



CAIXA POSTAL | CADASTRO | AJUDA

[Identificar-se](#)[Bem-vindo](#) > Consultas de Jurisprudência

Consultas de Jurisprudência

1.6.2010

Quarta Turma Cível

Agravado - N. 2010.010918-9/0000-00 - Paranaíba.

Relator - Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Agravante - UEMS - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

Advogados - Alender Max de Souza Moraes e outro.

Agravado - Leslandro Jesus de Freitas.

Advogados - Fredson Freitas da Costa e outros.

E M E N T A – AGRADO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – PRELIMINAR – CONVERSÃO EM RETIDO – REJEITADA – MÉRITO – INGRESSO EM ENSINO SUPERIOR – VESTIBLAR – RESERVA DE VAGAS – **SISTEMA DE COTAS RACIAIS** – TUTELA ANTECIPADA – INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Presente o *periculum in mora* que autoriza o processamento do agravo de instrumento, uma vez que a questão sobre a antecipação dos efeitos da tutela, matéria que sempre versará sobre a presença ou não do *periculum in mora*, deve ser analisada por meio de tal recurso, pois a análise sobre tal matéria (existência de perigo de dano) é sempre questão de mérito do agravo, não havendo falar, portanto, em conversão em agravo retido.

Não há falar em verossimilhança da alegação, apta a embasar antecipação dos efeitos da tutela, na pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei estadual que determinou a reserva de vagas para afrodescendentes aparentemente e presumivelmente constitucional diante do conteúdo de ação afirmativa idealizada para a concretização do princípio da isonomia em seu aspecto material, mormente quando não há declaração do Supremo Tribunal Federal ou do Órgão Especial sobre o tema.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de junho de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello

UEMS – UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL, inconformada com a decisão proferida pelo M.M. Juiz da 2ª vara cível da comarca de Paranaíba/MS que, nos autos da ação cominatória ajuizada por LESLANDRO JESUS DE FREITAS, deferiu liminarmente a ordem pretendida para o fim de determinar à agravante que proceda, de imediato, a matrícula do agravado no curso de direito noturno da UEMS, interpõe agravo de instrumento, alegando, em síntese, que o entendimento do magistrado de primeiro grau não deve prevalecer, vez que o processo de seleção dos cotistas é adotado pela maioria das Universidades Públicas do país, tendo como princípio predominante a não discriminação. Assenta que o procedimento adotado é proposto pelo MEC - Ministério da Educação e Cultura, legalizado em nosso Estado através das Leis Estaduais n. 2.605/2003 (negros) e n.º 2.589/2002 (indíos) e regulamentado pela Resolução CEPE-UEMS n.º 430/2004, além de conter previsão expressa no Edital do certame, justamente para o fim de facilitar o acesso dos menos favorecidos ao ensino superior.

O agravado, em contrarrazões, suscita em preliminar pela não admissão do presente recurso em forma instrumentalizada. No mérito, pugna pela manutenção da decisão recorrida.

O juízo de primeiro grau, em suas informações, manteve o entendimento exarado na decisão objurgada.

O ilustre membro da Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do presente recurso, mantendo-se a decisão de primeira instância na íntegra.

V O T O

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão proferida nos autos da ação cominatória promovida por LESLANDRO JESUS DE FREITAS em face de UEMS – UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL, ao qual restou deferida liminarmente a ordem pretendida para o fim de determinar à agravante que proceda, de imediato, a matrícula do agravado no curso de direito noturno da UEMS.

Aprecio, inicialmente, a preliminar suscitada em contrarrazões pelo agravado.

Afirma que o presente recurso não pode ser admitido na forma instrumentalizada, vez que não se vislumbra o perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação por parte da agravante.

A questão sobre a antecipação dos efeitos da tutela, matéria que sempre versará sobre a presença ou não do *periculum in mora*, deve ser analisada por meio de agravo de instrumento, uma vez que a análise sobre tal matéria (*existência de perigo de dano*) é sempre questão de mérito do agravo, não havendo falar, portanto, em conversão em agravo retido.

Assim, tendo em vista a precariedade de tal decisão e a potencialidade de ser causadora de danos àquele que se vê obrigado a cumprir determinação judicial baseada em um juízo de cognição sumária, os agravos interpostos contra decisões que concedem ou indeferem medidas de urgência devem, em regra, ser processados em sua forma instrumental.

No mesmo sentido já decidiu este Tribunal de Justiça em aresto a seguir colacionado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES – CONVERSÃO EM AGRAVO RETIDO – LEGITIMIDADE PARA RECORRER AFASTADAS – MÉRITO – CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PREENCHIDOS – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

As disposições da Lei n. 11.187/05, que versa acerca do agravo retido, não podem ser aplicadas indiscriminadamente para agravos que versem acerca de antecipação de tutela, porquanto característica decorrente da própria proteção antecipatória é a análise acerca do perigo, que tanto pode ser de lesão ou de dano inverso, o que refoge por completo da permissibilidade acima levantada. (...)” (Agravo - N. 2008.000243-1, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, j. 7.04.2008.)

Rejeito, desta feita, a indigitada preliminar.

Passo a apreciação do mérito recursal.

Insurge-se a recorrente afirmando que o procedimento adotado é proposto pelo MEC - Ministério da Educação e Cultura, normatizado em nosso Estado através das Leis Estaduais n. 2.605/2003 (regime de **cotas** para negros) e n.º 2.589/2002 (regime de **cotas** para índios) e regulamentado pela Resolução CEPE-UEMS n.º 430/2004, além de conter previsão expressa no Edital do certame, justamente para o fim de facilitar o acesso dos menos favorecidos ao ensino superior.

A irresignação merece prosperar.

Ressalto, inicialmente, que a cognição desta Corte, no exame do recurso, limita-se ao que foi decidido pela decisão recorrida, de forma que esta instância recursal não pode imiscuir-se de forma *per saltum* e antecipar o conhecimento de questões não apreciadas.

Desta feita, o efeito devolutivo do recurso de agravo é verificado com relação às matérias efetivamente examinadas pelo juiz de primeiro grau.

In casu, o magistrado *a quo* deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que a agravante efetuassem a matrícula do agravado no curso de direito, sob o argumento de que *“Considerando que foram convocados no total 46 (quarenta e seis) candidatos, dos quais 14 (quatorze) foram reservados ao sistema de cotas, e que o autor fora aprovado em 44º (quadragésimo quarto) lugar, verifica-se que possui direito a se matricular, se desconsideradas as vagas destinadas aos cotistas. Presente assim o fumus boni iuris, e o periculum in mora, a liminar pretendida há de ser deferida, diante da inconstitucionalidade do sistema de cotas que arrisca criar uma discriminação racial.*

Torna-se necessária a transcrição da norma contida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que estipula: *“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...)”.*

José Roberto dos Santos Bedaque (*Código de Processo Civil Interpretado – Coordenado por Antônio Carlos Marcato (p. 790)*) sobre a tutela antecipada, aclara: *“O legislador processual (...) admitiu, preenchidos determinados requisitos, fossem antecipados efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento. Nada mais fez, portanto, do que possibilitar, de forma genérica, a concessão de decisões antecipatórias de efeitos do provimento pleiteado, até mesmo em caráter liminar, toda vez que tal medida seja necessária para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional ou se mostre aconselhável ante o manifesto propósito protelatório do réu”.*

Sendo assim, em casos análogos ao presente para que a antecipação almejada venha a ser permitida, indispensável mostrar-se-á a ilustração da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Logo, é notória a imprescindibilidade de que sejam visualizados conjuntamente ambos os requisitos para que possa ser satisfeita a pretensão narrada.

Nesta exata acepção manifesta-se Joel Dias Figueira Jr. (*Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. IV – Tomo I (p.193)*):

“Verifica-se que o caput do art. 273 do CPC termina com a partícula “e”, representando conjunção aditiva, de forma a unir os requisitos gerais delineados na cabeça do dispositivo com os requisitos especiais independentes (alternativos) aludidos nos dois incisos seguintes. Em outros termos, haverá o autor de demonstrar as suas alegações fático-jurídicas ao magistrado, de maneira cabal, por intermédio de prova inequívoca efetivamente hábil à formação de um juízo de quase-verdade (verossimilhança), às quais, necessariamente, haverá de somar-se o requisito específico definido como a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...)”.

Verifica-se, portanto, que a lei processual exige a presença cumulativa dos dois requisitos, devendo estar presente, em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, a prova inequívoca das alegações do requerente, o que nos faz concluir que, em que pese a presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a medida pleiteada não deve ser concedida diante de ausência de verossimilhança das alegações da autora-agravada, considerando o fato de que a atitude da agravante está fundada em leis que possui o atributo da presunção de constitucionalidade.

Nesta acepção já se pronunciou a 4ª Turma Cível desta Corte, no julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 2009.005947-1, do qual foi Relator o Desembargador Dorival Renato Pavan:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA PARA OBRIGAR UNIVERSIDADE A EFETUAR MATRICULA DE CANDIDATO DESCLASSIFICADO COM BASE NA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL QUE IMPLANTOU O SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DE AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA PARA O PROCESSAMENTO DO AGRAVO EM SUA FORMA INSTRUMENTAL – REJEITADAS – LEI PRESUMÍVEL E APARENTEMENTE CONSTITUCIONAL – AÇÃO AFIRMATIVA – REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA EM SEU ASPECTO MATERIAL – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. (...) Não há falar em verossimilhança da alegação, apta a embasar antecipação dos efeitos da tutela, na pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei estadual que determinou a reserva de vagas para afrodescendentes aparentemente e presumivelmente constitucional diante do conteúdo de ação afirmativa idealizada para a concretização do princípio da isonomia em seu aspecto material, mormente quando não há declaração do Supremo Tribunal Federal ou do Órgão Especial sobre o tema.”

Como razões de decidir, utilizo as argumentações utilizadas pelo eminente relator no corpo do aresto supra mencionado, *verbis*:

“(…) Como é cediço, a Lei Estadual n. 2.605/2003, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros nos cursos de graduação da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul é ação afirmativa que tem por escopo a concretização do princípio da isonomia, previsto do caput do art. 5º da Constituição da República, em seu aspecto material, tendo em vista o real conteúdo e profundidade de tal princípio que é, em verdade, um postulado constitucional. Assim, o princípio da igualdade não pode ser visualizado apenas em seu aspecto formal, uma vez que a desigualdade é inerente à condição humana e somente haverá a realização de tal princípio se houver tratamento desigual aos desiguais, como forma de diluir as desigualdades e dar efetividade à mencionada norma constitucional. (...) Insta ressaltar que está entre os objetivos fundamentais da República Federativa do

Brasil “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º). (...) Assim, o que se observa é que a reserva de vagas estava prevista em lei anteriormente editada e na Resolução n. 430/2004 que regeu o processo seletivo da Universidade-agravante, normas presumivelmente constitucionais, não havendo falar em inconstitucionalidade evidente, ou já declarada, apta a fundamentar a concessão de medida antecipatória de tutela. Tais considerações nos fazem concluir que não há verossimilhança nas alegações da autora-agravada, uma vez que o ato da agravante está embasado em lei estadual que visa dar efetividade ao princípio constitucional da isonomia, devendo, por ora, prevalecer, tendo em vista a ausência de um dos requisitos para a concessão da medida de urgência pleiteada. (...) “

Ainda, nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. RESERVA DE VAGA. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. O intento do sistema de cotas raciais consiste na inclusão social e benefício direto dos indivíduos que, como consequência por suas características físicas marcantes como integrantes do grupo negro, sejam socialmente desfavorecidos, sofrendo efetiva discriminação.” (TRF 04ª R.; AI 2009.04.00.026766-4; PR; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti; Julg. 07/10/2009; DEJF 20/10/2009; Pág. 199.)

Ademais, não é correto afastar a exigência expressa constante do Edital para, de forma marcadamente subjetivista, buscar “justiça social”.

Primeiro, porque as políticas de discriminação positiva, como regras transitórias de exceção que são, não devem ter seu escopo ampliado para além das hipóteses expressamente previstas pelo legislador; trata-se de comezinha regra de hermenêutica.

Segundo, porque a diluição dos limites do universo de beneficiados pelas políticas positivas traz, em seu bojo, uma insegurança jurídica (derivada da falta de clareza das regras) que é incompatível com o regime democrático; regime no qual vigora, em princípio, a impessoalidade das políticas públicas.

Terceiro, porque o abrandamento da regra, além de maltratar o princípio da legalidade estrita, que rege a Administração Pública, ataca também o princípio da isonomia, uma vez que torna nebuloso, para o conjunto da população, o critério empregado para determinar quem será alvo da política de discriminação positiva, conferindo um desagradável sabor casuístico àquilo que deve, por sua própria natureza, sofrer mais estrito controle possível; controle que indubitavelmente se enfraquece na medida em que se começam a admitir exceções à regra geral.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe provimento para, tornando insubsistente a decisão objurgada, indeferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelo agravado, tornando-a ineficaz e o privando de todo o efeito. Se já executada, determino o retorno das partes ao *statu quo ante*.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.
Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 1 de junho de 2010.

emr

[< Documento Anterior](#)

[Próximo Documento >](#)

[Resultado da pesquisa](#)

[Nova pesquisa](#)

Desenvolvido pela Softplan em parceria com o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul