



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

PARECER Nº 1650/2012/COCLN/COGEJUR/CONJUR-MS/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.163267/2012-80

INTERESSADO: Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas – CGESP/SAA/SE/MS

ASSUNTO: Consulta acerca da viabilidade jurídica do estabelecimento de reserva de vagas para indígenas no concurso a ser realizado para o preenchimento de 2.500 vagas do quadro de pessoal efetivo do Ministério da Saúde, destinadas à saúde indígena (15 DSEI's e a CASAI/DF), e da possibilidade de atribuir à prova de títulos peso entre 30 e 50 por cento do valor total das provas.

Referência ao SISCON nº 15.5

I – Consulta acerca da viabilidade jurídica do estabelecimento de reserva de vagas para indígenas no concurso a ser realizado para o preenchimento de 2.500 vagas do quadro de pessoal efetivo do Ministério da Saúde, destinadas à saúde indígena (15 DSEI's e a CASAI/DF).

II – Impossibilidade. Ofensa ao princípio da legalidade e da igualdade.

III – Fixação do valor da prova de títulos entre 30 e 50 por cento do total da pontuação dos candidatos.

IV – Possibilidade. Discricionariedade administrativa. Peculiaridades do cargo. Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Senhora Coordenadora de Legislação e Normas,

1. Trata-se de consulta formulada pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas – CGESP/SAA/SE/MS, na qual se indaga acerca da viabilidade jurídica do estabelecimento de reserva de vagas para indígenas no concurso a ser realizado para o preenchimento de 2.500 vagas do quadro de pessoal efetivo do Ministério da Saúde, destinadas à saúde indígena e com lotação distribuída entre 15 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI's) e a Casa de Apoio à Saúde do Índio no Distrito Federal (CASAI/DF). Perquire-se, também, se o peso da prova de títulos pode alcançar entre 30 e 50 por cento do valor total das provas.

2. Inicialmente, cabe destacar o comando inserto na Lei Complementar nº. 73, de 1993, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, acerca da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios:

Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de

Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

(...);

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

3. O presente processo inicia-se com o Memorando nº 665/2012/CGESP/SAA/SE/MS, e se encontra neste Órgão Consultivo em cumprimento às competências acima elencadas.

4. Foi juntada ao processo administrativo cópia da ata de reunião realizada, no dia 12 de setembro de 2012, na sexta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal - Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais -, que contou com a presença de representantes do Ministério Público Federal (MPF), do Ministério Público do Trabalho (MPT), do Ministério da Saúde (MS), dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (CONDISIs) e de lideranças indígenas (fls. 03/04).

5. Na referida reunião restou deliberado que o concurso a ser realizado observaria os seguintes “princípios”: concurso específico; regionalizado por Distrito Sanitário Especial Indígena – DSEI; número de cargos equivalentes aos ocupados pelos atuais convênios; serão considerados para fins de títulos, cursos promovidos pela SESAI, FUNASA, pós-graduação na área de saúde indígena, tempo de atuação em saúde indígena, entre outros relacionados à matéria; constarão das provas objetivas critérios referentes ao conhecimento da língua, da cultura, entre outros aspectos específicos relacionados à comunidade; **serão estabelecidas quotas para indígenas para cada Distrito Sanitário Especial Indígena e para cada categoria profissional, inclusive para os cargos administrativos; para os técnicos de enfermagem e técnicos de saúde bucal as quotas serão em maior número.**

6. Também consta do processo administrativo cópia de aparente matéria jornalística, de fonte desconhecida, sobre a reunião ocorrida e as suas deliberações (fls. 05/06); além de cópia do Primeiro Termo Aditivo ao Termo de Conciliação Judicial, que deflagrou a realização do concurso público para o preenchimento inicial das 2.500 vagas no quadro de pessoal efetivo do Ministério da Saúde, devidamente assinado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público Federal (MPF), União, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministério da Saúde, através dos seus respectivos representantes legais (fls. 07/10).

7. Em virtude das deliberações ocorridas na reunião (Audiência Pública) realizada no dia 12 de setembro de 2012, mormente no que tange aos novos critérios a serem observados na realização do concurso público, foi expedido o ofício MS/SE/GAB nº 529 para a Secretaria-Executiva do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG (fl. 13), com o escopo de atender à sugestão do item 8 do Memorando nº 665/2012/CGESP/SAA/SE/MS (fls. 01/02) – envio de ofício conjunto (MS e MPOG) ao Ministério Público Federal com pedido de repactuação dos prazos para realização do concurso público, em face dos novos procedimentos a serem adotados.

8. Na sequência, o presente processo administrativo foi encaminhado a esta Consultoria Jurídica para análise e manifestação quanto às indagações do item 6 do Memorando nº 665/2012/CGESP/SAA/SE/MS (fl. 14).

9. *A priori*, no âmbito desta Consultoria, foi exarada a Nota nº 480/2012/CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU-nsa, que requereu à Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) a elaboração de nota técnica indicando, dentre outros aspectos: as peculiaridades que envolvem a saúde indígena; a importância de fixação de cotas para os indígenas e qual o percentual sugerido; se os indígenas possuem capacitação técnica adequada para exercício das atribuições de técnicos de enfermagem, técnicos de saúde

bucal e as demais necessárias, bem como todos os temas relevantes que circundam a matéria.

10. Em atenção ao pleito acima, foi incluída a Nota Técnica nº 003/GABINETE/SESAI/MS (fls. 18/22), e o processo foi devolvido a este Órgão Consulente para emissão de parecer conclusivo.

É o Relatório. Segue o Parecer.

FUNDAMENTAÇÃO

11. Cuida-se, como visto e relatado, de solicitação de esclarecimentos quanto à viabilidade jurídica de reserva de vagas para indígenas em concurso a ser realizado para o preenchimento de 2.500 vagas do quadro de pessoal efetivo do Ministério da Saúde, destinadas à atenção à saúde indígena. Derradeiramente, indaga-se acerca da possibilidade de fixar o peso das provas de títulos entre 30 e 50 por cento do valor total das provas.

I – Da reserva de vagas para indígenas nos concursos públicos

12. A Administração Pública deve pautar sua atuação, primordialmente, nos princípios constitucionalmente positivados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Contudo, a Administração Pública não deve olvidar-se, na consecução de suas finalidades, de princípios de natureza mais ampla, como o da igualdade, ou mesmo de princípios constitucionais implícitos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade.

13. No caso em pauta, tais princípios devem ser harmonizados com máximas e proteções específicas destinadas a uma minoria historicamente desfavorecida, tomando-se especial cuidado para não se conferir favorecimentos indevidos, ou seja, não autorizados pela legislação vigente, ainda que aparentemente justos.

14. Neste contexto, os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade ganham particular relevância, assim como a análise das disposições da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aplicável aos povos indígenas, e dos normativos legais que disciplinam os concursos públicos federais.

I.I) Do princípio da legalidade

15. O princípio da legalidade, quando direcionado à Administração Pública, condiciona o administrador público à estrita observância das disposições legais, na medida em que o mesmo deve agir em exata conformidade com a manifestação legislativa. Na lição de Hely Lopes Meirelles:

A *legalidade*, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art.2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o

particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim”.¹

16. Inexiste no ordenamento jurídico pátrio normatização legal, ou infralegal, específica disciplinando a reserva de vagas para indígenas nos concursos públicos federais. Atualmente, só existe legislação regulamentando a reserva de vagas em concursos públicos federais para pessoa portadora de deficiência (art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal; §2º do art. 5º da Lei nº 8.112/90; alíneas “c” e “d” do inciso III do Parágrafo único do art. 2º da Lei 7.853/89; art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 3.298/99; inciso IV do art. 19 do Decreto nº 6.944/2009 etc.).

17. Destarte, **não havendo autorização legal específica, a priori, o administrador público se encontra impedido de proceder à reserva de vagas para indígenas em concursos públicos**, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, pois tal medida extrapolaria o poder a ele conferido pela legislação vigente; além de não se coadunar com a máxima preconizada pelo art. 5º da Constituição Federal: “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 **igualdade**, à segurança e à propriedade...” (grifos nossos).

18. Tratar-se-á do princípio da igualdade, acima referido, e suas implicações para o caso *sub examine*, de forma mais pormenorizada no tópico seguinte.

19. Vale destacar que a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em que pese recepcionada como norma ordinária, pois ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/06/2002, não trata nem se refere à questão ora em discussão. Ela não disciplina, nem mesmo em linhas gerais, o direito dos indígenas de acesso ou facilitação de ingresso nas carreiras públicas como meio de inserção social e mitigação de desigualdades historicamente estabelecidas. A interpretação das disposições da Convenção é, na verdade, norteadada pela consulta e participação dos povos indígenas interessados e pelo direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam. Ela até pode ser utilizada para auxiliar na interpretação dos arts. 231 e 232, da Constituição Federal, e garantir a obrigação de consulta prévia sobre medidas administrativas e legislativas que possam afetar os respectivos povos indígenas, mas não tem o condão de ser considerada norma apta a fundamentar a reserva de vagas em concurso público para o ingresso em quadro permanente da Administração Pública Federal, mesmo que o concurso seja para o provimento de cargos destinados à atenção à saúde indígena.

20. Inclusive, conforme se denota da cópia do documento de fls. 03/04, em atenção ao direito de consulta prévia acima mencionado, foi realizada audiência pública com os líderes das comunidades indígenas interessadas, os quais expuseram motivadamente seus pleitos para o concurso público a ser realizado.

21. A Administração deve, tanto quanto possível, tentar atender as reivindicações das comunidades indígenas interessadas, uma vez demonstrada a justiça das mesmas. Não obstante, isso não significa que a Administração está obrigada a atender tais reivindicações. A obrigatoriedade de realização de audiência pública não se confunde com a necessidade de atendimento das exigências nela apresentadas. Ademais, à Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza. Não existindo permissão legal para a implementação das reivindicações, estas não poderão ser atendidas.

I.II) Do princípio da igualdade

¹ Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 86.

22. O princípio da igualdade, ao qual foi assegurado o *status* de direito fundamental, restou consagrado pelo caput do art. 5º da Carta Magna, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

23. É bem verdade que ao positivizar o princípio da igualdade na Carta Fundamental, o constituinte tencionava a efetivação de uma igualdade não apenas formal, mas material. Não basta tratar todos de forma uniforme dada as diferenças existentes entre os indivíduos ou grupos de indivíduos, com origens das mais variadas (social, econômica, racial, cultural etc.). É preciso atentar para as desigualdades e suprimi-las ou reduzi-las tanto quanto possível. Trata-se da velha máxima de Aristóteles: “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

24. As ações afirmativas ou discriminações positivas vêm exatamente para garantir a efetividade da isonomia material, como é o caso das cotas ou reserva de vagas nas instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação, nos termos da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Referido diploma legal assegura, dentre outras coisas, vagas em cada instituição federal de ensino superior à pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição (art. 3º).

25. Há, assim, um tratamento diferenciado para determinados grupos étnico-raciais que terão privilégios para admissão em instituições federais de ensino superior. Essa opção do legislador, que aparentemente não se coaduna com o aspecto puramente formal do princípio da igualdade, visa, exatamente, propagar o respeito a tal princípio. Entendeu-se que as referidas categorias, por diversas razões de cunho histórico, faziam jus aos privilégios conferidos para ter satisfeito o direito social à educação da mesma forma que aqueles que não sofreram as mesmas discriminações ao longo da história.

26. Sendo assim, fica claro que as ações afirmativas podem e devem ser implementadas pelo legislador com o escopo de promover a igualdade material.

27. Contudo, não cabe à Administração Pública, enquanto fiel cumpridora das normas constitucionais e infraconstitucionais, estabelecer discriminações inexistentes na legislação vigente. Não pode a Administração estabelecer reserva de vagas para indígenas em concursos públicos se não há lei que a autorize a agir dessa forma, pouco importa se a medida, considerando as peculiaridades do concurso a ser realizado, aparentemente atende ao aspecto material do princípio da igualdade. Ainda que seja este o caso (e não se está dizendo que é), cumpre ao legislador avalia-lo e, se assim entender, utilizar de seu poder legiferante para disciplinar a matéria.

28. Não se trata aqui de aplicação analógica das legislações específicas sobre reserva de vagas para portadores de deficiência em concursos públicos, ou para pretos, pardos e índios nas instituições federais de ensino superior, de modo a preservar o princípio da igualdade. A reserva de vagas para indígenas em concursos públicos constitui evento destoante dos citados, caso novo, e como tal afeto às atribuições do Poder Legislativo e não à discricionariedade administrativa.

29. É exatamente esse o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello na clássica obra “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, *in verbis*:

Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequilibrador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar.

Então, se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, **se a distinção não procede diretamente da lei**

que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais. (grifos nossos)²

30. **Dessa forma, estabelecer reserva de vagas para indígenas em concurso público, quando inexistente previsão legal, constitui afronta não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao da igualdade,** posto que o legislador ainda não optou por instituir referido benefício para os indígenas (ainda que possa vir a fazê-lo no futuro). Logo, deve prevalecer o entendimento de que nesta situação específica eles devem ser tratados da mesma forma que os demais candidatos. O fator de desigualação étnico-racial não deve ser utilizado.

II – Da possibilidade de fixar o peso dos títulos entre 30 e 50 por cento da pontuação final do candidato

31. A princípio, a Administração é livre para definir os parâmetros de ordem técnica do concurso público que legitimará a investidura em 2.500 cargos do quadro de pessoal efetivo do Ministério da Saúde. Cumpre à mesma analisar se o certame deve ser de provas ou de provas e títulos, tendo em vista a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (art. 37 da Constituição Federal). O concurso público só será obrigatoriamente de provas e títulos quando assim for determinado pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional (ex. art. 93, inciso I, da CF).

32. Ou seja, inexistindo disposição constitucional ou legal que obrigue a Administração a realizar determinado concurso público com provas e títulos, a mesma é livre para definir, considerando a complexidade do cargo, se o certame será de provas ou de provas e títulos.

33. No caso, a Administração é livre para estabelecer, considerando a natureza e a complexidade dos cargos a serem preenchidos, o peso dos títulos conforme entenda mais adequando, contanto que sejam observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

34. Em síntese, considerando as peculiaridades de determinados cargos ou empregos públicos, é lícito à Administração atribuir à prova de títulos maior ou menor peso, assim como determinar quais títulos são mais relevantes (aqueles atinentes à experiência prática ou à instrução acadêmica, por exemplo), em que pese a necessária razoabilidade e proporcionalidade dos critérios adotados. **Basicamente, devem ser evitados a fixação de critérios injustificados, capazes de, por si só, direcionarem indevidamente o concurso.**

35. Destarte, fica à cargo do poder discricionário do administrador, observados os apontamentos acima, estabelecer o peso da prova de títulos do concurso a ser realizado.

III – Considerações sobre as manifestações veiculadas através do item 11 da Nota Técnica nº 003/GABINETE/SESAI/MS

36. No item 11 da Nota Técnica nº 003/GABINETE/SESAI/MS, a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAÍ identifica que é fundamental a adoção, no concurso público a ser realizado, de alguns dos critérios indicados pelas lideranças indígenas na audiência pública ocorrida em 12 de setembro de 2012.

37. Merece especial destaque o trecho do subtópico ii, do tópico b, que dispõe:

“Neste caso, todos os candidatos, por ocasião da inscrição, já apresentariam os títulos e a comprovação das experiências que seriam analisadas junto com

² Bandeira de Mello, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 45.

a prova objetiva e teríamos assim, um resultado final único por ordem de classificação resultante do somatório das duas avaliações;”

38. A sugestão acima não pode ser acatada, eis que contraria as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 13 do Decreto nº 6.944/2009, que, dentre outras coisas, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos.

39. O critério de reserva de vagas para indígenas já foi devidamente abordado em tópico anterior, de forma que não prescinde de novas digressões.

40. Os demais critérios indicados pelas lideranças indígenas, elencados no item 11 da Nota Técnica nº 003/GABINETE/SESAI/MS, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, se devidamente motivados, não encontram óbices legais, devendo apenas se coadunar com as disposições do Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, para serem implementados.

CONCLUSÃO

41. Deste modo, conclui-se que, *a priori*, não é possível se estabelecer reserva de vagas para indígenas no concurso público a ser realizado para o preenchimento de 2.500 vagas do quadro de pessoal efetivo do Ministério da Saúde, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e da igualdade.

42. Ademais, entende-se que, considerando as peculiaridades do cargo ou emprego público, é lícito à Administração atribuir à prova de títulos maior ou menor peso, assim como determinar quais títulos são mais relevantes (aqueles atinentes à experiência prática ou à instrução acadêmica, por exemplo), em que pese a necessária razoabilidade e proporcionalidade dos critérios adotados.

43. Por fim, quando do exame da conveniência e oportunidade de adoção dos demais critérios sugeridos pelas lideranças indígenas, a Administração deve, necessariamente, ajustá-los às disposições do Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009.

44. É, pois, a manifestação deste subscritor.

À consideração superior, s.m.j.

Brasília, 08 de novembro de 2012.

Clélio de Oliveira Corrêa Lima Neto
Procurador Federal
1662395



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

DESPACHO Nº 13036/VAR/2012/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR/MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.163267/2012-80

INTERESSADO: SAA/SE/MS

ASSUNTO: Análise de consulta acerca da possibilidade de instituição de cotas para indígenas em concurso a ser promovido pelo Ministério da Saúde.

Referente ao SICAU 3.7

Senhor Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico,

1. Estou de acordo com a manifestação retro, com as complementações que seguem abaixo.

2. No tocante à carência de Lei que regule a matéria, insta salientar que havia dois projetos de Lei em tramitação no Senado Federal, sob os números 136 e 155, ambos do ano de 2000, em se se previa a reserva de vagas para índios em concursos públicos na esfera federal. O PL-Senado 136-2000 chegou a receber parecer favorável, no mérito, em Comissão Temática, mais especificamente na Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE). Mas mesmo naquela comissão foi reconhecida a necessidade de previsão legal para o tema, sugerindo-se, ainda, que o percentual mínimo fosse de 1% (um por cento), em vez dos 5% (cinco por cento) propostos inicialmente, considerada a participação dos indígenas no total da população brasileira (0,4%).³ Já o PL-Senado 155/2000 recebeu pareceres favoráveis da mesma CE e também da Comissão de Assuntos Sociais (CAS), tendo recebido emendas que visavam à redução do percentual inicialmente proposto, 5% (cinco por cento), e também a inclusão de tempo de validade para reserva de vagas.⁴

3. Nada obstante, fato é que a tramitação dos referidos projetos foi arquivada, ainda em 2007 para o PL 136/2000 e em 2010 para o PL 155/2000, não tendo havido pedido de desarquivamento.⁵ Assim, permanece a carência de Lei, federal ou nacional, que viabilize

³ Parecer disponível no link <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25098&tp=1>, acesso em 12.11.2012.

⁴ Pareceres disponíveis em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=22864&tp=1> e <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/82749.pdf>, acesso em 12.11.2012.

⁵ Tramitação visualizada nos links http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44040n e

a fixação de cotas para indígenas para acesso a cargos públicos, sob pena de violação frontal ao princípio constitucional da legalidade.

4. Ainda no tocante à ausência de Lei federal regulando a matéria, e passando também à análise do princípio constitucional da isonomia, cumpre consignar o que decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das cotas étnicas fixadas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) para ingresso em seus cursos superiores. Trata-se do Recurso Extraordinário RE 597285, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual um estudante questionou a constitucionalidade da previsão de reserva de vagas para negros no vestibular de ingresso em universidade sem previsão legal específica. Lembre-se, desde já, que tal julgado é anterior à edição da Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, que impôs reserva de no mínimo 50% (cinquenta por cento) das vagas das Instituições federais de educação superior para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, prevendo ainda a instituição de critérios de proporcionalidade para ingresso de pretos, pardos e indígenas dentro dessa cota maior, de acordo com as características da unidade da Federação onde esteja instalada a instituição.

5. Antes de mais nada, é de se registrar que o julgado tratou do acesso à educação, não se podendo aplicar, direta e plenamente, suas conclusões à discussão acerca do acesso a cargos públicos. E o mesmo raciocínio aplica-se às conclusões presentes no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 186, que também tratou do tema das cotas na educação superior. Não bastasse isso, percebe-se que o Egrégio STF entendeu que a Lei 9.394/96, que institui as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, traz previsão suficiente a albergar a autonomia universitária na definição de critérios afirmativos de acesso. Transcreve-se a seguir a redação contida no informativo STF 665, considerando-se que o acórdão do julgado ainda não foi publicado:

“Rechaçou-se, ainda, o argumento de ausência de lei formal autorizadora dessa ação afirmativa de reserva de cotas ao fundamento de que **a Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) deixaria para as universidades a fixação dos critérios a serem utilizados na seleção de estudantes. Asseverou-se que o art. 51 do mencionado estatuto (“As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino”) teria esteio no art. 207 da CF, a garantir às universidades a autonomia didático-científica.** RE 597285/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 9.5.2012.”

6. Portanto, no caso da educação superior o STF entendeu suficiente a previsão contida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de modo que se entendeu existente a previsão legal necessária a embasar a instituição das cotas. Essa é mais uma razão para não se aplicar o entendimento ao caso ora em apreço, uma vez que inexistente

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44170, acesso em 12.11.2012.

qualquer previsão legal que garanta à Administração Federal a discricionariedade de impor cotas étnico-raciais para acesso a cargos públicos.

7. Ante o exposto, fica clara e evidente a ilegalidade da instituição, pela Administração Pública Federal, de critério diferenciado de ingresso em cargos públicos por discrimen étnico-racial, por ausência de legislação expressa que autorize seguir nesse sentido.

8. Por fim, com relação à previsão de prova de títulos com peso entre 30 e 50%, cumpre apenas alertar o gestor para a necessidade de que qualquer critério instituído seja o mais objetivo e direto possível, evitando-se previsões que possam seguir no caminho da violação do princípio da impessoalidade. No mesmo sentido, a opção por um peso maior à prova de títulos e a eleição dos títulos pontuados deve ser pormenorizada e justificada de modo exaustivo, com vistas a viabilizar a qualquer candidato o conhecimento das razões que levaram a Administração a tomar decisão dessa natureza. Ou seja, devem ser declinadas, no processo que dará ensejo ao edital, as razões que justificam a exigência de cada experiência ou titulação pontuada, com vistas à transparência e à objetividade na eleição dos critérios do concurso público.

9. Quanto ao mais, fica aprovado o parecer, sem ressalvas.

À consideração superior, s. m. j.

Brasília/DF, 12 de novembro de 2012.

VANESSA AFFONSO ROCHA
Advogada da União
Coordenadora de Legislação e Normas
CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR/MS



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

DESPACHO Nº 13037/2012/FB/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.163267/2012-80

INTERESSADO: Sara Martins – Coordenadora-Geral Substituta de Gestão de Pessoas (CGESP/SAA/SE/MS).

ASSUNTO: concurso de 2.500 vagas para a Saúde Indígena.

Referente ao SISCON nº 15.5, nº 3.7, nº 3.7 e nº 3.3.

Estou de acordo com a manifestação retro, Em primeiro lugar, verifica-se a IMPOSSIBILIDADE de ser feita a reserva de vagas para indígenas para fins de preenchimento das 2.500 vagas do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde por meio do concurso público almejado, por ausência de previsão legal, em consonância com a exigência prevista nos incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal, que privilegiam a força normativa do princípio constitucional da livre concorrência aos cargos públicos (concurso público). Destaca-se que, independentemente da discussão a respeito do mérito da instituição ou não de cotas para indígenas, falta, no caso, o preenchimento do requisito formal exigido pela Constituição Federal, qual seja a existência de lei federal sobre o tema. Destaca-se que os Estados do Rio de Janeiro, Paraná e Mato Grosso do Sul, além do Município do Rio de Janeiro/RJ, já efetuaram essa reserva de vagas para indígenas e negros para acesso a cargos públicos, mas tudo com base na edição de leis sobre o tema, sendo que, em nível federal, a matéria estava sob tramitação por meio dos Projetos de Lei do Senado nº 136 e 155, de 2000, mas se encontram arquivados pelo término da legislatura em 2010, motivo da proposta à CGESP/SAA/SE/MS e à SESAI/MS de providências junto à ASPAR/GM/MS para seu desarquivamento, se assim o desejarem. Ressalta-se que a discussão sobre reserva de vagas para negros e indígenas para acesso à educação superior não se afastou da necessidade de lei sobre o tema, que encontra amparo no art. 51 da Lei nº 9.394/96. Em segundo lugar, este consultivo entende que HÁ VIABILIDADE JURÍDICA para bonificação ou pontuação a maior na fase de títulos para quem tenha capacitação e/ou experiência profissional na área de saúde indígena, cujos limites devem ser definidos por discricionariedade administrativa, atendendo-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as regras contidas no Decreto nº 6.944/2009 e orientação do MPOG.

FABRÍCIO OLIVEIRA BRAGA
Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico – COGEJUR/CONJUR/MS

De acordo. Encaminhem-se os autos ao GAB/SE/MS para as providências subsequentes.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2012.

JEAN KEIJI UEMA
Consultor Jurídico do Ministério da Saúde