: considerações sobre o conceito, a justificação e os limites*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 25-50, jan./mar. 2004) defendem que a **validade de uma ação afirmativa está diretamente ligada à sua capacidade de combater um determinado déficit de igualdade. Sem essa correlação, a medida perderia sua legitimidade, transformando-se em mero favor ou em desvirtuamento do princípio da igualdade.**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido fundamental na construção desse entendimento. A emblemática decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 (muito arguida na defesa da ré e também nas manifestações dos *amici curiae*), que tratou da constitucionalidade das cotas raciais em universidades públicas, é um marco nesse sentido. Embora reconhecendo a constitucionalidade das cotas, a **Corte reiterou a necessidade de que essas políticas sejam proporcionais e adequadas ao fim a que se destinam**. A justificação para as cotas raciais reside na constatação empírica e histórica da sub-representação de determinados grupos raciais em ambientes acadêmicos e, consequentemente, em posições de destaque na sociedade, ainda que esse grupo seja majoritário na população. A ação afirmativa, nesse caso, visa atacar essa desigualdade específica, que é um reflexo do racismo estrutural.

De forma análoga, em outras matérias, o STF tem se debruçado sobre a razoabilidade das ações afirmativas. Por exemplo, em discussões sobre reserva de vagas para pessoas com deficiência, a jurisprudência consolidada exige que **a medida seja proporcional à barreira enfrentada por essa população**, como a inacessibilidade física e a falta de oportunidades. A ausência de uma conexão lógica entre a medida afirmativa e a desvantagem a ser superada poderia levar à sua invalidação por desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que são corolários da própria igualdade material.

Em suma, a criação de uma discriminação positiva, sob a égide do princípio da igualdade material, não pode ser um ato discricionário desprovido de base concreta. Ao contrário, a sua legitimidade e eficácia dependem intrinsecamente de uma **relação de causalidade bem estabelecida entre a medida adotada e a problemática social, econômica ou histórica que a população alvo enfrenta**. Essa correlação garante que as ações afirmativas cumpram seu papel de promotoras de uma igualdade mais justa e equânime, evitando que se tornem ferramentas de privilégio indevido e assegurando a sua plena conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

4) Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade é um dos pilares do Direito Administrativo brasileiro, explicitamente previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Juridicamente, o princípio da impessoalidade pode ser compreendido em duas dimensões principais, conforme a doutrina dominante:

- Finalidade Pública (Objetiva): Primeiramente, o princípio exige que a atuação da Administração Pública seja sempre voltada para o interesse público, para a coletividade, e não para interesses privados ou pessoais dos administradores ou de terceiros. Os atos administrativos devem visar exclusivamente ao bem comum, sem qualquer desvio de finalidade. Isso significa que a Administração não deve ser utilizada como instrumento para promoção pessoal de seus agentes ou para atender a favoritismos políticos ou particulares.

- Igualdade de Tratamento (Subjetiva): Em sua segunda dimensão, o princípio da impessoalidade impõe à Administração o dever de tratar todos os administrados de forma isonômica, sem privilégios ou perseguições. Não são permitidas discriminações positivas ou negativas que não estejam fundamentadas em lei e na busca do interesse público. O administrador deve agir de maneira imparcial, aplicando as normas sem considerações de ordem pessoal em relação aos destinatários dos atos administrativos. Além disso, os atos e feitos da Administração não são atribuídos ao agente público que os pratica, mas à própria pessoa jurídica de direito público, reforçando a ideia de que a atuação é da instituição, e não do indivíduo.

Conforme explica a doutrina do direito administrativo:

"o princípio da impessoalidade, no que diz respeito à Administração, significa que ela deve tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimontosas. Nem favoritismo nem perseguições políticas são admitidas. Simetricamente, este princípio também significa que os atos administrativos são imputados não ao funcionário que os pratica, mas à entidade pública em nome da qual ele age." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 77).

"Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimontosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o princípio da igualdade ou isonomia" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110).

"[...] intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das atividades administrativas. Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstacularizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo" (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 130).

4.1) Aplicação da impessoalidade aos Concursos de Ingresso nas Universidades Públicas

A aplicação do princípio da impessoalidade é de suma importância nos concursos de ingresso nas universidades públicas, que são, em essência, uma modalidade de concurso público para preenchimento de vagas educacionais. A jurisprudência dominante e a doutrina jurídica consolidada exigem que o acesso às instituições de ensino superior públicas se dê de forma objetiva, transparente e isonômica, garantindo a meritocracia e coibindo qualquer forma de favoritismo ou perseguição.

Nesse contexto, o princípio da impessoalidade se manifesta da seguinte forma:

- Objetividade na Seleção: Os critérios de avaliação e seleção devem ser preestabelecidos e objetivos, não permitindo juízos subjetivos que possam favorecer ou prejudicar determinados candidatos. As provas, a correção e os recursos devem seguir regras claras, aplicáveis a todos.

- Igualdade de Oportunidades: Todos os candidatos que preencham os requisitos legais e editalícios devem ter as mesmas condições de participação e avaliação. É vedada qualquer distinção baseada em critérios pessoais, como raça, gênero, religião, condição social ou política, salvo as ações afirmativas constitucionalmente admitidas e justificadas por um déficit de igualdade material.

- Transparência: As etapas do processo seletivo, desde a publicação do edital até a divulgação dos resultados, devem ser públicas, permitindo o controle social e a fiscalização pelos candidatos.

- Meritocracia: A seleção deve se pautar exclusivamente pelo desempenho do candidato nas provas, garantindo que os mais aptos e preparados ocupem as vagas disponíveis. Isso impede que o ingresso ocorra por "indicação" ou "apadrinhamento".

Conforme Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade é um dos que impõem à Administração a busca do interesse público sem individualidades. Ele afirma que "*o princípio da impessoalidade, para a administração, significa que o administrador público não pode visar a outro objetivo senão o interesse público. (...) E para os administrados significa que a Administração não pode fazer distinção entre as pessoas*" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 94).

A estrita observância do princípio da impessoalidade nos concursos de ingresso às universidades públicas é fundamental para assegurar a legitimidade do processo seletivo, a confiança da sociedade na Administração Pública e o acesso equitativo à educação superior de qualidade.

O princípio da impessoalidade, portanto, deve nortear as regras das seleções para ingresso nas Universidades Públicas, inclusive àquelas referentes à ações afirmativas.

5) O Acesso ao Ensino Superior e o Princípio da Capacidade

O artigo 208, inciso V, da Constituição Federal de 1988 estabelece que "*o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*". Este dispositivo consagra o **princípio da capacidade** como baliza para o ingresso nas instituições de ensino superior públicas no Brasil, gerando debates sobre a natureza das avaliações de acesso e a possibilidade de inclusão de critérios subjetivos.

A doutrina jurídica dominante interpreta o princípio da capacidade como a exigência de que o acesso aos níveis mais elevados de ensino seja condicionado à **aptidão intelectual e acadêmica** do candidato. Essa aptidão, tradicionalmente, é **aferida por meio de avaliações de conhecimento de natureza objetiva**, como exames vestibulares e o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). O objetivo é garantir que os recursos públicos destinados ao ensino superior sejam aproveitados por aqueles que possuem as melhores condições de aproveitamento e desempenho acadêmico, contribuindo para a excelência do ensino, da pesquisa e da criação artística.

A capacidade aqui não se refere a uma aptidão inata, mas sim àquela desenvolvida através do processo educacional, que pode ser demonstrada por meio de um desempenho satisfatório em instrumentos de avaliação de conhecimento. A ideia é assegurar uma competição justa e imposta, baseada no mérito individual.

A questão central reside em saber se o princípio da capacidade veda a criação de formas de acesso à universidade pública que importem em avaliações subjetivas, considerando o histórico de vivências pessoais do candidato, em detrimento de avaliações de conhecimento de natureza objetiva.

A jurisprudência brasileira, em especial a do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem se pautado pela **prevalência da objetividade** na avaliação do mérito em concursos públicos e processos seletivos. Embora o contexto seja diferente, a lógica se aplica ao ingresso no ensino superior. O Poder Judiciário tem se mostrado cauteloso em permitir que critérios demasiadamente subjetivos interfiram na classificação dos candidatos, a fim de evitar favorecimentos indevidos, subjetivismos excessivos e a violação dos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa.

Nesse sentido, tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reiteradamente confirmado a exigência do concurso público como garantia da impessoalidade e da igualdade no acesso aos cargos e funções públicas, preceito que se estende, por analogia e similaridade de fundamentos, ao acesso às vagas nas universidades públicas:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOLÓGICO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. NULIDADE. NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que a anulação do teste psicotécnico não elide o candidato da submissão e aprovação em novo exame, a ser aplicado em conformidade com as normas pertinentes, a partir de critérios de avaliação objetivos, resguardada a publicidade a ele inerente. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.319.740/DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Des. Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 12/08/2016; AgRg nos EDcl no REsp 1.567.182/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/06/2016; EDcl no REsp 1.424.218/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 21/08/2015; REsp 1.444.840/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015). 2. Agravo interno não provido. (AgInt no RMS n. 52.182/BA, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9/3/2017, DJe de 21/3/2017.)

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATO PRATICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO EM LEI. CRITÉRIOS OBJETIVOS. ORDEM DENEGADA. I – O art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 não configura uma condição de procedibilidade, mas tão somente uma causa impeditiva de que se utilize simultaneamente o recurso administrativo com efeito suspensivo e o mandamus. II – A questão da legalidade do exame psicotécnico nos concursos públicos reveste-se de relevância jurídica e ultrapassa os interesses subjetivos da causa. III – A exigência de exame psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material que expressamente o autorize, além de previsão no edital do certame. IV – É necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios V - Segurança denegada. (MS 30822, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05-06-2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012)

Veja-se que tanto o STJ quanto o STF exigem que, mesmo em exames psicotécnicos, deve haver um grau de objetividade que permita ao candidato ter conhecimento dos critérios pelos quais foi eventualmente reprovado, bem como que tais critérios possam ser conhecidos e analisados pelo Poder Judiciário, tudo a vedar critérios exclusivamente subjetivos, que podem servir para favorecimentos indesejáveis.

É importante ressaltar que a inclusão social e a busca por maior diversidade no ambiente acadêmico são objetivos constitucionalmente válidos. Nesse sentido, medidas que visam mitigar desigualdades sociais, como as políticas de cotas (raciais e sociais), têm sido amplamente reconhecidas pela jurisprudência como compatíveis com o princípio da capacidade. Isso porque **as cotas não dispensam a aferição da capacidade**, mas sim promovem a inclusão de grupos historicamente desfavorecidos, **permitindo que a capacidade seja avaliada dentro de um recorte específico**.

A doutrina e a jurisprudência têm sinalizado que a análise de histórico de vivências pessoais do candidato, se utilizada como critério de avaliação, deve ser balizada por parâmetros objetivos e verificáveis, que possam ser auditados e que não abram margem para discricionariedade excessiva por parte dos avaliadores. Avaliações de vivências que se pautem por critérios excessivamente subjetivos ou que substituam a aferição do conhecimento formal adquirido são problemáticas, pois podem comprometer a isonomia, a impessoalidade e a própria finalidade do ensino superior, que é o desenvolvimento do conhecimento e da pesquisa por quem demonstre maior capacidade.

Em suma, como a Constituição Federal prevê o acesso ao ensino superior "segundo a capacidade de cada um", a aplicação prática desse dispositivo, conforme a doutrina e a jurisprudência dominantes, **privilegia a avaliação de conhecimentos objetivos para ingresso**. Formas de acesso que incorporem avaliações subjetivas do histórico de vivências pessoais só são compatíveis se pautadas por critérios transparentes e verificáveis, que complementem, e não substituam, a aferição da aptidão intelectual e acadêmica dos candidatos, sob pena de violar os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade.

Concluída essa necessária explanação sob os princípios que são aplicáveis ao presente caso, passo à análise de suas aplicações concretas ao caso dos autos.

6) Do caso concreto

6.1) violação ao princípio da legalidade

A decisão proferida pelo colega Juiz Federal Sergio Renato Tejada Garcia no evento 4 destes autos, havia entendido pela violação ao princípio da legalidade, basicamente por não estarem as cotas de gênero para transexuais e travestis previstas na 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". Referida decisão foi assim fundamentada:

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 08-10-2015 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 juiz, 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 alcance 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: exigir-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 perfunctoria, própria deste momento processual, é possível concluir que o ato impugnado viola os princípio 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.

Essa decisão, entretanto, foi reformada pelo TRF da 4ª Região em sede de agravo de instrumento, inicialmente sob os seguintes fundamentos expostos pelo Desembargador Roger Raupp Rios (evento 3 do agravo de instrumento) em sede de concessão de efeito suspensivo ao 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 princípio 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.

Com a vénia 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 indeterminado 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 Nº 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 nº 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 nº 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 (31-08 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 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 freqüentarem "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 posição 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. 7ªed. 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. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71-74 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_flavia_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, pionieramente, em 2001, estabeleceria 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/RN 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 inexiste 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 jurídico-constitucionalmente 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 consequências, 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, relembra Daniel Sarmento (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 discrimin "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 ilegitima substituição.

Recorda-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. 5º, 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 Aurélio 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 (limite-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 sobremodo 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.

Tal decisão foi posteriormente confirmada no julgamento do mérito do agravo de instrumento (embora com ressalvas de entendimento pessoal), pelo Desembargador Federal Luiz Alberto D'Azevedo Aurvalle, nos seguintes termos:

3. Criação de cota de ingresso, como expressão da autonomia universitária, na ausência de lei.

Neste processo não se discute a constitucionalidade das cotas para ingresso nas universidades, mas sim a possibilidade de elas serem criadas à margem da lei, como expressão da autonomia universitária.

Comungo do mesmo entendimento expresso na decisão inaugural da ação popular, no sentido de que, em face do princípio da legalidade administrativa, somente por meio de lei pode ser criado direito novo quanto ao ingresso nos cursos universitários, sendo vedado ao administrador fazer o que não

Ihe facultado ou obrigado por lei.

Entendo que os ditames da Lei nº 12.711/2012 são taxativos ao criar cotas de ingresso para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, com baixa renda familiar, deficientes físicos e autodeclarados pretos pardos e indígenas. É perfeitamente possível que outra categoria de hipossuficientes seja admitida no regime de cotas, mas desde que tal escolha decorra da vontade popular, expressa pela lei.

Ao regulamentar a Lei nº 12.711/2012, o Decreto nº 7.824/2012 extrapolou os limites legais ao estatuir que "as instituições federais de educação poderão, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituir reserva de vagas suplementares ou de outra modalidade". Tenho que autonomia universitária concedida pelo art. 207 da CF não atribui às entidades de ensino superior o direito de criar direito novo.

Nem se diga que os tratados internacionais aos quais aderiu o Brasil supram tal exigência. Os Estados Membros são instados, nestes instrumentos normativos, a promover a inclusão de pessoas passíveis de discriminação no meio social. Mas tal inclusão deve-se dar pela lei.

Entretanto, curvo-me ao entendimento contrário manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF N° 186, ao ter julgado a constitucionalidade do sistema de cotas, raciais, antes do advento da Lei nº 12.711/2012, com base tão-só na autonomia universitária, sendo válida a transcrição do Min. Luiz Fux:

Se o sistema de cotas é decorrência da finalidade institucional do estabelecimento de ensino superior, a autonomia universitária que lhe é assegurada constitucionalmente (CRFB, 207, caput) fundamenta e recomenda a definição concreta de tais políticas por meio de atos próprios da instituição de ensino. É que, para a disciplina da matéria, as universidades possuem vantagens institucionais comparativas em relação a outros órgãos e entidades estatais. Elas, de um lado, acumulam maior experiência acadêmico-pedagógica, indispensável para o adequado equacionamento da questão educacional; ao mesmo tempo, possuem maior proximidade com a realidade socioeconômica e cultural existente em cada região do vasto território brasileiro. Isso facilita o diagnóstico das deficiências existentes no modelo seletivo tradicional (generalista) e a busca de soluções técnicas necessárias ao seu aperfeiçoamento. Ad cautelam, deve-se ressalvar que essa constatação não impede que leis em sentido formal tratem de políticas inclusivas de ação afirmativa, fixando sua obrigatoriedade ou estabelecendo critérios para sua execução. Não existe, na hipótese, qualquer reserva de Administração que interdite a disciplina da matéria pelas casas legislativas. Prevalece no direito brasileiro o princípio do primado da lei, cuja universalidade temática é garantia dos cidadãos no Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Destarte, o que se está a afirmar, bem ao contrário, é apenas que a instituição de sistemas de ação afirmativa prescinde de lei formal, encontrando na previsão constitucional da autonomia universitária (CRFB, 207, caput) a norma jurídica habilitadora da atuação administrativa do Estado. Eventual superveniência de lei sobre a matéria impõe-se sobre a disciplina regulamentar acaso existente.

Afora a possibilidade de trato da matéria por meio de ato administrativo da própria Universidade, a legislação brasileira contempla, em diferentes diplomas, autorização para que as instituições públicas de ensino possam definir sponte propria, com base em sua autonomia administrativa (CRFB, art. 207), os critérios de seleção e admissão de estudantes, inclusive com a possibilidade de instituição de programas de ação afirmativa fundada em critério étnico-racial. (...)

Roma locuta, causa finita.

Não bastasse isso, este também é o entendimento do Col. STJ:

RECURSO ESPECIAL N° 1.818.389 - PA (2019/0159234-7) RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN RECORRENTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ UFPA PROCURADOR: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIAO RECORRIDO: KAMILI SOUZA DA SILVA ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÕES AFIRMATIVAS. POLÍTICA DE COTAS. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS RESERVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS. 1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao decidir a vexata quaestio, consignou (fl. 180/eSTJ): "(...) Sob esse prisma, afigura-se manifesta a legitimidade da pretensão postulada pela autora, na espécie dos autos, na medida em que, embora tenha cursado parte do ensino médio em escola particular, na condição de bolsista integral, conforme documentação acostada aos autos, cursou o restante do ensino fundamental e o 1º ano do ensino médio em escola pública, pelo que não se mostra razoável impedir a matrícula de candidata aprovada no curso de Psicologia da Universidade Federal do Pará (...)" 2. Extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem não está em conformidade com a orientação do STJ. Com efeito, a matéria de fundo já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, fixando entendimento de que a forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade, bem como as normas objetivas de acesso às vagas destinadas à política pública de reparação, faz parte da autonomia específica prevista no art. 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e de que a exigência de que os candidatos a vagas como discentes no regime de cotas "tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil", constante no edital do processo seletivo vestibular, é critério objetivo que não comporta exceção, sob pena de inviabilizar o sistema de cotas proposto. 3. Recurso Especial provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator." Brasília, 10 de dezembro de 2019(data do julgamento). Documento: 101669520 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 19/12/2019 MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator

Ante o exposto, com ressalva de ponto de vista contrário, voto por dar provimento ao agravo de instrumento.

Ratifico os fundamentos expostos pelo TRF da 4^a Região, para concluir também que se insere na autonomia universitária à criação de políticas afirmativas para populações vulneráveis, mesmo que não expressamente previstas na Lei nº 12/711/2012, tratando-se de expressão de competência implícita nas normas constitucionais e legais que preveem essa autonomia às Universidades.

Assim, diversamente do que constou na decisão do evento 4, e do que sustentam os autores na inicial, não considero que o Reitor da FURG praticou ato fora de sua competência nem com extração dos limites da legalidade tão-somente pela ausência de lei expressa definindo a possibilidade de criação de políticas afirmativas para o grupo integrado pelos transexuais e travestis.

As universidades federais tem autonomia para elaborar suas próprias normas internas: a forma de ingresso, o número de vagas, as normas para inscrição e para matrícula, a grade curricular dos cursos, dentre outros assuntos.

Isso não significa, porém, que a autonomia universitária para criação de políticas afirmativas é livre e irrestrita.

Ao contrário, como já foi exposto nos tópicos anteriores, há evidente necessidade de observância da legalidade em sentido amplo, com observância além da competência, também da forma, objeto, motivação e finalidade da ação afirmativa, e sua compatibilidade com o princípio da isonomia material, assim como a observância dos princípios da impessoalidade e da capacidade de cada um para acesso aos bancos universitários.

Quanto à forma, analisando a documentação juntada aos autos, em especial às atas das reuniões do Conselho Universitário - CONSUN, na qual instituída à política afirmativa (Ata nº 473 do CONSUN – 07/10/2022, juntada no evento 36, doc. OUT6) e do Conselho Administrativo de Pesquisa, Extensão e Administração - COEPEA, na qual aprovada a "Proposta de Edital para o Processo Seletivo 2023 Específico para Ingresso de Estudantes Transgêneros" (Ata Ata nº 126 do COEPEA – 21/10/2022, juntada no evento 32, doc OUT8), bem como por ter sido o edital posteriormente publicado, não vejo maiores necessidades de digressões quanto sua observância na elaboração do ato administrativo.

Ao contrário do que sustentaram os autores populares, não havia prévia exigência legal de submissão da proposta à parecer prévio da Procuradoria Jurídica, embora se isso tivesse ocorrido previamente poderiam ter sido evitados os vícios que serão mais adiante abordados. Era uma medida de cautela a ser observada pelo Administrador, a fim justamente de evitar a prática de atos maculados pela violação de princípios constitucionais, ainda que com boas intenções.

Quanto ao objeto da política afirmativa é que tem início os problemas do ato impugnado. Como foi abordado anteriormente, o objeto do ato administrativo deve ser lícito e em conformidade com a lei (assim entendida a legislação constitucional e infraconstitucional aplicável de forma ampla).

Não há ilicitude na adoção de políticas afirmativas por universidades federais, tampouco há ilicitude *prima facie* em decorrência do grupo social alvo dessas políticas afirmativas no presente caso.

Todavia, a política afirmativa em si deve observar os demais princípios constitucionais e legais aplicáveis à Administração Pública, em especial a isonomia, a impessoalidade e, no caso específico, a capacidade de cada um para acesso aos bancos universitários. Tais pontos serão abordados mais profundamente no caso concreto na continuidade da presente sentença.

6.2) ilicitude dos motivos adotados pelo Administrador - teoria dos motivos determinantes

Como já foi exposto mais acima, a lei exige que os motivos invocados sejam *aptos* a ensejar a prática do ato. A ausência de motivação válida se verifica não apenas quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato é materialmente inexistente, mas também **quando for juridicamente inadequada ao resultado obtido.**

Uma vez que a Administração expõe os motivos pelos quais praticou determinado ato, a validade do ato fica vinculada a esses motivos. Caso se comprove que os motivos alegados são falsos, inexistentes **ou não se ajustam à realidade fática ou jurídica, o ato torna-se inválido** e, consequentemente, passível de anulação.

No presente caso, constou da ATA 473 (evento 32, OUT6) da reunião do Conselho Universitário realizada em 07/10/2022, que aprovou a política afirmativa objeto dos autos, o seguinte:

A Indicação propõe alterações no Programa de Ações Afirmativas (PROAAF), corrigindo as Resoluções 20/2013 e 4/2019 do CONSUN, incluindo a presença de pessoas transgênero. A Indicação foi lida pelo autor e colocada em discussão. O Senhor Presidente citou a importância que o Grupo de Pesquisa Sexualidade e Escola – GESE tem para FURG e seus representantes presentes pela importância da abrangência do tema. A convidada Paula Regina Costa Ribeiro lembrou, juntamente com a Cons. Cleuza Sobral Dias o quanto a Universidade vem tratando sobre essa pauta, disse que a primeira aluna trans que ingressou foi a Cintia Durval, em 2011, e, nesse momento, foi iniciada a discussão sobre o assunto, começando pela implementação do nome social. Disse que o GESE, este ano, está completando 20 anos, e que as questões sobre pessoas transgêneros era pouco falada. Depois, tivemos o momento em que a Cintia não concluiu o curso, mas também tivemos o primeiro estudante trans que concluiu o curso, o Luís Domingues, no curso de Bacharelado em

História. A partir de 2018, foi possível a mudança do nome social, pois, antes, era só via judicial. Disse ser um momento histórico, pois a FURG está entre as quatro Universidades do Brasil a contar com um programa de inclusão desses sujeitos nas ações afirmativas. Citou casos existentes na realidade da FURG e que estão subsidiando a Secretaria Municipal de Educação – SMED na adoção dessas políticas, também, na rede municipal de ensino. A FURG é parceira da Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA e, neste ano, iniciará o projeto “Vamos Reflepir”, que significa, exatamente, pensar naquele sujeito que não se encontra dentro da norma. Completou dizendo que a nossa Universidade é uma instituição plural, sem qualquer tipo de exclusão e que será muito importante o apoio desse Conselho para uma sociedade mais justa. A convidada Simone Grohs Freire registrou que o processo na CAID iniciou com a professora Elisa Celmer e disse que se avançou muito no plano da legislação, quando se garante igualdade a todos, mas se deve buscar a materialidade desses indivíduos para uma efetiva transformação. O Senhor Presidente exaltou o papel da Universidade nesse processo de construção dos avanços sociais da humanidade, disse que isso é um direito, e não um favor. Afirmou que temos muito a ganhar com o ingresso dessas pessoas para o avanço social. O Cons. Renato Duro comentou que teve algumas alterações pontuais em relação aos candidatos com deficiência por atualização da legislação. A Cons. Cleuza Sobral Dias parabenizou a Reitoria pela apresentação da proposta e, também, à comissão responsável. Lembrou do histórico de quando iniciou todo o processo através do antigo PROAI. Teve a alegria, como Pró-Reitora, de implementar essa política e, posteriormente, como Reitora. Disse que o ingresso dá possibilidade de o estudante passar a desenvolver suas capacidades. Para os indígenas não foi fácil a adoção da política, assim como para os quilombolas. Citou a vereadora Regininha, que é pedagoga formada pela FURG, pelas dificuldades que enfrentou. Disse que isso é um desafio e é difícil para alguns entenderem, mas quando se vê o resultado alcançado, é uma grande felicidade. O Cons. Carlos Seifert Junior parabenizou a todos os envolvidos pela iniciativa. O Cons. Pedro Almeida parabenizou a todos que se envolveram nessa iniciativa, ressaltando que a Universidade, principalmente, em tempos sombrios como estes que estamos vivendo, mostra que somos uma Universidade maior e que, apesar de tudo, continuamos avançando. O Cons. Renato Duro disse que também teve o privilégio de ter acompanhado a trajetória da Regininha na Universidade. Citou o projeto de extensão da FaDir sobre os processos de registro civil de pessoas trans. Teve o prazer de compor a banca de defesa de formação da Regininha e, ainda, teve o privilégio de realizar a colação de grau e colocação do capelo na aluna. O Senhor Presidente elogiou todas as falas, apesar do momento crítico que se está enfrentando, mas mostra o quanto se deve estar mobilizado para avançar nos compromissos assumidos. Disse que há um conjunto muito amplo de ações que estão sendo implementadas, apesar do momento ser crítico. Hoje temos um grande exemplo de avanço, apesar da conjuntura. Não havendo mais manifestações a esse respeito, a Indicação foi colocada em votação, sendo aprovada por unanimidade e com uma salva de palmas;

Como se constata, o CONSUN aprovou por unanimidade a proposta constante da indicação realizada pelo Professor Renato Duro Dias, que possuía as seguintes motivações, conforme documento OUT11 do evento 32, dos quais faremos os destaques em negrito e sublinhado dos pontos mais relevantes a serem tratados:

Dos motivos de fato:

A maior parte das pessoas trans não consegue chegar sequer ao ensino médio. Isto se dá, em grande parte, pelo preconceito e pela discriminação que as faz desistir dos estudos e que, por consequência, obstaculiza o acesso, a permanência qualificada e a consequente conclusão de seus estudos, bem como promove a inserção precária e informal no mercado de trabalho. **Dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) mostram que 90% da população acaba na prostituição e trabalho sexual.**

*A V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos Graduandos das Instituições Federais do Ensino Superior (Ifes) realizada em 2018, aponta que **0,3% da população universitária federal do país se identifica como pessoa trans.***

*Entretanto, o **Governo Federal não possui informações acerca dessa população**, como demonstraram diversas pesquisas que solicitaram dados através da Lei de Acesso à Informação tanto ao Instituto de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira quanto ao Ministério da Educação.*

*A falta de dados é resultado de uma política de invisibilização e negação de uma população tão marginalizada no acesso e na permanência no ensino formal. **O IBGE**, que existe há mais de 80 anos e tem um papel fundamental na elaboração de políticas públicas do Estado, **desconhece essa parcela da população.** Para o Censo de 2022 informou em nota que perguntas sobre identidade de gênero e orientação sexual são um tema sensível e que por questões técnicas não seria possível coletar essas informações. **Segundo a ANTRA, cerca de 2% da população brasileira integra a população trans.** Censo realizado pela Rede Trans Brasil indicou preliminarmente que o questionário proposto foi majoritariamente respondido por mulheres trans e travestis, em que 58,2% se declararam pretas e pardas, além de se tratar uma população relativamente jovem, visto que 85,3% tinham até 35 anos, onde **mais da metade concluiu o ensino médio**, porém, 20,4% delas não tinham o fundamental completo. Outro dado é que 82,4% das respondentes são trabalhadoras sexuais. Ainda sobre esses dados 63% delas tem rendimento salarial de até 1 (um) salário-mínimo e que 27% não possuem renda nenhuma. Na questão da saúde, cabe dizer que muitas tomavam hormônios por indicação de terceiros e por conta própria (98%) e mais da metade (55%) já aplicaram o silicone industrial no*

corpo. Quando se fala das violências, sejam elas sexuais, verbais, físicas e até a expulsão de casa, mais de 70% das respondentes relatam ter passado por, pelo menos, uma delas. Todos esses dados revelam a situação drástica que as pessoas trans vivem no Brasil.

Muitos fatores podem ser considerados para a invisibilização da população trans no ensino superior. A alta evasão no ensino básico é um deles. Pesquisa realizada pela Rede Nacional de Pessoas Trans no Brasil aponta que **82% das pessoas trans abandonam o ensino médio entre os 13 e 18 anos** especialmente por razões ligadas a discriminação e a agressões sofridas no ambiente educacional. Em outros termos, estudantes trans acabam “[...] sendo forçadas (os) a abandonar a escola, já que diferentemente de adolescentes gays e lésbicas, têm mais dificuldade em esconder sua diferença, tornando-se as vítimas mais visíveis dessa violência escolar” (DINIS, 2011, p. 43). A pesquisa “Vivências reais de crianças e adolescentes transgêneros dentro do sistema educacional brasileiro” realizada pela ONG LGBTI+ do Grupo Dignidade em parceria com a UNESCO, entrevistou 120 mães, pais e responsáveis que reconhecem ter uma criança ou adolescente transgênero. 77,5% informaram que seus filhos, **crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos já foram vítimas de transfobia no ambiente escolar** – sendo que **56% dos autores das violências eram professores**. A exclusão escolar gera também a exclusão do mercado formal de trabalho, tornando a prostituição a fonte de renda mais frequente: Devido ao processo de exclusão familiar, social e escolar [...] estima-se que 13 anos de idade seja a média em que travestis e mulheres transexuais sejam expulsas de casa pelos pais (ANTRA, 2017) e que **cerca de 0,02% estão na universidade**, 72% não possuem o ensino médio e 56% o ensino fundamental (Dados do Projeto Além do Arco-Íris/Afro Reggae). Essa situação se deve muito ao processo de exclusão escolar, gerando uma maior dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho e deficiência na qualificação profissional causada pela exclusão social (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021).

A exclusão escolar está diretamente relacionada à exclusão do ambiente familiar. Dados apontam que no momento da evasão escolar, o que acontece em média quando a pessoa completa 13 anos de idade, jovens trans são expulsos/as de casa pelos pais ou tutores e, sem amparo legal, passam a viver nas ruas. As fobias, os sentimentos de repulsa, as violências, atingem milhares de jovens e adultos em ambientes educacionais e “representam problemas reais que produzem e alimentam preconceitos, discriminações, violências e violações de direitos humanos. Geram, nas pessoas que são alvos desses mecanismos, mal-estar, insegurança, angústia, isolamento e sofrimento. Esses sentimentos podem interferir em suas relações sociais; prejudicar seu rendimento escolar, levando-as até a sair da escola; impedir seu acesso a oportunidades de emprego ou promoção no ambiente de trabalho e influenciar em sua qualidade de vida e de saúde” (BRASIL, 2011, p. 22). O pesquisador em Psicologia Social pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) Leogildo Alves Freire destacou em sua tese que “Toda pessoa homossexual passa, ao longo da sua vida, e em função da sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, por processos graves de exclusão. Enquanto pesquisador, identifiquei as três instâncias que afetam esses indivíduos. A primeira é a familiar, onde a pessoa LGBT passa a experienciar o primeiro processo de discriminação e rejeição de um núcleo que, em tese, deveria acolher e proteger. A segunda instância de exclusão é a escolar, onde o indivíduo passa a confrontar os valores, as crenças e as modificações destas. E nesse momento, esses ambientes podem se tornar bastante hostis, fazendo com que muitas dessas pessoas tendam a evadir do contexto escolar. A terceira é o mercado de trabalho. A população trans em especial frequentemente possui duas vias de profissionalização, que são atividades relacionadas à estética – manicure, cabeleireira, maquiadora – ou à prostituição, e esta acaba sendo uma via de maior acesso, em função da manutenção da sua própria existência”. Dentro da comunidade LGBTQIA+ o grupo que sofre as maiores violências e violação dos direitos humanos são as travestis e as mulheres transgênero. Enquanto 1 em cada 4 mulheres cisgênero são vítimas de alguma forma de violência, quando se trata de mulheres trans e travestis esse índice passa de 3 em cada 4 mulheres. Essa violência tem, portanto, classe, raça, gênero e idade. No ensino superior o cenário não é muito diferente. Um mapeamento feito pelo Coletivo Intertransvestigêncere Xica Manicongo – formado por estudantes da Universidade de São Paulo (USP) mostrou que 52% dos 88 estudantes que se identificaram como transexuais, travestis, transvestigêneres e não-binários foram vítimas de ações transfóbicas no ambiente acadêmico. Estes dados mostram que na verdade não estamos tratando aqui de um abandono voluntário da escola, culpabilizando o estudante, como normalmente se associa ao tema da evasão. Pelo contrário, esse processo deve ser reconhecido como uma exclusão fruto de uma Pedagogia da Violência. A pesquisadora aponta, portanto, que esta evasão escolar da população trans é involuntária, imposta. O ciclo da violência, exclusão e invisibilização no ambiente escolar resulta em um ingresso não representativo dessa população nas universidades. **A conta é fácil: quanto mais pessoas trans abandonam o ensino básico, menos ingressam no ensino superior.** Somado a isso, a expectativa de vida dessa população é baixíssima. Enquanto a expectativa de vida em geral no Brasil é de 75,5 anos, quando se trata de população trans este número se reduz para 35 anos de idade. Este também é um fator que aponta o baixo percentual de pessoas trans no ensino superior. Tanto o fator do abandono escolar quanto o da baixa expectativa de vida estão ligados a outro fator, qual seja, o alto número de assassinatos decorrentes da transfobia. A transfobia diz respeito a quaisquer atitudes discriminatórias e “inferiorizantes, degradantes ou humilhantes que podem ou não incluir agressões físicas, verbais, simbólicas, materiais, patrimoniais e/ou psicológicas manifestadas com o intuito de violar direitos, negar acesso ou dificultar a cidadania, coibir a livre expressão de gênero de travestis, transexuais e demais pessoas trans, quando sua identidade de gênero for um fator determinante para essas violências ou violações, seja por ação direta ou por omissão” (ANTRA, 2022, p.16-17). Em

2021 ocorreram pelo menos 140 assassinatos de pessoas trans, sendo 135 travestis e mulheres transexuais e 5 homens transexuais. Estes dados não são definitivos visto que as pesquisas apontam uma subnotificação estatal da população trans nos crimes sofridos, o que faz presumir um número muito mais elevado. Em termos globais, segundo a ONG Transgender Europe - TGEU (2021) o Brasil segue como o país que mais assassina pessoas trans no mundo pelo 13º ano consecutivo. Entre 2017 e 2021, oficialmente, foram 781 pessoas trans assassinadas, respondendo a região Sul por 9,5% destes assassinatos (ANTRA, 2022).

Este ciclo crescente de violência traz à tona o cenário de invisibilização no que se refere às políticas públicas ou discussões sobre direitos fundamentais das pessoas trans. Há, de forma generalizada, um desrespeito aos pronomes, aos nomes sociais, às identidades de gênero, enquanto cresce uma transfobia social. Esse cenário leva à marginalização e à negação da humanidade da população trans. Os jovens trans vem sendo assassinados cada vez mais cedo. “O total de vítimas menores de idade nos últimos cinco anos somam 27 casos ou 5,6% das 483 fontes que trouxeram informações sobre a idade das vítimas. Sendo 26 pessoas transfemininas e 1 pessoa transmasculina” (BENEVIDES, Bruna).

Além disso, em 2021, a pesquisa realizada pela ANTRA (2022) possibilitou identificar que nos casos em que houve a identidade racial da vítima, 81% eram travestis/mulheres trans negras, 18% brancas e 1% indígena. Enquanto em 2019 e 2020 a idade da vítima mais jovem foi de 15 anos, em 2021 foi de 13 anos. Essa violência precoce aparece nas pesquisas como um dos motivos para a falta de qualquer expectativa de futuro. E se reflete na expectativa de vida da população trans que é de 35 anos. Em 2021, 81% das vítimas de crime tinham entre 13 e 35 anos de idade. Portanto, a morte faz parte da experiência cotidiana das pessoas transgênero. Todos estes dados não aparecem nos documentos oficiais, nos Censos ou mesmo na mídia. A despeito da ausência de dados oficiais, na última década pelo menos 12 estados brasileiros registraram um aumento de 300% no uso do nome social. Além disso, pesquisa realizada aponta que entre 2012 e 2021 mais de 15 mil alunos da rede pública de ensino preencheram em suas fichas de matrícula, os nomes pelos quais gostariam de ser identificados nas escolas. Dentre as universidades que já adotaram políticas de cotas para pessoas trans estão: a Universidade Federal do ABC (UFABC), a Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e a Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). Antes disso, estas universidades já haviam publicado Resoluções para uso do nome social e para o uso de banheiro conforme identificação de gênero. Destaque-se que a utilização do nome social e o respeito à identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais não se trata de privilégio, mas que constitui direito e legítima forma de reconhecimento como pessoa no que tange à garantia de sua dignidade e que a Universidade Federal do Rio Grande já consolidou normativamente este direito. Assim sendo, consideramos que todas as razões de fato são suficientes para justificar o acolhimento da população trans nos programas de ações afirmativas da Universidade Federal do Rio Grande. Ainda assim, entendemos pertinente da mesma forma apresentar o arcabouço jurídico, no plano nacional e internacional, que reconhecem a necessidade de concretização dos direitos da população trans.

- Dos motivos legais e institucionais

O reconhecimento da vulnerabilidade social e econômica da população trans está respaldada na legislação nacional, internacional e institucional.

O Art. 5º da Constituição Federal estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza - estendendo-se aqui inclusive às diferenças quanto ao sexo, à orientação sexual e à identidade de gênero. Este tratamento jurídico igualitário e digno está presente também nos princípios e na legislação referente aos direitos humanos, seja no plano nacional ou internacional – caso em que o Brasil é signatário, destacando-se no que diz respeito aos documentos e tratados internacionais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Protocolo de São Salvador (1988), a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001), os Princípios de Yogyakarta (Yogyakarta, 2006), somando-se ainda que o direito à educação de qualidade desde a infância está entre os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da ONU.

O Brasil assumiu compromisso com a implementação de políticas concretas contra a violência de gênero em programas como: "Brasil sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual" (2004), Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT (2009) e Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH3 (2009).

A Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal publicou em 2015 a Resolução nº 12 que estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais - e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais - nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização.

A Lei nº 9.394/1996 define as diretrizes e bases da educação nacional e estabelece no artigo 2º que a educação é dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para

o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A mesma lei indica no artigo 3º dentre os princípios de ensino a igualdade de condições de acesso e permanência na escola, o respeito à liberdade e o apreço à tolerância.

A Lei 10.948/2001 fixa punições para manifestações atentatórias ou discriminatórias contra cidadãs/ãos travestis, transexuais, transgêneros, bissexuais, lésbicas e gays.

Ainda, o Decreto estadual n. 48.118/2011 afirma que os direitos da diversidade sexual constituem direitos humanos e que a sua proteção requer ações efetivas do Estado no sentido de assegurar o pleno exercício da cidadania e a integral inclusão social da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais – LGBT.

No âmbito institucional diga-se que nas Resoluções n. 20/2013 e 04/2019, a Universidade assumiu o compromisso de promover a democratização do ingresso e permanência de estudantes oriundos de Escola Pública. Para tanto, procura construir processos de inclusão efetivos e plurais.

- Do compromisso político da Administração Superior com as políticas e ações afirmativas

Quando a atual gestão da universidade foi eleita, dentre tantas disposições assinaladas, uma delas foi reafirmada no compromisso com uma FURG cada vez mais plural e coletiva, sempre buscando o seu propósito de transformação social a partir da educação superior. Esse compromisso político foi reafirmado, no período de escuta atenta da universidade, durante inúmeros diálogos prévios à consulta de opinião. Lá estava, no eixo das propostas para inclusão, diversidade e representatividade não só a manutenção das ações afirmativas, mas a sua ampliação e seu fortalecimento.

Tão logo assume, a atual administração propugna junto ao órgão colegiado máximo da universidade, o CONSUN (Conselho Universitário), pela criação da CAID. A Coordenação de Ações Afirmativas, Inclusão e Diversidades – CAID, surge assim com o compromisso de promover a consolidação e ampliação das ações afirmativas, de maneira transversal, em/para todos os segmentos da comunidade universitária.

Neste sentido, o propósito é fomentar a equidade, no ambiente universitário, por meio da criação e incremento de políticas e programas que viabilizem o acesso, a inclusão, a permanência de pessoas com deficiência e aquelas alvo de discriminação por motivo de gênero, de orientação sexual e religiosa, entre outros e segmentos geracionais e étnico-raciais. Além de coordenar o desenvolvimento de processos formativos necessários para o reconhecimento da diversidade enquanto patrimônio humano, cultural e social.

Para tanto, a CAID tem tido como tarefa precípua promover a articulação e transversalização da política de ações afirmativas, de inclusão e acessibilidade, bem como a valorização das diversidades e o enfrentamento às violências de gênero nos órgãos de gestão da FURG, especialmente, na graduação, pós-graduação, pesquisa, extensão e gestão de pessoas.

No bojo da CAID, reforçam-se as esperanças e sonhos desta população trans, ora abrigada pela proposta de ampliação e reformulação do Programa de Ações Afirmativas da FURG (PROAAf), cujo objetivo maior se traduz na democratização de acesso e incentivo à permanência na educação superior pública de qualidade.

- Considerações Finais

Ante o exposto, por todas as razões apresentadas, frisando-se que pessoas travestis e transexuais são excluídas precocemente e preconceituosamente do convívio familiar e comunitário e vivem à margem das principais políticas públicas constituindo-se, desta maneira, em população suscetível à significativa vulnerabilidade social, propõe-se a alteração das Resoluções nº 20/2013 e 04/2019 a fim de incluir as pessoas transgênero no programa de Ações Afirmativas da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, concretizando materialmente a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente reconhecida.

Ao aprovar por unanimidade e sem ressalvas a indicação do Professor Renato Duro Dias, o CONSUN aderiu aos motivos por ele explicitados na referida indicação, os quais, portanto, passam a fazer parte da motivação do próprio ato administrativo impugnado nestes autos.

Após exaustiva análise da motivação acima exposta, em especial com a valoração dos dados nela contidos, não foi possível a este juízo chegar a outra conclusão a não ser que a **motivação fática exposta não é adequada à instituição da política afirmativa na forma em que foi adotada.**

O primeiro ponto a ser considerado é que o próprio proponente reconhece que o Governo Federal não possui dados estatísticos sobre a população transexual, pois questões de gênero não foram abordadas nos censos realizados pelo IBGE, de modo que os dados mencionados pelo proponente são de instituições privadas, a maior parte delas formada pelo próprio grupo alvo da política afirmativa, como é o caso da ANTRA, decorrentes de pesquisas cuja metodologia não é conhecida (pois as próprias pesquisas não constam do documento apresentado ao CONSUN) e não são passíveis de serem verificadas e validadas.

Anoto que o IBGE iria estimar tamanho da população trans e travesti no Brasil na Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde realizada em 2023, cujos dados deveriam ter sido disponibilizados no último trimestre de 2024, mas ainda não o foram. Somente a partir de então se teria algum dado oficial para ser utilizado como ponto de partida de políticas públicas.

Mas segundo mencionou o proponente, conforme a ANTRA, cerca de 2% da população brasileira integra a população trans.

Esse dado, embora seja repetido por algumas outras instituições (também privadas), entretanto, não parece ser coerente com o que foi apurado pelo IBGE entre os anos de 2019 e 2022, o qual apurou que "*entre as pessoas de 18 anos ou mais, 94,8% se declararam heterossexuais; 1,2% homossexuais; 0,7% bissexuais; 1,1% não sabiam sua orientação sexual; 2,3% não quiseram responder; e 0,1% declararam outra orientação sexual*" (disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/33785-em-pesquisa-inedita-do-ibge-2-9-milhoes-de-adultos-se-declararam-homossexuais-ou-bissexuais-em-2019>)

Veja-se que, segundo o IBGE (que, é verdade, não coletou informações sobre identidade de gênero, conforme consta na mesma reportagem), menos de 2% da população brasileira se identifica como homossexual ou bisexual.

Não há como negar que, ainda que identidade sexual e identidade de gênero sejam coisas diversas, uma boa parte da população de transexuais e travestis também se identifica como homossexual ou bisexual, de modo que não é plausível que o número de transexuais e travestis no Brasil seja superior (ou no mínimo igual) ao próprio número de pessoas autodeclaradas homossexuais.

Daí se vê que esse primeiro dado utilizado pelo proponente, obtido por instituição privada, com base em metodologia desconhecida, não pode ser apto para respaldar uma política pública, pois não tem como ser validado e confirmado, e parece conflitar com os dados disponíveis até o momento coletados por instituições públicas oficiais, como é o caso do IBGE.

Porém, partindo da premissa de que os dados estatísticos utilizados sejam verdadeiros, eles também não conduzem a uma conclusão de sub-representação da população de transexuais e travestis nas universidades que seja decorrente dessa condição (identidade de gênero).

Isso porque, segundo dados também mencionados pelo proponente, a maior parte da população de transexuais e travestis não consegue chegar ao ensino médio. Porém, segundo dados de Censo realizado pela Rede Trans Brasil (também instituição privada), de 85,3% da população trans (que possui até 35 anos de idade), a metade teria concluído o ensino médio e 20,4% não teriam o fundamental completo.

Ou seja, o proponente faz afirmações contraditórias, pois ao mesmo tempo que afirma que "*a maior parte da população trans não consegue chegar ao ensino médio*", traz dados que infirmam essa afirmação, pois cerca da metade da população trans com até 35 anos de idade (idade que também afirma ser a expectativa de vida média desse grupo) possuiria o ensino médio completo.

Tais contradições já tornam inidônea essa parte da motivação para instituição de política afirmativa. Mas há mais.

Segundo o IBGE, de 2000 a 2022, na população do país com 25 anos ou mais de idade, a proporção de pessoas que tinham nível superior completo cresceu 2,7 vezes: de 6,8% para 18,4%. Nesse período, o percentual de pessoas sem instrução ou sem concluir o ensino fundamental caiu de 63,2% para 35,2%. Além disso, a população nessa faixa etária com nível "Médio completo e superior incompleto" cresceu de 16,3% para 32,2% entre 2000 e 2022, enquanto as pessoas com "Fundamental completo e médio incompleto" passaram de 12,8% para 14,0%. (disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/42742-censo-2022-proporcao-da-populacao-com-nivel-superior-completo-aumenta-de-6-8-em-2000-para-18-4-em-2022>)

Veja-se que, segundo os dados do IBGE, pegando-se o recorte de pessoas com 25 anos ou mais de idade, 32,2% possui ensino médio completo ou superior incompleto, que somadas aos 18,4% que já possuem o superior completo, totalizam cerca de 50% da população nessa faixa etária. Porém, tal percentual representa um grande aumento em relação aos dados anteriores a 2000, em que tal população representava, respectivamente, 16,3% e 6,8%, totalizando 22,9%, percentual inclusive inferior a cerca da metade da população trans até 35 anos de idade que possuiria o ensino médio completo, segundo os dados apurados pela Rede Trans Brasil em 2018, e utilizados como fundamento pelo proponente da política afirmativa adotada pela FURG.

Da mesma forma, ainda com base nos dados da Rede Trans Brasil, o proponente afirmava que 20,4% da população trans até 35 anos não teria o fundamental completo. Ocorre que, segundo o IBGE, o percentual da população brasileira com 25 anos ou mais sem ensino fundamental completo era de 63,2% antes do ano 2000 e caiu para 35,2% em 2020, ou seja, percentuais superiores ao da população trans na mesma condição (sem ensino fundamental completo).

Ou seja, ainda que se considerem verdadeiros os dados utilizados como motivação pelo proponente, eles não demonstram que a população trans apta a ingressar na universidade (ou seja, a que concluiu o ensino médio), possui percentual inferior ao da média da população brasileira, de modo que tais dados não são aptos a que seja em favor dessa população criada qualquer vantagem para o ingresso na universidade.

Também não se constata, ainda com base nos dados mencionados pelo proponente, que a população trans possui nível de escolaridade em percentual diverso daqueles da generalidade da população brasileira, pois os percentuais de pessoas trans sem o ensino fundamental completo seria inferior ao da generalidade da população e os que possuem nível médio completo estão em percentual parecido com o da generalidade da população.

Mas na mesma exposição de motivos da indicação aprovada pelo CONSUN, o proponente traz dados de outras instituições privadas de transexuais que não confirmam os dados acima mencionados. Segundo consta da exposição do proponente, "Pesquisa realizada pela Rede Nacional de Pessoas Trans no Brasil aponta que 82% das pessoas trans abandonam o ensino médio entre os 13 e 18 anos especialmente por razões ligadas a discriminação e a agressões sofridas no ambiente educacional".

Ou seja, trata-se de dado manifestamente divergente daquele da Rede Trans Brasil mencionado anteriormente pelo proponente, segundo o qual de 85,3% das pessoas trans, cerca da metade teria concluído o ensino médio.

Ainda, o proponente cita também dados do Projeto Além do Arco-Íris/Afro Reggae, segundo os quais 72% das pessoas trans não possuem o ensino médio e 56% o ensino fundamental.

É verdade que a falta de dados públicos oficiais dificulta a instituição de políticas afirmativas em favor dos transexuais e travestis, mas justamente a ausência de dados oficiais não pode levar à conclusão de que tal população é desfavorecida em relação à media da população no que diz respeito à possibilidade de ingressar na universidade, através dos concursos regulares.

E isso, inclusive mediante inclusão em cotas para negros ou em cotas sociais, acaso nelas se enquadrem, já que segundo dados da ANTRA também citados pelo proponente, 58,2% da população trans se declara preta e parda, e 63% dessa mesma população possui rendimento até um salário mínimo e 27% não teriam renda alguma, o que totaliza cerca de 90% da população trans apta a ingressar na Universidade mediante cotas sociais, e mais de 50% apta a ingressar mediante cotas raciais.

Levando em consideração, ainda, os dados que afirma que 72% da população trans não possui o ensino médio, somente 28% dessa população estaria apta a ingressar na universidade, por preencher o requisito de escolaridade necessário. Portanto, a ação afirmativa criada pela FURG destina-se a menos de 30% da população alvo, da qual 90% já pode ser beneficiada por cotas sociais e mais de 50% por cotas raciais.

Com isso, as cotas raciais e sociais já abrangeriam uma grande parte da população trans, não havendo justificativa aparente para que venham a ser ainda mais favorecidos ou favorecidos de forma diversa do que tais grupos.

Os demais dados mencionados pelo proponente, referentes à violência doméstica, discriminação na escola (ensinos fundamental ou médio), falta de oportunidades de trabalho e violência (inclusive o suposto número de assassinatos) não guardam qualquer relação de pertinência com o acesso ou dificuldade de acesso à universidade.

Vale relembrar que, conforme expusemos acima, um dos requisitos da ação afirmativa é que deve haver uma **correlação clara e direta entre a discriminação positiva criada e o problema específico enfrentado pela população alvo.**

Portanto, questões como falta de acesso à políticas públicas de saúde, evasão escolar nos ensinos fundamental e básico, violência doméstica e outros tipos de violência de gênero, etc. **embora alarmantes, graves e que devem ser objeto de atenção pelo Estado,** não possuem correlação lógica com o acesso à universidade, e não podem servir de motivação para a criação de políticas afirmativas nesse sentido.

De qualquer sorte, os supostos números alarmantes citados pelo proponente como violência de gênero não parecem ser em nada discrepantes dos números da violência em geral no Brasil.

Veja-se, que segundo mencionou o proponente, o Brasil seria um dos países que "*mais assassina pessoas trans no mundo*" (afirmação que sequer poderia ser feita por um educador de ensino superior, pois dá a entender que seria o Estado o autor desses assassinatos). Mas tal afirmação não se suporta nos próprios números apresentados.

Como mencionado pelo proponente, segundo a ONG Transgender Europe - TGEU (2021), Entre 2017 e 2021, oficialmente, 781 pessoas trans foram assassinadas no Brasil e, após, menciona novo dado tendencioso, de que 9,5% desses assassinatos ocorreram na região sul (a tendenciosidade desse dado será abordada logo a seguir).

A primeira questão é que, se ocorreram 781 assassinatos de pessoas trans entre 2017 e 2021 (cinco anos), a média foi de 156 assassinatos por ano. Há se considerar verdadeiros os dados da ANTRA, de que a população trans no Brasil corresponde a 2% da população, ou seja, cerca de 4 milhões de pessoas, então, por ano, dentro dessa população, ocorreram **0,003905% de assassinatos de pessoas trans, ou um assassinato a cada 25.641 pessoas trans.**

Ocorre que, conforme o Atlas da Violência 2023, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (instituição oficial), estima-se que entre os anos de 2011 e 2021, 616.095 pessoas foram assassinadas no Brasil, o que corresponde a pouco mais de 61 mil pessoas assassinadas por ano. Considerando que a população

brasileira é de 212 milhões de habitantes, esse número anual corresponde a **0,02877% de assassinatos anuais em relação à população, ou um assassinato a cada 3.475 pessoas.**

Como se vê, o número de assassinatos em geral é muito superior (mais de sete vezes), em relação à população total, do que o percentual de assassinatos de pessoas trans em relação à respectiva população.

Portanto, se constata que o número de assassinatos de pessoas trans no Brasil não possui nada de diferente (ao contrário, é ainda várias vezes menor em percentuais) do que a violência geral que assola o país, não havendo como tais dados serem considerados como relevantes para instituição de políticas afirmativas de ingresso em universidade, mesmo porque também não guardam nenhuma correlação lógica com esse ingresso.

Outro fator relevante e que macula a motivação do proponente à política pública é a tentativa aparente de qualificar a região sul como mais violenta para as pessoas trans, com a informação recortada de que 9,5% dos assassinatos de pessoas trans ocorreram nessa região, na qual se localiza a IFES ré.

Isso porque a região sul engloba os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, cuja população, por sua vez, representa cerca de 14,7% da população brasileira. Portanto, os demais estados correspondem a 85,3% da população, e respondem por 90,5% dos assassinatos de transexuais, de modo que a região sul não pode ser considerada a mais violenta em relação a tal grupo.

O que se percebe na motivação apresentada pelo proponente é um aglomerado de dados sem maior correspondência correlacional com a política afirmativa adotada pela FURG com base nessa motivação, e ainda, a distorção e uso de tais dados sem uma necessária valoração lógica e sistêmica.

Dados recortados podem ser utilizados para validar o que se quiser, basta se trazer a tona os dados que respaldem o que se quer defender e se omitir aqueles que não respaldam. Toda pesquisa destinada a embasar políticas públicas deve possuir uma metodologia baseada na busca da objetividade e na imparcialidade em seus resultados.

Contudo, a complexidade da cognição humana introduz uma variável muitas vezes subestimada: o viés cognitivo. Este fenômeno, inerente ao processo de pensamento, pode direcionar as conclusões de um estudo, mesmo que de forma inconsciente, pelas preferências pessoais, crenças e experiências prévias do pesquisador. A compreensão e mitigação desse viés são cruciais para a validade e confiabilidade das pesquisas, com implicações diretas na aplicação da lei e na formulação de políticas públicas baseadas em evidências decorrentes dessas pesquisas.

Diversos autores renomados no campo da psicologia cognitiva e da tomada de decisão abordam a ubiquidade dos vieses cognitivos. Daniel Kahneman, em sua obra "Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar" (2011), demonstra como nossos processos mentais operam em dois sistemas: o Sistema 1, rápido e intuitivo, e o Sistema 2, lento e deliberativo. O Sistema 1, embora eficiente, é propenso a heurísticas e vieses que podem distorcer a percepção da realidade e a interpretação de dados.

A heurística da confirmação, por exemplo, leva o indivíduo a buscar e interpretar informações de maneira a confirmar suas preconcepções, ignorando evidências contraditórias. No contexto científico, isso pode se manifestar na seleção de metodologias que favoreçam um determinado resultado, na interpretação enviesada de dados ambíguos ou na priorização de achados que corroborem uma hipótese pré-existente do pesquisador.

Corroborando essa perspectiva, Dan Ariely, em "Previsivelmente Irracional: As Forças Ocultas Que Moldam Nossas Decisões" (2008), explora como as decisões humanas são sistematicamente influenciadas por fatores irracionais. Embora Ariely foque mais na economia comportamental, suas conclusões são transferíveis para o ambiente da pesquisa. A âncora de julgamento (também abordada por Kahneman), por exemplo, onde a primeira informação recebida influencia as decisões subsequentes, pode impactar a formulação de hipóteses iniciais ou a avaliação de resultados intermediários em uma pesquisa, direcionando o foco do estudo para determinadas direções em detrimento de outras.

No âmbito jurídico, a relevância desse tema é patente. Decisões judiciais, elaboração de leis e políticas públicas frequentemente se apoiam em pesquisas científicas, sejam elas na área da sociologia, criminologia, economia ou psicologia. Se essas pesquisas forem intrinsecamente enviesadas pelas preferências dos pesquisadores (veja-se que no presente caso todas as pesquisas que embasam a ação afirmativa foram produzidas por entidades manifestamente interessadas em determinados resultados), a validade das conclusões e, consequentemente, a justiça e a eficácia das medidas adotadas podem ser comprometidas.

Um estudo sobre a eficácia de uma política de segurança pública, por exemplo, pode ter seus resultados distorcidos se o pesquisador possuir uma crença arraigada em uma abordagem específica, levando-o a superestimar o impacto positivo de sua preferência e a minimizar os efeitos negativos.

A mitigação do viés cognitivo na pesquisa exige uma série de medidas. A transparência metodológica, a revisão por pares cega (onde os revisores não conhecem a identidade dos autores e vice-versa), a replicação de estudos por pesquisadores independentes e a declaração de conflitos de interesse são mecanismos essenciais para minimizar a influência das preferências pessoais. Além disso, a conscientização sobre a existência e os tipos de vieses cognitivos é o primeiro passo para que os próprios pesquisadores desenvolvam estratégias de autovigilância e ceticismo em relação às suas próprias conclusões.

Em suma, o viés cognitivo representa um desafio significativo para a objetividade da pesquisa. Conforme demonstrado por autores como Kahneman e Ariely, nossas mentes são inherentemente propensas a atalhos mentais que podem levar a interpretações distorcidas da realidade.

No contexto jurídico, a ignorância ou a negligência desse fenômeno pode resultar em decisões e políticas que, embora aparentemente embasadas em ciência, na verdade refletem as preferências pessoais dos pesquisadores. A busca por uma ciência mais robusta e imparcial, fundamental para a construção de uma sociedade justa, exige uma vigilância constante contra as sutis, mas poderosas, influências do viés cognitivo.

A Administração Pública não pode agir com base exclusivamente em dados decorrentes de pesquisas que não possuem metodologia conhecida e passível de confirmação, feitas por instituições com manifesto conflito de interesses, pois importa em violação do princípio da impessoalidade, uma vez que aparenta se estar diante de uma política afirmativa mais fundamentada na preferência pessoal e ideológica do proponente, das entidades que produziram as pesquisas por ele utilizadas e daqueles que aprovaram a política afirmativa do que em dados concretos que respaldem as conclusões a que se chegou.

Reitero que já há evidências no Brasil, e isso já foi reconhecido pelo STF em alguns julgamentos, que as pessoas trans podem (e devem) ser objeto de ações Estatais (inclusive ações afirmativas) que visem reduzir e eliminar a transfobia e possibilitar o exercício pleno da cidadania por esse grupo, não podendo sua identidade de gênero ser fator preponderante para sua marginalização, mas por outro lado, essa identidade também não justifica toda e qualquer vantagem que lhes seja atribuída.

Quanto aos motivos legais e institucionais, melhor sorte não assiste ao proponente, pois apesar de mencionar diversos tratados internacionais e outras normas infralegais, não especificou em qual parte específica de cada tratado ou norma justificaria a criação de vagas exclusivas para pessoas trans e travestis na universidade federal, com meio de acesso diverso dos demais candidatos, e que não observa o princípio da impessoalidade na avaliação, nem o princípio da capacidade no acesso, como exige a Constituição (questões que serão abordadas especificamente a seguir).

Não basta ao Administrador, para fundamentar normativamente um ato administrativo, mencionar a existência dessa ou daquela legislação, sem demonstrar como ela se aplica especificamente ao caso e como justifica a decisão tomada.

Trata-se de exigência semelhante à que se exige para a fundamentação das decisões judiciais. Segundo o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida ou empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Diane do que foi até aqui exposto, concluo pela primeira ilegalidade da Resolução CONSUN/FURG n.º 11 (e das que lhe sucederam com base na mesma motivação) e dos Editais do Processo Seletivo 2023 (e também os seguintes, dos anos de 2024 e 2025) específico para ingresso de estudantes transgênero, consistente na invalidade da motivação exposta e adotada para o ato, por não demonstrarem a correlação clara e direta entre a discriminação positiva criada e o problema específico enfrentado pela população alvo (cuja demonstração não está embasada em dados isentos e verificáveis), tratando-se de motivação inadequada ao resultado obtido, por não se ajustar à realidade fática e jurídica que sustenta a decisão tomada pela Administração.

Trata-se de vício de ilegalidade passível de anulação pela via da ação popular, nos termos do artigo 2º, "d", parágrafo único, "d", da Lei nº 4.717/1965:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

d) inexistência dos motivos;

[...]

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

Ainda, não havendo motivação válida que demonstre uma pertinência lógica entre o fator de discrimen adotado e a vantagem outorgada, há violação direta ao princípio constitucional da isonomia, em seu aspecto material, pois apesar de a motivação indicar que o objetivo da política afirmativa seria atingir a igualdade material, na realidade seu efeito é exatamente o oposto, pois foi criada uma vantagem não justificada para uma determinada categoria de pessoas, com base em característica pessoal que não possui correlação com a vantagem outorgada.

6.3. Violação ao princípio da impessoalidade e ao princípio da capacidade para acesso aos bancos universitários

Embora já reconhecida acima a ilegalidade da própria política afirmativa criada pela FURG em favor das pessoas transexuais e travestis, pela motivação inadequada ao resultado obtido, acaso seja eventualmente superada tal parte da fundamentação, há razões para serem também anulados os editais de ingresso que decorreram dessa política afirmativa, pois violam o princípio da impessoalidade e da capacidade para o acesso à universidade.

Conforme se constata no "EDITAL DO PROCESSO SELETIVO 2023 ESPECÍFICO PARA INGRESSO DE ESTUDANTES TRANSGÊNEROS", juntado no evento 32 (OUT13), as 10 vagas exclusivas destinadas a "*a candidatos transgêneros, compreendidas as mulheres trans, as travestis e os homens trans*" (com previsão similar nos editais de 2024 e 2025), este previu a seguinte forma de seleção, consoante se constata no seu item 3:

3. DO PROCESSO SELETIVO

3.1. Das Provas

O Processo Seletivo constitui-se de:

Etapa I - Memorial Descritivo

Etapa II - Prova de Redação em Língua Portuguesa

A soma de todas as etapas corresponde a um escore bruto de 100 (cem) pontos e seguirá os critérios definidos no item 4.3. Todas as etapas são eliminatórias e a não realização de alguma das etapas supracitadas eliminará o candidato deste Processo Seletivo.

[...]

3.4 – Dos Conteúdos Programáticos

Os conteúdos programáticos do Processo Seletivo 2023 Específico para Ingresso de Estudantes Transegêneros encontram-se no Anexo I deste edital.

A especificação do conteúdo das etapas consta a partir do item 4 do edital:

4. DA CLASSIFICAÇÃO

Os candidatos selecionados serão classificados para a vaga do curso a que estiverem concorrendo em primeira opção, desde que tenham alcançado um mínimo de 20% em cada uma das etapas, conforme a ordem decrescente do argumento final (escore bruto) que corresponderá ao somatório da pontuação das etapas de seleção.

Os candidatos não classificados em primeira opção poderão concorrer ao curso escolhido como segunda opção, desde que não haja candidato classificado em primeira opção para esse curso, sendo que a classificação deste obedecerá à ordem decrescente do argumento final (escore bruto).

4.1. Critérios avaliativos do Memorial Descritivo (100 pontos):

- a) conter elementos da trajetória escolar (15 pontos);*
- b) descrever a vivência da transição corporal e/ou social de identidade de gênero, assim entendidas como o conjunto de características que compõem a transexualidade e/ou travestilidade (35 pontos);*
- c) apresentar as expectativas de ingresso na Universidade (15 pontos);*
- d) destacar a importância da formação acadêmica para a comunidade LGBTQIA+ (35 pontos).*

A nota mínima para classificação será de 20 (vinte) pontos que corresponde a 20% da nota da etapa.

4.2. Critérios avaliativos da prova de Redação (100 pontos):

- a) O valor máximo que o candidato poderá alcançar quando da avaliação da prova de redação é de 100 pontos, a partir dos critérios somatórios definidos no item b.*
- b) Para efeito de atribuição da nota, serão considerados os seguintes critérios, os quais poderão receber pontuação máxima conforme descrito na tabela abaixo:*

[...]

A nota mínima para classificação será de 20 (vinte) pontos que corresponde a 20% da nota da etapa.

4.2.1 Critérios eliminatórios da prova de Redação

Será atribuída nota ZERO à redação que incorrer numa das seguintes situações:

- a) Possibilidade de identificação do candidato;
- b) Fuga ao tema da redação;
- c) Letra ilegível;
- d) Não uso da Língua Portuguesa.

Obs.: O desrespeito ao número mínimo de 20 linhas e ao número máximo de 30 linhas poderá acarretar desconto de até 50% da nota final.

4.3. Composição da Nota Final

4.3.1. Pesos das etapas: cada etapa possui um peso específico que é fator multiplicador da nota da etapa utilizado no cálculo da nota final de cada candidato:

etapa I - Memorial Descritivo (40%);

etapa II - Redação de Redação em Língua Portuguesa (60%);

4.3.2. Cálculo da nota final: A nota final dos candidatos será obtida pelo somatório ponderado das notas de todas as etapas do processo seletivo, aplicados os pesos de cada etapa previstos no item 4.3.1.

A pontuação máxima que cada candidato poderá obter é de 100 (cem) pontos.

A Nota Final (NF) será obtida pela seguinte fórmula:

$$NF = (NETI * 40\%) + (NETII * 60\%)$$

Onde:

NF = Nota Final

NETI = Nota Etapa I

NETII = Nota Etapa II

4.4 Critérios de Desempate

Em caso de empate nos argumentos finais de classificação, terá preferência o candidato que houver obtido maior pontuação:

- a) na prova de redação;
- b) no Memorial descritivo;
- c) o candidato de maior idade;

Persistindo o empate, a ordem de classificação será obtida mediante sorteio público, ...

Como já foi abordado anteriormente nesta sentença, o princípio da impessoalidade na Administração Pública, em especial em sua aplicação aos concursos e seleções públicas, **exige objetividade nos critérios de seleção**, ou seja, que os critérios de avaliação e seleção sejam preestabelecidos e objetivos, não permitindo juízos subjetivos que possam favorecer ou prejudicar determinados candidatos.

Analizando-se o edital acima transcrito parcialmente, de logo se constata que não há objetividade alguma na seleção mediante valoração de um "memorial descritivo" elaborado substancialmente com base em questões personalíssimas e subjetivas do próprio candidato.

Tanto é que não há no edital critérios objetivos de avaliação dos subitens do referido memorial, como ocorre na prova de redação.

A ausência de objetividade nessa parte da seleção viola a exigência da transparência, inherente ao princípio da impessoalidade, pois impede o controle social e a fiscalização pelos candidatos e pelo Poder Judiciário sobre as notas atribuídas pela comissão examinadora.

Não há qualquer objetividade na valoração da trajetória escolar do candidato (salvo eventual análise das notas obtidas, o que não é o caso), e menos ainda em sua vivência de transição corporal e/ou social de identidade de gênero, pois se tratam que questões manifestamente subjetivas do candidato, que serão necessariamente avaliadas também subjetivamente pelo examinador, que poderá dar maior ou menor nota conforme goste mais da vivência exposta por um candidato e menos da de outro.

Tampouco há objetividade em se avaliar a expectativa do candidato com o ingresso na universidade ou na importância que o candidato irá considerar da formação acadêmica para a comunidade LGBTQIA+. Novamente, a maior nota caberá àquele que o avaliador gostar mais dos argumentos, sem qualquer parâmetro objetivo.

Tratam-se, todavia, portanto, de questões manifestamente subjetivas e que, ademais, não guardam correlação com a necessária meritocracia para o ingresso na universidade, segundo o princípio da capacidade de cada um, já abordado nesta sentença e que será analisado concretamente a seguir.

Como já referi, em se tratando de concurso público (incluídos os de ingresso nas universidades), deve haver igualdade de oportunidades, sendo vedada qualquer distinção baseada em critérios pessoais, ademais avaliação baseada em tais critérios.

Como também já referi, a estrita observância do princípio da impessoalidade nos concursos de ingresso às universidades públicas é fundamental para assegurar a legitimidade do processo seletivo, a confiança da sociedade na Administração Pública e o acesso equitativo à educação superior de qualidade.

Nestes termos, considero violada a legalidade pela violação do princípio da impessoalidade, inerente aos atos administrativos, pela adoção de seleção manifestamente subjetiva, com base em questões pessoais dos candidatos, não passíveis de submissão ao escrutínio público, pelos próprios candidatos, pela população e pelo Poder Judiciário, pela ausência de critérios de avaliação minimamente objetivos.

6.4) Violation to the principle of capacity for access to higher education

Já destaquei anteriormente nesta sentença que o artigo 208, inciso V da Constituição estabelece que o acesso aos níveis superiores de ensino deve se dar segundo a capacidade de cada um.

Também já destaquei que o acesso aos níveis mais elevados de ensino é condicionado à **aptidão intelectual e acadêmica** do candidato. Essa aptidão, tradicionalmente, é **aferida por meio de avaliações de conhecimento de natureza objetiva**, como exames vestibulares e o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

Esclareci ainda que a capacidade aqui não se refere a uma aptidão inata, mas sim àquela desenvolvida através do processo educacional, que pode ser demonstrada por meio de um desempenho satisfatório em instrumentos de avaliação de conhecimento.

Também já foi destacado que **as cotas não dispensam a aferição da capacidade**, mas sim promovem a inclusão de grupos historicamente desfavorecidos, **permitindo que a capacidade seja avaliada dentro de um recorte específico**.

Por fim, já esclareci que critérios subjetivos até podem ser utilizados (como são, no caso das cotas raciais), mas apenas de maneira complementar, a fim de enquadrar o candidato em determinado grupo favorecido pela política afirmativa, porém, não podem substituir a própria avaliação objetiva.

Dito tudo isso, se constata facilmente que os critérios de seleção adotados pela FURG no edital de 2023 (e também nos subsequentes, de 2024 e 2025), não atendem minimamente aos requisitos da aferição da capacidade do candidato para ingresso no nível superior de ensino, pois na parte objetiva da avaliação há apenas uma redação, que avalia somente uma pequena parte do conhecimento que deveria ter sido adquirido nos níveis fundamental e médio para habilitar o candidato a ingressar no nível superior.

Não há praticamente avaliação de mérito, aqui considerada a aptidão intelectual e acadêmica adquirida e desenvolvida através do processo educacional nos ensino fundamental e médio. Pior ainda, 40% da avaliação é totalmente subjetiva, sem qualquer possibilidade de aferição pela sociedade, pelos candidatos e pelo próprio Poder Judiciário.

Analizando-se o resultado da seleção de 2025, pode-se constatar que, embora o memorial descritivo tenha menor peso do que a redação (40% e 60% respectivamente), na prática, a nota do memorial descritivo acaba por ser muito superior à da redação em alguns casos, como vemos no quadro abaixo (disponível em: <https://coperse.furg.br/2025/251-ps-2025-transgeneros>, acesso em 25/06/2025):



PROCESSO SELETIVO ESPECÍFICO PARA INGRESSO DE ESTUDANTES TRANSGÊNEROS 2025

NOTAS DAS ETAPAS I E II

Inscrição	Nota Etapa I - Memorial descritivo	Nota Etapa II - Redação
2	80,00	65,00
14	80,00	82,50
15	60,00	30,00
16	100,00	82,50
79	100,00	46,20
141	100,00	38,80

Da mesma forma, analisando-se as notas do processo seletivo de 2023, pode-se constatar que, inclusive, candidatos com melhor nota na redação ficaram posicionados depois de candidatos com melhor nota nessa prova (caso dos candidatos na 20º e 22º colocações), pois obtiveram nota mais alta no memorial descritivo que, como já demonstrado, se trata de uma avaliação totalmente subjetiva (disponível em: <https://coperse.furg.br/2023/ps-2023-transgeneros>, acesso em 25/06/2025):



**CLASSIFICAÇÃO GERAL DO PROCESSO SELETIVO 2023 ESPECÍFICO PARA
ESTUDANTES TRANSGÊNEROS**

Posição	Inscrição	NOME	Nota Memorial Descritivo	Nota Prova de Redação	Nota Final	1ª Opção	2ª Opção
1º	59	GABRIEL CZADOTZ MARTINS	40.00	55.50	95.50	Medicina	Psicologia
2º	40	CAROLINE DE OLIVEIRA BARROS	40.00	49.50	89.50	Educação Física	Administração - Rio Grande
3º	105	OLIVER DANIEL DA ROCHA BENITES	40.00	49.50	89.50	Medicina	Ciências Biológicas - Bacharelado
4º	340	LUISE DA SILVA DUARTE	40.00	48.00	88.00	Psicologia	Psicologia
5º	62	HENRY THOMAS BRANDÃO DA SILVA	40.00	46.50	86.50	Medicina	Medicina
6º	541	ÉDEN CIEGLINSKY CARDOSO	40.00	46.50	86.50	Artes Visuais - Licenciatura	Artes Visuais - Bacharelado
7º	513	WANESSA FAGUNDES NOGUEIRA	40.00	45.00	85.00	Ciências Biológicas - Bacharelado	Educação Física
8º	550	MÂNOELA CRISTINA DE SOUZA VASCONCELOS	40.00	45.00	85.00	Medicina	Direito - Noturno
9º	165	MASHA MIRALPHETA CARDOSO	40.00	42.00	82.00	Medicina	Enfermagem
10º	234	GABRIELLE OLIVEIRA LIMA DA COSTA	40.00	40.50	80.50	Direito - Noturno	Psicologia
11º	17	ANA LUIZA LUIZ	40.00	39.00	79.00	Psicologia	Medicina
12º	401	JOTA GASPAR TISSOT	40.00	39.00	79.00	Direito - Noturno	Psicologia
13º	59	ALEXANDRA DO NASCIMENTO PIERRE	40.00	37.50	77.50	Artes Visuais - Licenciatura	Artes Visuais - Bacharelado
14º	583	DIEGO HARTWIG OLIVEIRA	40.00	36.00	76.00	Psicologia	Ciências Biológicas - Bacharelado
15º	518	ANITA IZABELLA ECKERT	40.00	34.50	74.50	Direito - Noturno	Administração - Rio Grande
16º	572	MICHAEL VICENTE QUINN	40.00	31.50	71.50	Direito - Noturno	Psicologia
17º	577	LUNNA ROCHA SANTOS NÉRI	40.00	31.50	71.50	Medicina	Enfermagem
18º	410	LAUREN LISS SCHWITTEZ PINTO	40.00	31.50	71.50	Medicina	Enfermagem
19º	475	NICOLE MIRANDA CASTRO	40.00	30.00	70.00	Educação Física	Administração - Rio Grande
20º	57	BRUNN ÁVILA DO NASCIMENTO	40.00	30.00	70.00	Medicina	Medicina
21º	456	VANESSA BARTZ	36.00	33.00	69.00	Psicologia	Educação Física
22º	535	ISABELLE DE VASCONCELOS PRIETSCHE	36.00	31.50	67.50	Medicina	Psicologia
23º	102	MÁHARA DE FREITAS SHERON HELENA SOARES TEIXEIRA	36.00	28.50	64.50	Psicologia	Artes Visuais - Licenciatura
24º	514	LEVI FIGUEIRÓ FARIA	40.00	22.50	62.50	Administração - Rio Grande	Pedagogia - Licenciatura - Noturno
25º	342		40.00	22.50	62.50	Artes Visuais - Bacharelado	Enfermagem

Não se trata de avaliação embasada em critérios de capacidade, como se pode verificar também pelas baixíssimas notas nas redações, muito inferiores aos mínimos médios dos candidatos que ingressam via ENEM e SISU, inclusive nas cotas raciais e sociais, o que, desse modo, além de violar o princípio da impessoalidade pela avaliação majoritariamente subjetiva, também importa em violação direta da previsão do artigo 208, inciso V, da Constituição, que exige que o acesso ao nível superior de ensino seja feito com base na capacidade de cada um.

A ausência de aferição da capacidade no momento do ingresso parece também estar acarretando a baixa adesão do grupo favorecido pela política afirmativa em questão ao curso universitário. Nesse sentido, analisando-se os editais dos concursos já realizados em 2023, 2024 e 2025, pode-se verificar que, apesar de serem disponibilizadas 10 vagas anuais em 10 cursos diversos, com exceção do primeiro ano (2023), em que foram providas 9 vagas, nos anos seguintes o número de vagas providas foi ainda menor.

Com efeito, conforme se verifica nas informações disponíveis no site <https://coperse.furg.br/2023/ps-2023-transgeneros>, no ano de 2023, foi efetuado primeiro chamamento de 9 candidatos, para os cursos de Administração, Artes Visuais - Bacharelado, Artes Visuais - Licenciatura, Ciências Biológicas - Bacharelado, Direito - Noturno, Educação Física, Enfermagem, Medicina e Psicologia.

Todavia, Foi necessário realizar um segundo chamamento, para os cursos de Artes Visuais - Bacharelado, Enfermagem e Psicologia, pois os candidatos chamados em primeiro lugar não efetuaram a matrícula. Após, foi realizado um terceiro chamamento para o curso de Enfermagem. Por fim, foi baixado um edital de reoferta de vagas para os cursos de Artes Visuais - Bacharelado e Pedagogia - Noturno, sendo que somente este último teve candidato aprovado e chamado para matrícula.

No ano de 2024, foram novamente ofertadas 10 vagas, para os cursos de Artes Visuais - Bacharelado, Artes Visuais - Licenciatura, Ciências Biológicas - Bacharelado, Direito, Educação Física, Enfermagem, História - Licenciatura, Medicina, Pedagogia, Psicologia e Sistemas de Informação. Foram homologadas inicialmente apenas 10 inscrições, e após recursos, 23 inscrições. Na divulgação do resultado, apenas 11 candidatos foram aprovados. Destes, apenas 6 foram chamados para efetuar a matrícula, nos seguintes cursos: Artes Visuais - Bacharelado, Artes Visuais - Licenciatura, Direito, Enfermagem, Medicina e Psicologia. Não foi realizada reoferta de vagas em 2024.

Por fim, em 2025, foram ofertadas novamente 10 vagas, para os seguintes cursos: Administração, Artes Visuais - Licenciatura, Ciências Biológicas - Bacharelado, Direito, Educação Física, Enfermagem, Farmácia, Medicina, Oceanologia e Psicologia. Foram homologadas inicialmente 6 inscrições e, após os recursos, 11 inscrições. Foram aprovados apenas 6 candidatos, porém, foram chamados para matrícula apenas 4, nos seguintes cursos: Direito, Medicina, Educação Física e Psicologia.

Assim, apesar de, em 3 anos de realização do edital, terem sido disponibilizadas 30 vagas específicas (10 a cada ano), somente 19 vagas foram ao final providas (9 em 2023, 6 em 2024 e 4 em 2025), não tendo vindo aos autos informações sobre a efetiva adesão ao curso e desempenho acadêmico dos aprovados nesses editais específicos.

A análise acima realizada acerca da procura e aprovação dos candidatos ao Processo Seletivo Específico para Ingresso de Estudantes Transgêneros na FURG ratifica a conclusão de que a referida política afirmativa não proporciona uma melhora nas situações enfrentadas pela população alvo, mas ao contrário, beneficia pequeníssima parcela dela que já superou os problemas apontados na motivação e já tratados mais acima.

Ou seja, se há um problema de não conclusão dos ensinos fundamentais e médio pela população alvo, criar-se vagas e meios facilitados de acesso à universidade não atinge justamente essa parte da população alvo que é mais afetada, mas apenas a pequena parcela que concluiu o ensino médio e poderia se candidatar às vagas de ampla concorrência (ou mesmo às cotas raciais e sociais, como já foi abordado).

Os resultados dos processos seletivos conduzem a essas conclusões, e as baixíssimas notas nas provas de redação demonstram que sequer há demonstração de capacidade para ingresso no nível superior de ensino pelos candidatos.

Não se quer com isso concluir que aqueles que já ingressaram não possuem essa capacidade, mas sim que não foi demonstrada a capacidade na seleção, exigência que se extrai do artigo 208, inciso V da Constituição.

Portanto, a política afirmativa criada pela FURG é nula também pela violação direta ao artigo 208, inciso V da Constituição.

6.5) Provimentos finais

Com a declaração nesta sentença de nulidade da política de cotas para transexuais e travestis criada pela FURG, deve ser definida a situação dos candidatos já aprovados mediante tais seleções.

Não há que se falar, como foi sustentado nos autos pelo Grupo pela Livre Expressão Sexual NUANCES, em fato consumado, pois os cursos iniciados em 2023, 2024 e 2025 ainda estão em andamento, não tendo qualquer dos candidatos concluído seus cursos para que se pudesse aplicar tal teoria.

A Teoria do Fato Consumado é uma construção jurídica, de origem primordialmente jurisprudencial e doutrinária, que busca, em caráter excepcionalíssimo, preservar situações de fato que se consolidaram com o decurso do tempo, ainda que originadas de atos juridicamente viciados. Fundamentada nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da razoabilidade, a teoria pondera que, em certas circunstâncias, o desfazimento de uma situação fática, mesmo que ilegal em sua origem, acarretaria um prejuízo social maior do que a sua manutenção.

Trata-se de uma ferramenta de equidade, que visa estabilizar relações jurídicas e proteger a confiança legítima do administrado que, de boa-fé, se viu em uma situação que acreditava ser regular. Contudo, sua aplicação é restrita e vem sendo cada vez mais limitada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), que buscam resguardar o princípio da legalidade.

A doutrina majoritária e a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores estabelecem requisitos cumulativos e rigorosos para que a Teoria do Fato Consumado possa ser invocada e aplicada pelo Poder Judiciário. São eles:

a) **Caráter Excepcionalíssimo:** A aplicação da teoria não é uma regra, mas uma exceção à regra da nulidade dos atos ilegais. Deve ser utilizada como último recurso, quando a restauração da legalidade estrita se mostrar desproporcional;

b) **Decurso de Longo Período de Tempo:** É indispensável que a situação de fato esteja consolidada há um tempo considerável, a ponto de ter gerado efeitos jurídicos e expectativas legítimas para o beneficiário e para terceiros. Não há um prazo fixo, cabendo ao julgador analisar o caso concreto;

c) **Boa-fé do Beneficiário:** O indivíduo amparado pela situação de fato deve ter agido de boa-fé, ou seja, desconhecia o vício que maculava o ato que o beneficiou. A má-fé, por outro lado, impede a aplicação da teoria;

d) **Irreversibilidade da Situação ou Elevado Custo Social do Desfazimento:** A reversão da situação deve ser faticamente inviável ou, se possível, deve gerar um dano social, administrativo ou econômico superior àquele que se busca evitar com a anulação do ato. É a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Apesar da existência teórica, os tribunais superiores brasileiros têm imposto severas restrições à sua aplicação, notadamente em matéria de Direito Público, como por exemplo:

- **Decisões Judiciais de Caráter Precário:** O entendimento pacífico no STF e no STJ é pela **inaplicabilidade** da Teoria do Fato Consumado em situações amparadas por medidas liminares ou outras decisões judiciais de natureza provisória. A lógica é que o beneficiário tem plena ciência da precariedade da medida e assume o risco de sua futura reversão. O Tema 476 da Repercussão Geral do STF consolidou a tese de que "*não é compatível com o regime constitucional a manutenção em cargo público, com base na teoria do fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado*".
- **Direito Ambiental:** O STJ editou a **Súmula 613**, que estabelece: "*Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental*". Este entendimento se baseia na imprescritibilidade da obrigação de reparar o dano ambiental e na proteção do meio ambiente como um direito fundamental das presentes e futuras gerações.
- **Concursos Públicos:** Como regra geral, a teoria não é aplicada para manter em cargo público candidatos que prosseguiram no certame por força de liminar posteriormente cassada. No entanto, em situações excepcionalíssimas, como em casos de servidores que permaneceram no cargo por mais de duas

décadas, o STJ já ponderou pela manutenção da situação fática, considerando o longo tempo de serviço e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, desde que a nomeação não tenha se dado de forma totalmente alheia ao sistema de mérito.

Em suma, a Teoria do Fato Consumado, embora relevante para a estabilização das relações sociais e para a proteção da boa-fé, tem seu campo de aplicação estritamente delimitado pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência dos tribunais superiores, que priorizam o princípio da legalidade e a moralidade administrativa, afastando sua incidência em situações de flagrante ilegalidade ou quando o particular tem ciência da instabilidade de sua condição.

No presente caso, todas as seleções realizadas a partir de 2023 já estavam tendo sua legalidade discutida neste processo quando realizadas, de modo que não há que se falar em desconhecimento pelos candidatos aprovados e pela própria instituição (que amparou a continuidade do certame em decisão provisória proferida em agravo de instrumento), da precariedade da situação e da possibilidade de que viessem a ser, em sentença, acolhidos os pedidos e declarada a nulidade da ação afirmativa.

Por outro lado, não seria medida de justiça e equidade que as disciplinas já cursadas com aproveitamento pelos candidatos que ingressaram com base na política afirmativa declarada inconstitucional e ilegal fossem totalmente desconsideradas.

Assim, a fim de garantir, por um lado, a eficácia da declaração de nulidade da política afirmativa criada em desrespeito aos princípios constitucionais e legais acima tratados, mas por outro, o direito daqueles que serão afetados por essa declaração de nulidade, determino que a FURG averbe as disciplinas já concluídas com aproveitamento nos cursos em que matriculados os candidatos aprovados em 2023, 2024 e 2025 nas seleções dos Processos Seletivos Específicos para Ingresso de Estudantes Transgêneros na FURG, possibilitando, ainda, que sejam concluídas as disciplinas em curso no ano de 2025, para que possam vir a ser utilizadas como aproveitamento de estudos em eventual futuro ingresso regular na FURG ou em outra universidade.

A FURG deverá, por força da presente sentença, se abster de realizar novo Processo Seletivo Específico para Ingresso de Estudantes Transgêneros, com base na política afirmativa aqui anulada, ou em qualquer outra que venha a ser criada nos mesmos moldes e para os mesmos destinatários sem que sejam utilizados como embasamento dados oficiais que demonstrem a efetiva correlação entre a vantagem a ser criada e o problema enfrentado pela respectiva população alvo.

Ainda, no caso de criação de nova política afirmativa com o devido embasamento que comprove a correlação entre a vantagem conferida e o problema enfrentado pela população alvo, deverá utilizar critérios objetivos de seleção que importem na aferição da capacidade adquirida por cada candidato, com base nos conhecimentos obtidos nos níveis fundamental e médio de ensino, devendo preferencialmente se utilizar dos mesmos exames de seleção utilizados para as demais ações afirmativas (ENEM e SISU).

6.6. Da tutela de urgência

Considerando o reconhecimento da inconstitucionalidade e da ilegalidade e da política afirmativa objeto da presente sob os diversos aspectos e fundamentos acima expostos, e que os autores requereram a tutela de urgência na inicial, a fim de obstar a prática dos atos lesivos ao patrimônio público, considero que deve ser deferida em sentença a tutela de urgência, a fim de que as determinações aqui contidas sejam imediatamente cumpridas pela FURG, ressalvada a eventual concessão, pelo Tribunal, de efeito suspensivo a recurso de apelação que seja interposto.

Isso porque, além da verossimilhança das alegações dos autores populares, decorrente da própria sentença de procedência, há risco de ineficácia da medida caso sejam realizadas novas seleções evitadas das nulidades aqui reconhecidas, com novos ingressos e possibilidade, ainda, aí sim, de se consumarem as situações ilegais, acaso concluídos os cursos pelos ingressantes através da política afirmativa declarada nula.

Por oportuno, esclareço que a concessão da tutela de urgência em sentença, porque baseada em fundamentos diversos daqueles que foram objeto do agravo de instrumento nº 5006790-57.2023.4.04.0000, interposto pela FURG contra a decisão do evento 4, não importa em ofensa ou descumprimento da decisão do Tribunal, até porque os fundamentos expostos na referida decisão foram acolhidos e integrados a esta sentença, porém, não foram suficientes, por si só, para conduzir a uma sentença de improcedência, diante dos demais argumentos autônomos posteriormente expostos.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos veiculados na inicial para, na forma da fundamentação, declarar a ilegalidade e consequente nulidade da Resolução CONSUN FURG nº 11, de 2022, e das resoluções que a sucederam regulamentando a mesma política afirmativa criada em favor de pessoas transexuais e transgêneros, assim como a nulidade dos Editais de Processo Seletivo específico para ingresso de estudantes transgênero dos anos de 2023, 2024 e 2025.

Concedo a tutela de urgência em sentença, para que as determinações daqui decorrentes sejam imediatamente cumpridas pela FURG, que deverá se abster de realizar novo Processo Seletivo Específico para Ingresso de Estudantes Transgêneros, com base na política afirmativa aqui anulada, ou em qualquer outra que

venha a ser criada nos mesmos moldes e para os mesmos destinatários sem que sejam utilizados como embasamento dados oficiais que demonstrem a efetiva correlação entre a vantagem a ser criada e o problema enfrentado pela respectiva população alvo.

Ainda, no caso de criação de nova política afirmativa com o devido embasamento que comprove a correlação entre a vantagem conferida e o problema enfrentado pela população alvo, deverá utilizar critérios objetivos de seleção que importem na aferição da capacidade adquirida por cada candidato, com base nos conhecimentos obtidos nos níveis fundamental e médio de ensino, devendo preferencialmente se utilizar dos mesmos exames de seleção utilizados para as demais ações afirmativas (ENEM e SISU).

Nos termos do artigo 12 da Lei nº 4717/1965, condeno a FURG ao pagamento de honorários advocatícios à parte autora, que considerando o grau de zelo, a natureza e complexidade da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, bem como a ausência de conteúdo econômico direto e o irrisório valor da causa, fixo em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com fundamento no artigo 85, §§ 2º, incisos I, III e IV e 8º, do Código de Processo Civil.

Sentença não sujeita a reexame necessário, conforme inteligência do artigo 19 da Lei nº 4.717/1965.

Interposto recurso da presente sentença, após a apresentação de contrarrazões, remetam-se ao TRF da 4ª Região.

Publicada e registrada eletronicamente. **Intimem-se.**

Rio Grande, data do evento eletrônico.

Documento eletrônico assinado por **GESSIEL PINHEIRO DE PAIVA, Juiz Federal Substituto**, 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 **710022369442v127** e do código CRC **63ad29bb**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GESSIEL PINHEIRO DE PAIVA

Data e Hora: 25/07/2025, às 15:26:14

5000681-64.2023.4.04.7101

710022369442 .V127