



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 236-255
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Entre a Constituição, os desejos e as ideologias: a ilegalidade do Edital de Vagas Específicas, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, para o ingresso de estudantes transgêneros na graduação*

Between the Constitution, desires and ideologies: the illegality of the Notice of Specific Vacancies, from the Federal University of Rio Grande – FURG, for the admission of transgender students to undergraduate courses

Bruno Cozza Saraiva¹

Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

Sumário: 1. Introdução. 2. O Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: o conflito administrativo entre a Constituição, os desejos e as ideologias. 3. Os Princípios estruturantes do Estado de Direito e o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: a violação aos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia. 4. Os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior: a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, o acesso segundo a capacidade de cada um e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: Pretende-se discorrer, na presente pesquisa, acerca do Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros, de modo a demonstrar que a Universidade Federal do Rio Grande, ao criar vagas específicas para um determinado grupo de pessoas, praticara, levando-se em consideração o

* O trabalho fora submetido, e aprovado com nota máxima, a Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst como condição para a obtenção do título de especialista em Direito e Processo Constitucional.

¹ Professor, e orientador, no Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Pós-doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI. Pós-doutor em Novas Tecnologias e Direito no Mediterranea International Centre for Human Rights Research da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-graduado em Direito e Processo Constitucional na Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Penal Econômico Aplicado na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul. E-mail: cozzaadvocacia@gmail.com

sistema constitucional-administrativo brasileiro, ato ilícito. Além disso, buscar-se-á analisar se, a criação desse direito, que surgira do conflito entre desejos-ideologias e Constituição, não previsto em lei, violara os Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei (da competência constitucional para a criação de direitos no âmbito da educação federal superior) e da Isonomia, a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades (Artigo 207 da CF), o acesso segundo a capacidade de cada um (inciso V do artigo 208 da CF), bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Para o desenvolvimento desse trabalho-contribuição, será utilizada, como metodologia, a abordagem fenomenológico-hermenêutica, método de procedimento monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta. Como preliminares conclusivas, se pode dizer que a Universidade Federal do Rio Grande, ao criar um edital seletivo específico para um determinado grupo de pessoas ultrapassara os limites de sua autonomia didático-científica, administrativa e gestão financeira, de modo a produzir um ato administrativo ilícito e, conseqüentemente, nulo.

Palavras-chave: Constituição; Desejos; Ideologias; Autonomia universitária; Ato ilícito.

Abstract: In this research, we intend to discuss the Notice of the Specific Selection Process for the admission of transgender students, in order to demonstrate that the Federal University of Rio Grande, by creating specific vacancies for a certain group of people, had practiced, taking If the Brazilian constitutional-administrative system is taken into account, an unlawful act. Furthermore, we will seek to analyze whether the creation of this right, which arose from the conflict between desires-ideologies and the Constitution, not provided for by law, violated the Principles of Administrative Legality, the Absolute Reserve of Law (constitutional competence for the creation of rights within the scope of federal higher education) and Isonomy, the didactic-scientific, administrative and financial management autonomy of Universities (Article 207 of the CF), access according to each person's capacity (item V of article 208 of the CF), as well as the Education Guidelines and Bases Law (LDB). For the development of this work-contribution, the phenomenological-hermeneutic approach, monographic procedure method, together with the indirect documentation research technique will be used as methodology. As conclusive preliminaries, it can be said that the Federal University of Rio Grande, by creating a specific selective notice for a certain group of people, exceeded the limits of its didactic-scientific, administrative and financial management autonomy, in order to produce an illicit administrative act and, consequently, null.

Keywords: Constitution; Desires; Ideologies; University autonomy; Illegal act.

1. Introdução

A discussão acerca da Constituição, dos desejos e das ideologias, bem como do Edital de vagas específicas, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, para o ingresso de estudantes transgêneros da graduação, apresenta-se, a partir da inter-relação dos Princípios Estruturantes do Estado de Direito, em especial o da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e, sobretudo, o da Isonomia, com a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, o acesso segundo a capacidade de cada um e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de fundamental importância para que seja possível, no decorrer da presente pesquisa, se demonstrar que, ao criar o direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, a Universidade praticara, levando-se em consideração os limites constitucionais e infraconstitucionais para a atuação da Administração Pública, ato administrativo ilícito, e, por isso, nulo.

Para o estudo realizado nos limites desse artigo, a análise do *leading case* referente à criação, por uma Instituição de Ensino Superior, do direito à vaga

específica para as pessoas transgêneras, com a consequente proibição, da participação no processo seletivo para o preenchimento dessas vagas, de todas as outras pessoas não declaradas pertencentes a esse grupo social, torna-se condição de possibilidade para a compreensão de que, entre a Constituição, os desejos e as ideologias, a Administração Pública, regida pelo Princípio da Legalidade Administrativa, ou seja, da legalidade estrita, se encontra vinculada, rigorosamente, à Constituição Federal de 1988 e à legislação infraconstitucional pertinente, não lhe sendo lícito, portanto, agir sob o manto de quaisquer desejos e ideologias.

Por isso, na primeira parte desse artigo discutir-se-á, condicionando a análise aos pensamentos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle, o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros, de modo a demonstrar o conflito administrativo entre, porquanto se trata de ato praticado pela Instituição de Ensino Superior, a Constituição, os desejos e as ideologias.

Na segunda parte, que se justifica pela relevância teórica e prática do tema, abordar-se-á, por meio da inter-relação desses institutos com a faticidade constituída pelo ato administrativo praticado pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, assim como no intuito de explicitar a violação ao Princípio da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia, os Princípios estruturantes do Estado de Direito e as peculiaridades, com efeitos jurídicos, do Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros.

Por fim, na terceira parte, através dos pressupostos constitucionais da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, do acesso segundo a capacidade de cada um e, fundamentalmente, das condicionantes infraconstitucionais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, discutir-se-á sobre os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior, de maneira a possibilitar uma resposta ao problema que estruturara a presente pesquisa, qual seja: a Universidade Federal do Rio Grande (FURG), ao criar vagas específicas para as pessoas transgêneras, cometera ato ilícito e, portanto, nulo de pleno direito?

Com a finalidade de se atender aos objetivos acima apresentados, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica (pois se compreende que a determinação do direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito), método de procedimento monográfico (trata-se de um tema específico e bem delimitado), aliado à técnica de pesquisa por documentação indireta.

2. O Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: o conflito administrativo entre a Constituição, os desejos e as ideologias

Na data de 21 de outubro de 2022 fora aprovado, pelo Conselho de Ensino, Pesquisa, Extensão e Administração, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, o Edital para o Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros.

Com efeito, foram ofertadas, no presente Edital, dez vagas, em cursos presenciais, na graduação da Universidade mencionada acima. As dez vagas referiam-se aos seguintes cursos: medicina, direito, psicologia, artes visuais licenciatura, artes visuais bacharelado, educação física, ciências biológicas bacharelado, pedagogia, enfermagem e administração.

O Processo Específico em análise fora endereçado, exclusivamente, para os candidatos transgêneros, sendo estes, segundo a normativa criada pela Universidade, mulheres trans, travestis e homens trans. Isto quer dizer que, se as vagas são exclusivas para a concorrência entre candidatos trans, toda e qualquer pessoa que não fosse trans ou travesti, inclusive os reais beneficiários das cotas pela Lei n.º 12.711/2012, estava excluída da participação no certame.

Ademais, para que o candidato trans ou travesti pudesse ingressar à Instituição, por meio dessas vagas exclusivas e da solicitação de matrícula após a aprovação no Processo Seletivo Específico, o mesmo deveria ter concluído o ensino

médio integralmente em escola pública, ou recebido bolsa integral em escola privada, bem como não possuir o ensino superior completo.

Com relação ao processo seletivo propriamente dito, o mesmo fora constituído por duas etapas: a primeira etapa tivera como exigência a realização de um memorial descritivo, e a segunda a de uma redação. Neste contexto, os critérios de avaliação, segundo o edital, nas duas etapas, foram tanto de ordem amplamente subjetiva (memorial descritivo) quanto objetiva (redação).

Assim, na primeira etapa, ou seja, no memorial descritivo, o candidato deveria apresentar os elementos de sua trajetória escolar, escrever a vivência da transição corporal e/ou social de sua identidade de gênero, estas compreendidas, pela Instituição, como o conjunto de características que compõe a transexualidade e/ou travestilidade, apresentar as expectativas referentes ao ingresso na Universidade e enfatizar a importância da formação acadêmica para a comunidade LGBTQIA+.

Na segunda etapa, é dizer, na redação, o concorrente deveria escrever, sobre o tema proposto, um texto coerente, coeso, cuja linguagem respeitasse o uso da modalidade escrita formal da língua em relação à expressão linguística, de modo a respeitar o estilo e a estrutura formais.

Ainda, no que condiz aos critérios que constituíram o Edital Específico, em especial a nota exigida para a classificação de cada um dos candidatos, se pode verificar que os concorrentes deveriam, para obter a classificação e, conseqüentemente, a possibilidade de disputar a vaga pleiteada, atingir uma nota mínima de 20% em ambas as etapas.

Dito de outra forma, caso existisse apenas 01 candidato inscrito para o preenchimento da vaga de um dos dez cursos, esse candidato, atingindo somente 20% da nota em cada uma das etapas, estaria aprovado para cursar qualquer uma das graduações ofertadas, pela Instituição Federal de Ensino, no edital.

Para que seja possível compreender a inter-relação do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros e das violações concatenadas, pela Instituição de Ensino que implementara as vagas exclusivas, em face da Constituição Federal de 1988, torna-se necessária a verificação, arqueológica, das normas internas, no que diz respeito à forma de ingresso comum na Instituição, adotadas pela Universidade Federal do Rio Grande.

Na data de 16 de julho de 2010, a Universidade já referida aprovara, por meio de seu Conselho Universitário (CONSUN), a adoção, a partir do ingresso para o ano letivo de 2011, do ENEM, ou seja, do Ensino Nacional do Exame Médio como critério único para a seleção de novos acadêmicos.

Como consequência lógica disso, extraindo-se somente os estudantes, já ingressos, que buscam a transferência de um curso de graduação para outro, todos os candidatos, que almejam a realização de qualquer graduação na Universidade Federal do Rio Grande – FURG, devem, obrigatoriamente, se submeter ao Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, pois essa modalidade, que fora adotada 100% pela Instituição, passara a condição de obrigatória a partir do processo seletivo para a admissão no ano letivo de 2011.

Apesar dessa condição obrigatória, é dizer, da aplicação-adoção 100% do ENEM para a admissão de alunos nos cursos de graduação, a Instituição Federal de Ensino resolvera, abandonando o critério obrigatório nivelador de toda e qualquer seleção institucional, que é o Exame Nacional do Ensino Médio, criar, distanciando-se dos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia, assim como da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, do acesso segundo a capacidade de cada um e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Edital Específico para as pessoas transgêneras, cujo critério de seleção aplicado aos candidatos destoava, de maneira abissal, daquele consolidado no âmbito interno e, sobretudo, nacional.

Neste sentido, a diferença entre o procedimento regular para o ingresso de qualquer estudante, inclusive daqueles que compõem o rol taxativo da Lei n.º 12.711/2012, para aquele criado e destinado, pela Universidade Federal do Rio

Grande, exclusivamente para as pessoas transgêneras, ou seja, do Exame Nacional do Ensino Médio para o Edital Específico em discussão, consiste, principalmente, no binômio dificuldade-flexibilidade, isto é, na dificuldade expressada pelo conteúdo programático exigido pelo ENEM e na flexibilidade, expressada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações, representadas pela redação e pelo memorial descritivo, do Edital Específico.

Dito de outra forma, enquanto que, para a realização do ENEM e, assim, garantir uma vaga, em qualquer curso de graduação, na Universidade Federal do Rio Grande, toda a população brasileira deve se submeter às avaliações desse processo seletivo, cujas áreas do conhecimento, invariavelmente, são: a) Ciências da Natureza: biologia, química e física; b) Ciências Humanas: história, geografia, filosofia e sociologia; c) Linguagens, códigos e suas tecnologias: português, literatura, língua estrangeira, artes, educação física e tecnologias da informação e comunicação; d) Matemática e suas tecnologias, os candidatos inscritos no Edital Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros devem se submeter, somente, a uma redação e a um memorial descritivo acerca da sua, própria, vivência LGBTQI+.

Como conclusão lógica disso, tendo-se em vista, por um lado, que toda a população brasileira se submete às mesmas, e rigorosas, exigências para concorrer a uma vaga, em curso de graduação, nesta Instituição Federal, e que, por outro lado, para as pessoas beneficiadas pelo Edital Específico ocorrera a aplicação de um processo seletivo próprio, e porque não dizer facilitado, pode-se verificar, nesta comparação, através da hermenêutica constitucional, a existência de violação ao princípio da isonomia enquanto balizador da relação institucional da administração pública, representada pela Universidade, com os administrados, que são todos aqueles que se submetem ao Exame Nacional do Ensino Médio na condição de concorrentes a uma vaga em curso de graduação.

Neste sentido, é que se verifica a inter-relação, advinda da interpretação do processo seletivo próprio e do ENEM, da Constituição Federal de 1988, dos desejos e das ideologias que parecem nortear o agir administrativo, uma vez que inexistente comando normativo capaz de justificar, adequadamente, a facilitação, promovida pela FURG, destinada ao ingresso dos candidatos do Edital para as pessoas transgêneras.

Esse conflito administrativo entre a Constituição brasileira, os desejos e as ideologias consiste, fundamentalmente, na violação, pelo agir administrativo, dos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei (da competência constitucional para a criação de direitos no âmbito da educação federal superior) e da Isonomia, bem como da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades (Artigo 207 da CF), do acesso segundo a capacidade de cada um (inciso V do artigo 208 da CF) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de modo a privilegiar, como condição de possibilidade para a implementação de um edital específico e exclusivo, os desejos e as ideologias.

Ao violar, para privilegiar a um grupo específico, o Texto Constitucional de 1988 e, assim, toda a sua principiologia administrativa e as suas regras de competência legislativa, o agir público-administrativo, praticado pela Universidade Federal do Rio Grande, parece não se coadunar com a estrutura objetiva do Estado Democrático de Direito, pois desconsiderara “[...] deveres em nome de desejos, mesmo que disfarçados de direitos constitucionais [...]”².

Logo, ao criar direito não previsto em lei, lançando mão de competência legislativa para a qual não possui previsão constitucional, ou, melhor dizendo, usurpando a competência do Poder Legislativo para criar lei, pode-se verificar o indicativo do “[...] nascedouro de uma crise que, uma vez consolidada, terá o condão

² MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

de colocar a perder [...]”³ a diferença substancial entre a autonomia universitária, que é limitada, e a previsão constitucional para legislar e, como consequência lógica, criar direitos.

Seguindo-se o posicionamento do jurista italiano Luciano Violante, na obra “Il dovere di avere doveri”, o ato administrativo, realizado pela FURG, ao criar o direito à vaga específica e exclusiva para um determinado grupo de pessoas, passara a confundir, ou porque não dizer transformar, direito em desejos. Na mesma linha do autor italiano, a Universidade Federal do Rio Grande passara de garantidora a criadora de direitos, “[...] contribuindo, assim, para aquilo que passou a ser chamado como *costituzione infinita* e pondo em xeque a forma de governo, subtraindo as políticas públicas das maiorias parlamentares, eleitas e responsáveis, e transferindo-as [...]”⁴ para quem, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, não possui competência para legislar.

Para Luciano Violante,

“L’espansione tendenzialmente illimitata dei diritti, separata dalla valorizzazione dei doveri, e potenziata dalla crescente giurisdizionalizzazione, non costituiscono un rimedio, ma rappresentano le manifestazioni più evidenti delle difficoltà della democrazia costituzionale. Si affiancano altre manifestazioni patologiche, quali la ricerca demagogica del consenso, il populismo, la spettacolarizzazione”⁵.

Neste contexto, em que se verifica a criação de direitos sem a devida competência constitucional-legislativa, o que será abordado no decorrer do presente estudo, como se a Administração Pública tivesse praticado um ato com a finalidade de atender a desejos de um determinado grupo de pessoas, ocorreria, como condição de possibilidade para essa criação, a consubstanciação de um agir administrativo enquanto privilégio, cuja representação, expressa, se concretizara por meio de um ato administrativo ilícito.

Em decorrência disso, pode-se extrair, dessa inter-relação populismo e ato-agir administrativo ilegal, que o populismo administrativo, perpetrado pela Instituição através da criação do direito à vaga específica, “[...] offre, come si è visto, risposte sbagliate ai problemi da cui trae la propria forza. Di più: induce a pensare che i problemi più spinosi possano essere risolti semplicemente [...]”⁶ com a substituição do legislador, a partir dos desejos e das ideologias, pela autonomia – sem limites – universitária.

Com efeito, a sobreposição dos desejos e das ideologias, pois pessoais, em face da Constituição Federal de 1988, aqueles enquanto conteúdo constitutivo de um agir administrativo que extrapolara a legalidade, ou seja, os limites da autonomia universitária, pode ser compreendida através da seguinte assertiva: “o patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal [...]”⁷. Dito de outra forma, a vontade⁸ pessoal, uma vez que ausente a prerrogativa-competência

³ MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

⁴ MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

⁵ VIOLANTE, L. *Il dovere di avere doveri*, Torino, Giulio Einaudi, 2014.

⁶ BOERI, T. *Populismo e Stato Sociale*, Roma, Editori Laterza, 2017.

⁷ FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo, Globo, 2012.

⁸ Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo, Globo, 2012.

constitucional para o agir, da Universidade, destinado à criação de direitos, se convertera, ao fim e ao cabo, na vontade estatal-administrativa.

Toda essa discussão e, notadamente, os fundamentos que, por meio dela, foram apresentados, desagua, quando se trata de Constituição versus desejos e ideologias, bem como de patrimonialismo e populismo, no embate, protagonizado pelos estudos de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, referente à Constituição real e à Constituição jurídica, esta com força de norma. Para utilizar essa terminologia, “Constituição real e Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio⁹”.

Neste mesmo contexto, a pretensão de eficácia da Constituição jurídica “[...] apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças da qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia¹⁰”. Dessa constatação deve surgir, de acordo com Konrad Hesse, uma indagação que diz respeito às possibilidades e aos limites da realização da Constituição jurídica “[...] no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida¹¹”. Por outras palavras, é a partir dos limites e das possibilidades, constitucionais, não observados pela Universidade Federal do Rio Grande, ao agir da Administração Pública, e não dos desejos e das ideologias, que se reconhece a Constituição como norma, norma fundamental, e não como mera folha de papel.

Não se pode, pois, adotar a lógica de Ferdinand Lassalle e dizer que “[...] as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social¹²”. Se assim fosse, poder-se-ia compreender que desejos e ideologias, que aparentemente nortearam, por meio do Edital de vagas específicas, a criação de direito, não previsto em lei, pela Universidade, representariam, na contemporaneidade, os fatores reais de poder que, à época, para Lassalle, justificariam considerar que a Constituição Federal de 1988, e toda a sua principiologia referente à limitação ao agir da Administração Pública, sucumbira perante a Constituição Real, é dizer, aos desejos e as ideologias, estes compreendidos como fatores reais de poder.

Com efeito, de maneira contrária ao pensamento de Lassalle, a Constituição, de acordo com Konrad Hesse, tem força de norma, uma vez que ela funda-constitui, a partir da limitação do poder estatal, a realidade social e jurídica de um Estado. Logo, toda e qualquer Constituição, que possua força normativa e que se encontre vigente em uma sociedade democrática e que seja condição para esta, não sucumbirá em face dos desejos e das ideologias que aparecem e desaparecem no curso da história.

3. Os Princípios estruturantes do Estado de Direito e o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: a violação aos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia

Para o desenvolvimento do presente estudo, é dizer, para que seja possível densificar a discussão proposta, abordar-se-á, na segunda parte, a relação, juridicamente oposta, entre os Princípios estruturantes do Estado de Direito brasileiro e o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros. Por outras palavras, buscar-se-á demonstrar, a partir da análise de três espécies de Princípios Estruturantes, quais sejam, o da Legalidade Administrativa, o da Reserva

⁹ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁰ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹¹ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹² LASSALLE, F. *O que é uma Constituição?*, São Paulo, Edijur, 2020.

Absoluta de Lei e o da Isonomia, a violação, pelo ato administrativo praticado pela Instituição de Ensino, das estruturas principiologicais estatais.

Deve-se considerar, inicialmente, que os princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e, sobretudo, da Isonomia constituem, assim como tantos outros, “[...] a estrutura jurídica de qualquer Estado de Direito, no sentido de que traduzem no domínio jurídico-constitucional a existência de valores sem o reconhecimento dos quais não há Estado de Direito e que, no seu conjunto, só podem existir em Estado de Direito¹³”. Partindo-se dessa concepção, pode-se afirmar que, ao violar esses princípios estruturantes, o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros atentara contra os alicerces constitucionais do Estado fundado pela Constituição Federal de 1988. Por isso, a análise que será realizada neste capítulo se consubstanciará na demonstração da relação oposta-ilícita, do ponto de vista constitucional-administrativo, de cada um dos três princípios com o Edital publicado pela Instituição de Ensino.

A Constituição da República Federativa do Brasil impõe, no inciso II do artigo 5.º, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa primeira aparição, constitucional, da limitação, lato sensu, do poder estatal, pode ser denominada como legalidade genérica, uma vez que composta de caráter amplo e abstrato, de modo a se apresentar como “[...] corolário da liberdade individual¹⁴”. Por outro lado, a noção de legalidade discutida no presente trabalho, esta enquanto princípio estruturante do Estado de Direito, é a da Legalidade Administrativa. Isto quer dizer que, a verificação do Edital proposto pela Universidade Federal do Rio Grande fora efetuada através da seguinte proposição: “[...] a legalidade administrativa tem o sentido de vinculação positiva da Administração Pública em seu atuar à norma legal: ela só poderá fazer aquilo que a lei expressamente lhe autoriza¹⁵”.

Como não poderia deixar de ser, essa distinção encontra guarida no Texto Constitucional de 1988, em especial no inciso II do artigo 5.º¹⁶, que trata da legalidade genérica, e no caput do artigo 37¹⁷, que estabelece a legalidade administrativa. No que diz respeito ao *leading case* adotado como objeto de análise pela presente pesquisa, a Instituição de Ensino Superior, isto é, a Universidade Federal do Rio Grande, criara, sem a existência de previsão em lei, o Edital Específico para as pessoas transgêneras, ou seja, produzira direito sem competência para tal e, fundamentalmente, em desconformidade com o Princípio da Legalidade Administrativa.

Isto porque, a Lei n.º 12.711 de 29 de agosto de 2012, nos artigos 1.º¹⁸ e 3.º¹⁹, previa, à época da publicação do certame desse Edital, em cada concurso

¹³ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

¹⁴ DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁷ Art. 37. 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 e, também, ao seguinte.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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

seletivo para o ingresso nos cursos de graduação, o mínimo de 50% de suas vagas para os estudantes que tivessem cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, assim como 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.

Pode-se verificar, a partir da compreensão da Lei n.º 12.711 de 2012, que a criação, nos termos da lei, de cotas-vagas, cuja destinação não seja para todas as pessoas, é dizer, que seja para as assim denominadas minorias, dependerá, em todas as situações, da existência de previsão legal e, sobretudo, dos índices extraídos do último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo este realizado na unidade da Federação onde a respectiva cota-vaga deverá ser criada por lei. Dessa forma, se extrai que, a criação de cotas-vagas em caráter restritivo, uma vez que limitará o acesso da maioria às Instituições de Ensino Superior, será realizada somente por lei e atenderá, exclusivamente, aos critérios e aos limites estabelecidos pela Lei de Cotas (Lei n.º 12.711/12).

Como consequência lógica disso, a FURG, ao criar o Edital Específico para as pessoas transgêneras, destinando todas as dez vagas para as pessoas transgêneras, violara o Princípio da Legalidade Administrativa, porquanto criara direito à vaga, pois somente se falaria em cota se fosse permitida a participação de todas as pessoas nas proporções estabelecidas pela lei, sem previsão em lei, isto é, sem previsão na Lei n.º 12.711/12 e em qualquer outra lei existente no ordenamento jurídico brasileiro. Dito de outra forma, além de a Lei de Cotas não conter hipótese²⁰ que ampare o ato administrativo produzido pela Instituição de Ensino, não existe, no sistema normativo pátrio, a começar pela Constituição Federal de 1988, previsão de competência legislativa-parlamentar para as Universidades.

Com efeito, para Guido Zanobini, “enquanto o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vedado, a Administração só pode fazer o que a lei expressamente a consente fazer²¹”. Neste contexto, se extrai, da definição de Zanobini, que a Administração Pública, ou, melhor, a Universidade Federal do Rio Grande, só poderia fazer, estritamente, aquilo que a lei lhe consente fazer, de modo a não poder fazer aquilo que a lei não lhe proíba²². Por isso, com relação ao ato administrativo realizado pela Universidade, este como condição de possibilidade para a publicação do Edital Específico, no qual criara direito não previsto²³ em lei, “a Administração Pública não pode inovar na ordem jurídica por simples atos administrativos, não pode conceder direitos, criar obrigações, impor vedações,

da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

²⁰ Dalla legalità deriva il principio di tipicità degli atti amministrativi, per il quale la Pubblica Amministrazione non può distaccarsi quando agisce come autorità. CASSESE, S. *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000.

²¹ ZANOBINI, G. *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1995.

²² Essa orientação configura significativa compreensão, pois impede que a Administração faça aquilo que a lei não proíba. A exploração do sentido do princípio da legalidade administrativa põe em relevo a vinculação positiva (positive bindung) da Administração Pública à lei (a lei como pressuposto da atuação administrativa) – que decorre do enunciado de Guido Zanobini – [...] e que superou o entendimento de vinculação negativa (negative bindung), pelo qual a lei constitui limite para a sua atuação sendo-lhe facultado fazer aquilo que não proíbe. DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

²³ Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecer-lhes, cumpri-las pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro. MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2023.

compelir comportamentos: para tudo isso, e em outras hipóteses, é necessário o respaldo da lei [...]”²⁴”.

Após a demonstração da violação, pela Instituição de Ensino, ao Princípio da Legalidade Administrativa, já que a mesma praticara ato administrativo, criando direito, sem a existência de hipótese legislativa permissiva, passar-se-á, conforme informado anteriormente, para a análise da violação ao Princípio da Reserva Absoluta de Lei. Para a compreensão do objeto que consubstancia esta pesquisa, entender-se-á “[...] por *reserva de lei* a delimitação do que deve ser constitucionalmente considerado como prerrogativa de regulamentação do legislador e que, por consequência, deve ser primariamente objecto de acto legislativo²⁵”. O Edital Específico, discutido neste estudo, criara o direito, à vaga específica, para as pessoas transgêneras. Logo, a criação desse direito pela Instituição Federal, esta enquanto Administração Pública e sem competência legislativa para tal, facilitara, para um grupo específico de pessoas, o ingresso a determinados cursos de graduação da Universidade.

Partindo-se de um referencial histórico, o debate acerca da reserva de lei somente “[...] adquiriu verdadeiro sentido com a instituição de uma separação dos poderes e de função após o advento do Estado de Direito Liberal. Até aí, a concentração de poderes na pessoa do monarca absoluta privava de interesse político e prático a discussão do problema²⁶”. A partir da separação orgânica das funções legislativa e executiva, sobretudo no interregno temporal das monarquias e das revoluções liberais do século XIX, fora possível distinguir as diferentes estruturas de poder, de modo a sustentar, tanto sociológica quanto politicamente, cada uma dessas funções²⁷.

Não obstante a essa concepção fundacional de reserva de lei, José Joaquim Gomes Canotilho, em termos contemporâneos, elucidara que “através do conceito de reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*) pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei (<<reservados à lei>>)”²⁸. Por outras palavras, a regulação desses conjuntos ou âmbitos materiais, porquanto que deverão se regular por lei, obedecem, necessariamente, a uma forma. Neste sentido, é que a definição do Princípio da Reserva Absoluta de Lei significa:

“[...] Lei em sentido formal, com exclusão de outras fontes do direito, sendo sedimentada nos princípios do Estado de Direito e democrático, e compreendendo várias espécies: (a) reserva de parlamento; (b) reserva de ato legislativo (ou reserva relativa: autorização legislativa); (c) reserva de decreto-lei, reserva de norma jurídica (reserva de lei material: atos normativos inferiores à lei); e (d) reserva de lei reforçada (valor paramétrico relativamente a outros atos legislativos)²⁹”.

²⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2013.

²⁵ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

²⁶ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

²⁷ [...] Cada uma daquelas funções, tendo cada um desses poderes origem e legitimidade distintas (essencialmente, embora com diferenças particulares de país para país, um monarca liderando um executivo, obrigado a pactuar ou a sujeitar-se a um parlamento de legitimidade tendencialmente democrática), a questão da reserva de lei, manifestando-se como problema jurídico de separação e de distribuição de competências entre diferentes funções que se desenvolvem necessariamente em Estado de Direito, tinha subjacente uma forte componente política envolvendo a repartição de poder entre as diferentes *potências*. NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

²⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

²⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

No que diz respeito à criação de vagas específicas para as pessoas transgêneras, isto é, ao desenvolvimento de atividade legislativa pela Instituição de Ensino como se parlamento fosse, a concepção principiológica de reserva de lei condiciona a forma pela qual o Estado brasileiro pode, somente, criar direito, além de convergir com,

“[...] as concepções inerentes ao princípio do Estado de direito e ao princípio democrático [...]. Trata-se, por um lado, de assegurar, através da lei, a observância dos princípios concretizadores do princípio do Estado de direito (princípio da confiança e segurança jurídicas, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade, princípio da imparcialidade)³⁰”.

Por outro lado, a reserva de lei, é dizer, a reserva de parlamento, assegura, a um órgão, este legitimado pelo poder popular ou, melhor, pela soberania do povo, a exclusividade referente ao estabelecimento da estrutura-base de todo o regime jurídico, político e social “[...] cujos preceitos possam afectar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na integralidade quando respeitem a assuntos que mais sensibilizem uma comunidade³¹”. Pode-se dizer, portanto, que as razões de justificação desse princípio estruturante de Estado de Direito encontram guarida, além de em tantas outras, na finalidade pública, esta enquanto garante da segurança jurídica, e na separação entre os atos de criar e de aplicar o direito.

Dessa justificação, ou seja, da segurança jurídica como predicado da reserva de lei-parlamento, resulta, para os cidadãos, “[...] uma separação clara entre as funções de criação e de aplicação do Direito, entre a existência de norma e a sua aplicação. De um lado, os direitos e deveres dos particulares ficam precisamente delimitados [...]”³², porquanto impõem os limites para que o Estado, também enquanto Administração Pública e, sobretudo, Instituição de Ensino Superior, cada qual nos limites de suas competências constitucionais, intervenha, de maneira concreta e prévia, consubstanciado em comandos normativos de carácter *erga omnes*.

Disso resulta, também, que os cidadãos, que constituem a comunidade formada pelo Estado e tutelada pela Constituição, contarão com a “[...] previsibilidade e calculabilidade da actuação administrativa que lhes permite programar, em confiança, os próprios planos de vida, para além de que a distância e imparcialidade implicadas na previsão geral, abstracta e devidamente publicitada das eventuais [...]”³³, de modo que as intervenções do poder público sejam para a garantia da igualdade de tratamento, assim como para a exclusão do abuso de poder e da discriminação por parte da Administração Pública.

Deve-se levar em consideração que a reserva de lei ao parlamento, ou seja, ao legislador, não quer dizer que a “[...] outras entidades – Governo, assembleias regionais, autarquias locais, universidades, ordens profissionais – esteja constitucionalmente vedada qualquer intervenção normativa regulamentar no domínio dos direitos fundamentais³⁴”. Todavia, esse poder regulamentar se submete, estritamente, ao Texto Constitucional, condicionando a atuação da Instituição de Ensino, no âmbito da presente pesquisa, aos limites das competências atribuídas por lei constitucional.

Neste sentido, o Princípio da Reserva de Lei ou, melhor dizendo, da Reserva Parlamentar, se encontra normatizado, na Constituição da República Federativa do

³⁰ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³¹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³² NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

³³ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

³⁴ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

Brasil, no inciso XXIV do artigo 22 e no inciso V do artigo 23, pois compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, bem como é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. De acordo com o que fora demonstrado acima, no *leading case* objeto desse estudo se impõe, como parâmetro limitativo da competência da Universidade Federal do Rio Grande, o Princípio, estruturante, da Reserva de Lei, uma vez que a competência, privativa, para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional é da União Federal.

Ademais, no que diz respeito à competência comum para legislar, é dizer, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cada um desses entes federados no seu âmbito de competência, na esfera da educação superior-universitária, somente a União Federal pode legislar acerca dos meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. Dito de outra forma, somente o Congresso Nacional poderia, no caso em análise, criar o direito à vaga específica, para as pessoas transgêneras, podendo, assim, após essa criação, ser regulamento por meio de Edital pela Instituição de Ensino.

Logo, quando a Universidade Federal, através de ato administrativo e sem competência legislativa para isso, resolvera criar o direito à vaga como meio de acesso à educação superior, ela violara a principiologia estruturante do Estado de Direito, ou seja, ela violara o Princípio da Reserva de Lei, porquanto que somente Lei Federal, produzida através da observância, estrita, das regras constitucionais do processo legislativo federal, poderia criar novos meios de acesso à educação, como é o caso do direito à vaga específica para as pessoas transgêneras.

Nestas circunstâncias, a Administração Pública, em especial a Universidade, que criara o direito à vaga específica, não dispõe, em Estado de Direito, de qualquer poder “[...] próprio, expresso ou implícito, para proceder à limitação dos direitos fundamentais em ordem a promover a sua articulação ou harmonia com outros bens dignos de protecção jurídica, qualquer intervenção restritiva em direitos fundamentais deve, por princípio, estar legalmente autorizada e regulada³⁵”. Portanto, ao não possuir competência para criar o direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, a Instituição de Ensino extrapolara a sua competência-limite regulamentar.

Para que se possa concluir o segundo capítulo, agregando-se à análise das violações, pelo Edital da Universidade Federal do Rio Grande, à Legalidade Administrativa e à Reserva Absoluta de Lei, tratar-se-á do Princípio da Isonomia, utilizando-o no intuito de demonstrar que o direito criado, diante do desrespeito à legalidade e à reserva de lei, transgredira a principiologia estruturante da Constituição Federal de 1988. Levando-se em consideração que “se ogni uomo è un valore, è chiaro che questo valore non può essere discriminato e non possono esistere gerarchie fra le persone nel godimento dei diritti³⁶”. Com efeito, se extrai da compreensão de Domenico Gallo que a Isonomia, como princípio constitucional, deve nortear as relações do Estado, Administração Pública, com os administrados, de modo a se destinar, sobretudo, a limitar a atuação estatal à lei, esta produzida pelo Parlamento.

Neste contexto, Maurizio Fioravanti, na obra “Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali”, associara este fenômeno “el hecho de que la igualdad esté ahora en la Constitución y que se deba realizar según el dictado constitucional a través de la ley y del control que los jueces desarrollan sobre la propia ley, precisamente a la luz del principio constitucional de igualdad [...]”³⁷. A partir dessa premissa, pode-se dizer, de acordo com o Ronald Dworkin, na obra “A raposa e o porco-espinho: justiça e valor”, que “[...] o governo coercitivo só é legítimo quando

³⁵ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

³⁶ GALLO, D. *Da sudditi a cittadini: il percorso della democrazia*, Torino, Gruppo Abele, p. 2014.

³⁷ FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

se esforça para demonstrar igual consideração pelos destinos de todos os governados e pleno respeito pela responsabilidade pessoal que eles têm pelas próprias vidas³⁸”.

Assim, a discussão pretendida, na segunda parte da presente pesquisa, possui como finalidade demonstrar que, além de violar os princípios da Legalidade Administrativa e da Reserva Absoluta de Lei, a criação do direito à vaga específica, pela esfera administrativa, para as pessoas transgêneras, também violara a Isonomia enquanto Princípio Estruturante de Estado de Direito. Para isso, será realizado, a partir do magistério de Jorge Reis Novais, o seguinte questionamento:

“[...] Se já no Estado de Direito Democrático e social, em nome do princípio da igualdade, se havia concluído pela proibição de quaisquer discriminações em função da raça ou do sexo (por vezes, como acontece entre nós, com consagração expressa dessa proibição), como compreender que, invocando razões de igualdade, se admitam, hoje, práticas discriminatórias entre pessoas, precisamente por facto da respectiva raça, sexo ou género, favorecendo, por exemplo, [...] a entrada [...] nas universidades?³⁹”

Partindo-se desse questionando e, relacionando-o com o objeto de pesquisa do presente estudo, qual seja, o Edital, da Universidade, referente ao Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, demonstrar-se, a seguir, a violação, por esse ato administrativo, do Princípio da Isonomia. Deve-se salientar que, diferentemente de todas as pessoas que nasceram e/ou que residem no território brasileiro, inclusive aquelas amparadas pela Lei n.º 12.711/2012, as quais devem, obrigatoriamente, se submeter ao Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, porquanto que essa modalidade, adotada 100% pela FURG, passara a condição de regra a partir do processo seletivo para a admissão no ano letivo de 2011, os candidatos transgêneros, que participaram do Processo Seletivo Específico, ao contrário de todos os candidatos que buscaram o ingresso pelo Exame Nacional, foram submetidos a uma avaliação que possuía, somente, duas etapas: a primeira etapa tivera como exigência a realização de um memorial descritivo, e a segunda a de uma redação.

Dito de outra forma, enquanto todas as pessoas que se submetem ao ENEM e, em razão disso, realizam as provas de a) Ciências da Natureza: biologia, química e física; b) Ciências Humanas: história, geografia, filosofia e sociologia; c) Linguagens, códigos e suas tecnologias: português, literatura, língua estrangeira, artes, educação física e tecnologias da informação e comunicação; d) Matemática e suas tecnologias, os candidatos inscritos no Edital Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros se submeteram, unicamente, a uma redação e a um memorial descritivo acerca de sua, própria, vivência LGBTQI+. Além disso, a relação desarmônica e irrazoável entre o ENEM e o Edital Seletivo Específico para o grupo em comento pode ser analisado a partir do binômio dificuldade-flexibilidade, isto é, pelas exigências-dificuldades relativas ao conteúdo programático exigido pelo ENEM e pela flexibilidade, anunciada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações – redação e memorial descritivo – do Edital Específico.

Partindo-se da dificuldade expressada pelo conteúdo programático exigido pelo ENEM e na flexibilidade, proclamada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações, isto é, pela redação e pelo memorial descritivo, do Edital Específico, deve-se questionar, no âmbito científico e sob o viés do Estado de Direito, este na condição social-democrática, “[...] a explicação por vezes tentada e segundo a qual outrora seriam as discriminações *negativas* que eram proibidas, enquanto que hoje se trataria, no caso, de discriminações positivas e que só essas

³⁸ DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014.

³⁹ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

seriam constitucionalmente admitidas e até impostas⁴⁰". Para o jurista português Jorge Reis Novais há, neste debate, além da discussão acerca do Princípio da Isonomia propriamente dito, a necessidade, para que seja possível compreendê-lo, de se delimitar os limites jurídico-constitucionais da igualdade e, sobretudo, a forma pela qual a Administração Pública busca "realizar-efetivar-respeitar esse princípio⁴¹".

Seguindo-se esse raciocínio, e, apesar de a discussão estabelecer-se sob a égide do Estado Democrático-Social de Direito, "a lei é igual para todos, todos são iguais perante a lei, significando, portanto, que a própria lei e o princípio da legalidade [...]"⁴² asseguram a igualdade enquanto Princípio Estruturante de Estado de Direito. Ademais, esse debate se faz presente em um cenário caracterizado pelos desejos e pelas ideologias, onde fora consolidado o posicionamento referente a tratar os diferentes de maneira desigual, mesmo diante de limites constitucionais específicos que inviabilizam, por parte da Administração Pública, promover qualquer tipo de distinção-discriminação.

Com efeito, a dimensão liberal-constitucional do Princípio da Isonomia, a qual é defendida nesta pesquisa, não perdera:

"[...] a razão de ser. [...] A igualdade perante a lei continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos. Aquilo que se alterou profundamente foi [...] a atitude para com o momento anterior, o de criação da lei, isto é, o problema da igualdade no conteúdo da lei⁴³".

Nesta mesma lógica, para José Joaquim Gomes Canotilho, na obra "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", o Princípio da Isonomia, "além das inequívocas dimensões subjectivas já assinaladas, é também um princípio com dimensão objetiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional⁴⁴". Com relação ao objeto analisado, é dizer, a criação de direito à vaga específica, pela Instituição de Ensino Superior, para as pessoas transgêneras, pode-se afirmar, de acordo com o que fora exposto, que o ato administrativo que criara essa hipótese não prevista em lei atentara contra a igual dignidade e reconhecimento "devidos a todas as pessoas pelo facto de o serem⁴⁵".

As diferenciações criadas pelo ato administrativo da Universidade se basearam, exclusivamente, "[...] em opções individuais sobre planos de vida e orientações que as pessoas são livres de formar [...]"⁴⁶, de modo a atentarem "[...] contra a igual dignidade das pessoas e, enquanto tal, são ilegítimas à luz da Constituição de Estado de Direito⁴⁷". Assim, ao excluir da participação do processo seletivo todas as outras pessoas que não se declarassem transgêneras, exclusão essa decorrente de orientações que as pessoas são livres para tomar, ocorrera um privilégio, do ponto de vista jurídico-constitucional e administrativo, injustificado.

⁴⁰ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴¹ Com isso se alude, de resto, a um outro subtema da maior relevância para uma compreensão do princípio da igualdade, qual seja o da distinção entre as exigências constitucionais da igualdade e as possibilidades de controlo da actuação das entidades públicas nesse domínio. Porque uma coisa é reconhecer que todas as entidades públicas estão directamente vinculadas à observância dos comandos constitucionais de igualdade e outra coisa é determinar até onde pode o juiz, designadamente o juiz constitucional, ir no controlo dessa observância. NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴² NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴³ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

⁴⁵ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁶ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁷ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

Esse privilégio, portanto, fora de encontro à finalidade precípua do Princípio da Isonomia, qual seja, a de “[...] excluir as diferenciações não racionalmente compreensíveis ou que, sendo compreensíveis, são evidentemente inadmissíveis em Estado de Direito⁴⁸”. Neste contexto, que diz respeito, sobretudo, ao *leading case* que constitui a presente pesquisa, a igualdade se coaduna (ou é limitada), intrinsecamente, com o Princípio de Proibição do Arbítrio, “[...] na medida em que ambas as ideias – igualdade e exclusão de arbitrariedade – são expressão ou exigência de um sentido de justiça mínimo comumente reconhecido e, em si mesmo, não controverso⁴⁹”. Por outras palavras, pode-se sustentar, a partir de todo o exposto, que a criação do direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, pela Instituição de Ensino Superior, violara o Princípio da Isonomia.

4. Os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior: a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, o acesso segundo a capacidade de cada um e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação

Os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior, estas enquanto Administração Pública, encontram guarida, bem como toda e qualquer entidade do poder público, seja ela da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos denominados e já demonstrados, Princípios Estruturantes de Estado de Direito, e, em especial, para a presente pesquisa, nos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia. Com efeito, pode-se afirmar que, a essa estrutura principiológica, as também, assim como os princípios, normas constitucionais do artigo 207 e do inciso V do artigo 208 do Texto Constitucional de 1988, juntamente com as normas infraconstitucionais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), configuram o espectro de restrições e de possibilidades para que, as Universidades, se organizem científica, administrativa e financeiramente, de maneira vinculada, a partir dos pressupostos basilares do Estado brasileiro.

Em decorrência disso, é dizer, da existência de limites para a atuação das Universidades Federais, passar-se-á à análise do artigo 207, do inciso V do artigo 208, ambos da Constituição Federal brasileira, e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96). O artigo 207, *caput*, da Carta Constitucional brasileira, que trata da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das Universidades, não pode, sobretudo no que se refere aos limites traçados pelo modelo constitucional pátrio, ser confundido com a permissão, atribuída constitucionalmente e exclusivamente ao Parlamento, para criar direito ou, melhor, para legislar de acordo com os desejos e as ideologias que possam vir a reger determinada Instituição de Ensino.

Neste sentido, a autonomia universitária representa tanto um leque de possibilidades, este no que diz respeito à efetivação daquilo postulado pela Lei, ou seja, as Universidades deverão implementar-instituir todos os direitos, a ela pertinentes, criados por lei, quanto um limite restritivo, isto é, não poderão criar direito ou praticar atos diante da ausência de hipótese legislativa para tal. Logo, para José Afonso da Silva, a autonomia universitária pode ser resumida, a partir do tripé didático-científico, administrativo e patrimonial, como “[...] liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber, como um princípio basilar do ensino (art. 206, II) [...]”⁵⁰.

Ainda de acordo com o pensamento desse constitucionalista, como as Universidades possuem liberdade de aprender, de ensinar e de pesquisar, assim como de divulgar o pensamento, essa última como corolário de um regime democrático, elas deveriam se constituir como “[...] sociedades devotadas ao livre,

⁴⁸ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁹ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁵⁰ SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2009.

desinteressado e deliberativo cultivo da inteligência e do espírito e fundadas na esperança do progresso humano pelo progresso da razão⁵¹". No entanto, mesmo que as Universidades sejam dotadas de autonomia para gerir o seu pessoal e o seu patrimônio financeiro, "o exercício desta autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a CF e as leis⁵²".

Dessa forma, quando a Universidade Federal já mencionada criara, por meio do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, o direito à vaga, este sem previsão constitucional, é dizer, sem competência constitucionalmente estabelecida (violação ao Princípio da Reserva Absoluta de Lei), bem como sem hipótese legislativa, de modo a também violar o Princípio da Legalidade Administrativa, a Instituição ultrapassara os limites e possibilidades, de atuação, garantidos pela autonomia, constitucional, didático-científica, administrativa e de gestão financeira. Por isso, esse pressuposto, de atuação, constitucional das Universidades não pode ser compreendido como um guarda-chuva semântico apto a justificar-fundamentar todo e qualquer ato praticado pelas Instituições, principalmente o que criara direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, uma vez que se encontra, para a presente pesquisa, despido de Legalidade, de Competência e de, fundamentalmente, Isonomia.

Além da apresentação da discussão acerca do artigo 207, *caput*, da Constituição Federal 1988, e, seguindo-se a cronologia proposta para esse capítulo, buscar-se-á compreender o artigo 208 do Texto Constitucional brasileiro, em particular o seu inciso V, de modo a se demonstrar que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será segundo a capacidade de cada um. Dito de outra forma, demonstrar-se-á que, ao flexibilizar, injustificadamente, através do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, o ingresso de pessoas transgêneras na graduação, a Universidade Federal do Rio Grande - FURG violara o pressuposto constitucional básico para o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, qual seja, a capacidade de cada um.

Como conclusão lógica disso, o acesso a esses níveis, ou seja, aos níveis mais elevados do ensino, não pode se transmutar em um direito universal, garantido pelo Estado, de ingresso nas Instituições públicas de ensino superior. Por outras palavras, não é permitido, às Universidades, buscar universalizar, por meio de processo seletivo específico e da criação de direito à vaga não previsto em lei, o qual impedira a participação de todas as outras pessoas não transgêneras, o acesso, em desobediência aos mandamentos constitucionais, ao ensino superior-universitário. Não obstante à previsão constitucional do direito-garantia fundamental à educação, a Constituição brasileira, no artigo 208, impõe uma diferença substancial no que diz respeito ao acesso a cada um dos níveis de ensino.

Há, no Texto Constitucional de 1988, a educação de níveis básico, médio e, sobretudo, mais elevado. Nesta mesma lógica, o acesso, garantido pelo poder público, este compreendido pela União Federal, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, se encontra previsto, também na Constituição Federal, de diferentes maneiras, isto é, o dever do Estado, para proporcionar esse acesso, varia de acordo com cada um desses níveis. É, neste sentido, que o artigo 208, e os seus incisos, abordara a matéria, de modo a delimitar o dever do Estado no que condiz ao direito-garantia à educação. Inicialmente, deve-se salientar que o dever estatal divide-se em duas nuances: o de universalizar e o dever de garantir, condicionado à capacidade de cada um, o acesso.

A primeira dessas nuances, qual seja, a do dever-obrigação de universalizar o acesso à educação, se refere, conforme preceituam os incisos I e II do artigo 208 da Constituição da República brasileira, aos níveis básico e médio de ensinos. Com efeito, esses incisos estabeleceram, respectivamente, que a promoção do ensino

⁵¹ SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2009.

⁵² NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. D. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

básico obrigatório e gratuito, enquanto dever do poder público, será universal, assim como o ensino médio, cuja obrigação estatal buscará, também gratuitamente, a universalização do acesso a esse nível. Todavia, a segunda nuance, é dizer, aquela condicionada à capacidade de cada um, elucida que, ao restringir o acesso aos níveis mais elevados de ensino à capacidade de cada um, se pode verificar, neste pressuposto constitucional para o ingresso no ensino universitário-superior, uma barreira limitativa e condicional, traduzindo-se, fundamentalmente, como uma faculdade ao acesso e não como dever-obrigação do Estado de universalizar um direito-garantia, obrigatório, ao ensino superior-universitário. Dito de outra forma, não há, na Constituição Federal de 1988, o dever-garantia, oponível ao Poder Público, de universalização do acesso aos níveis mais elevados de ensino.

Isto quer dizer, portanto, que “[...] pelo menos não expressamente, a Constituição Federal não consagra um direito subjetivo [...] a uma vaga em instituição de ensino superior mantida pelo Poder Público⁵³”. Nestas circunstâncias, se deve realizar o seguinte questionamento: se a concepção de mínimo existencial, que alicerça tanto o acesso ao ensino infantil quanto o acesso ao médio, não poderia ser transportada como baliza interpretativa condicionante do acesso universal ao ensino superior? Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero, por mais “[...] alargada que possa vir a ser sua compreensão, é dificilmente compatível com a inclusão de um direito definitivo a uma vaga no ensino superior, pelo menos quando se tomam como referenciais os desenvolvimentos mais recentes em nível de direito comparado⁵⁴”.

Neste contexto, Sarlet, Marinoni e Mitidiero, sustentando, ainda, o posicionamento a partir da doutrina majoritária comparada, afirmaram que a corrente constitucionalista alemã “[...] optou-se por se posicionar contrariamente a um direito originário a prestações, limitando-se a acolher um direito fundamental derivado (e, portanto, relativo), consistente na garantia de igual acesso ao ensino superior, na medida das instituições e vagas existentes⁵⁵” e, sobretudo, conforme positivado na Constituição Federal de 1988, segundo a capacidade de cada um. Por isso, no âmbito do sistema constitucional brasileiro, este enquanto condicionante de toda a Administração Pública e em todos os seus âmbitos, o ensino superior “[...] não integra o âmbito do ensino estatal obrigatório⁵⁶”.

Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, discorrera acerca dos direitos originários a prestações e dos direitos derivados. Para esse jurista,

“[...] Afirma-se a existência de **direitos originários a prestações** quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos⁵⁷”.

Com relação ao acesso ao ensino superior, se pode dizer, por um lado, adotando-se como referência a Constituição brasileira, que existe, na mesma, um direito originário à disputa, igualitária, por uma vaga em toda e qualquer Universidade Pública. Dessa forma, é possível afirmar a existência de um direito

⁵³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

⁵⁴ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

⁵⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

⁵⁶ SCHOLZ, R. Art. 12, I GG. In: MAUNZ/DURIG/HERZOG/SCHOLZ. *Grundgesetz Kommentar*, Munchen, C. H. Beck, 1994, vol. 3.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

originário à livre disputa-concorrência por uma vaga no ensino superior. Entretanto, por outro lado, não é possível afirmar que, no sistema constitucional pátrio, haja a garantia estatal e, portanto, universal, a uma vaga no ensino universitário, uma vez que, o direito a vaga é derivado, conforme o disposto no inciso V do artigo 208 do Texto Constitucional de 1988, da capacidade de cada um. Por outras palavras, o direito à vaga universitária se trata, constitucionalmente falando, de um direito derivado da capacidade⁵⁸ individual.

Logo, apesar da ausência, na Constituição e no sistema jurídico infraconstitucional brasileiro, de um direito universal à vaga no ensino superior, é dizer, da inexistência de um direito originário à universalização do ingresso ao ensino universitário, muito menos de um direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, pode-se exigir do Estado, enquanto dever positivado constitucionalmente, o “[...] direito subjetivo de igual acesso às vagas já disponibilizadas, um dever constitucional de progressiva criação de cursos e vagas [...]”⁵⁹. Em consequência de todo o exposto, o Edital do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, que criara o direito à vaga para esse grupo de pessoas, direito esse não originário ou, melhor dizendo, não previsto na Constituição Federal e em nenhuma outra lei infraconstitucional, ao não considerar os limites semânticos do inciso V do artigo 208 do Texto Constitucional, extrapolara a competência regulamentar da Instituição de Ensino Superior.

Com relação à discussão infraconstitucional, conforme já anunciado no título do presente capítulo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n.º 9.394/96, não garantira, às Universidades, pois se trata de matéria reservada ao Parlamento, competência-reserva parlamentar para criar direito à vaga específica a um determinado grupo de pessoas. Neste sentido, as Universidades, respeitando os limites da autonomia (Legalidade Administrativa e Reserva de Lei) didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, podem, somente, realizar o que se encontra previsto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nos termos dos artigos 53, 54, 55 e 56, estes na condição de parâmetros legais limitativos-restritivos para a atuação das Instituições Federais.

5. Conclusão

Ainda que se esteja longe de qualquer conclusão acerca da discussão entre a Constituição, os desejos e as ideologias, em especial no âmbito que constitui a gestão universitária no Brasil, neste estudo, por meio de três capítulos-momentos, se procurara demonstrar que o Edital do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, este publicado pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG, que criara, em decorrência de uma orientação de vida, direito à vaga para um determinado grupo de pessoas, violara os Princípios Estruturantes de Estado de Direito, quais sejam, o da Legalidade Administrativa, o da Reserva Absoluta de Lei e o da Lei Isonomia, assim como os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades (artigo 207 da CF), do acesso segundo a capacidade de cada um (inciso V do artigo 208 da CF) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

No primeiro capítulo-momento da pesquisa, se buscara enfatizar, sobretudo a partir dos pensamentos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle, que a criação de direitos, não previstos em Lei, pela Instituição de Ensino Superior, afastara a efetividade-aplicação da Constituição Federal de 1988 em detrimento de desejos e

⁵⁸ Com base nestes pressupostos, alude a doutrina a **direitos derivados a prestações** (*derivative Teilhaberecht*) entendidos como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

⁵⁹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

ideologias, ou seja, em decorrência de fatores reais de poder que orbitam, às vezes com mais outras vezes com menos intensidade, nos mais diversos cenários sociais.

Como enfrentamento a essa concepção de desejos e ideologias, que nada mais é do que os fatores reais e contemporâneos de poder, contrária à Constituição e, portanto, ao Estado de Direito, defende-se que o Texto Constitucional de 1988 possui força de norma, uma vez que funda-constitui e, principalmente, mantém, a partir da limitação do agir da Administração Pública, a realidade social e jurídica de um Estado. Por isso, toda e qualquer Constituição, que possua força normativa e que se encontre vigente em uma sociedade democrática e que seja condição para esta, não deverá sucumbir aos desejos e as ideologias impostos, autoritariamente, a toda a sociedade.

No segundo, se buscara responder ao objetivo referente à demonstração da violação, pelo Edital do Processo Seletivo, ou seja, pelo ato administrativo praticado pela Universidade, aos Princípios Estruturantes do Estado de Direito, em especial à Legalidade Administrativa, à Reserva Absoluta de Lei e à Isonomia.

Isto porque, no que diz respeito ao conteúdo do ato administrativo em discussão, se verificara, no decorrer da pesquisa, a ausência de lei que preveja a institucionalização, pela Instituição, do direito à vaga para as pessoas transgêneras. Dito de outra forma, quando não há lei, em sentido formal e material, que permita à Administração Pública praticar um determinado ato, e, mesmo assim, esse ato, por razões de desejos e de ideologias, é, de fato, perpetrado, se constatará, levando-se em consideração que a Universidade está limitada estritamente ao comando normativo, assim como que fora dele não poderá agir, a violação ao Princípio da Legalidade Administrativa.

Neste mesmo sentido, ocorrera a transgressão, pela Instituição de Ensino Superior, ao Princípio da Reserva Absoluta de Lei, porquanto que o Edital discutido, ao criar direito novo, é dizer, não previsto em nenhuma lei, invadira a prerrogativa, procedimental-exclusiva, do Parlamento, de modo a desenvolver atividade legislativa sem previsão constitucional, o que gerara, em decorrência dessa usurpação, violação à segurança jurídica, ao processo legislativo federal e, por que não dizer, ao princípio democrático.

Ademais, com relação à possível afronta ao Princípio da Isonomia, a conclusão não poderia ser diferente. Afirma-se, portanto, que inexistente justificativa constitucional para sustentar a diferença entre o grau de dificuldade, apresentado pelo ENEM, e a flexibilidade, proclamada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações, que consubstanciara o Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros. Ou seja, se a lei é igual para todos e se todos são iguais perante o sistema jurídico-constitucional brasileiro, a flexibilidade injustificada, criada pelo ato administrativo da Universidade, pois proveniente de uma orientação individual de plano de vida, a qual a pessoa é livre para adotar-formar, violara, neste contexto, a Isonomia.

No terceiro capítulo-momento, no qual se discutira, através da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, do acesso segundo a capacidade de cada um e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, os limites para a atuação das Instituições de Ensino Superior, fora constatado que a autonomia universitária pode ser conceituada como liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de publicizar o pensamento.

Por isso, quando a Universidade passara da condição de instituidora de direitos, estes criados por lei, é dizer, pelo Parlamento, a criadora de direitos, como o direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, sem previsão constitucional e, sobretudo, sem hipótese legislativa para tal, além de violar os Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia, a Instituição ultrapassara os limites e possibilidades, de atuação, garantidos pela autonomia, constitucional, didático-científica, administrativa e de gestão financeira.

Com efeito, pode-se concluir, também, que o pressuposto constitucional para o acesso aos níveis mais elevados do ensino, entre eles o universitário, possui, como condicionante, a capacidade de cada um. Como consequência disso, o direito

ao acesso não quer dizer um direito universal à vaga, garantido pelo Estado, nas Instituições públicas de ensino superior.

Por isso, não é permitido, às Universidades, por contra própria e sem comando expresso de lei, buscar universalizar, através de processo seletivo específico, o qual impedira a participação de todas as outras pessoas não transgêneras, o acesso, em desobservância ao mandamento constitucional, ao ensino superior-universitário, bem como, no que condiz à discussão infraconstitucional acerca da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pode-se dizer que não há, pela mesma, nenhuma garantia, neste sentido, destinada às Instituições de Ensino, uma vez que este instrumento não concedera, em especial à Universidade Federal do Rio Grande - FURG, competência-reserva de parlamento para criar direito.

Portanto, diante de todo o exposto, o Edital de vagas específicas já demonstrado representa, do ponto de vista constitucional-administrativo, um ilícito, e, enquanto ato administrativo ilícito, é nulo de pleno direito, ou seja, não deve(ria) produzir – convalidar – efeitos no mundo jurídico.

6. Referências

- BOERI, T. *Populismo e Stato Sociale*, Roma, Editori Laterza, 2017, p. 49.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 1.522.
- CASSESE, S. *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, p. 516.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 1.063.
- DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 638.
- DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 735.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo, Globo, 2012, p. 929.
- FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 157.
- GALLO, D. *Da sudditi a cittadini: il percorso della democrazia*, Torino, Gruppo Abele, p. 2014, p. 234.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 34.
- LASSALLE, F. *O que é uma Constituição?*, São Paulo, Edijur, 2020, p. 62.
- MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2023, p. 981.
- MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016, p. 111.
- NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. D. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.385.
- NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 289.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 1.509.
- SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 926.
- SCHOLZ, R. Art. 12, I GG. In: MAUNZ/DURIG/HERZOG/SCHOLZ. *Grundgesetz Kommentar*, Munchen, C. H. Beck, 1994, vol. 3, p. 143.
- VIOLANTE, L. *Il dovere di avere doveri*, Torino, Giulio Einaudi, 2014, p. 180.
- ZANOBINI, G. *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1995, p. 484.