



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO Nº 21/1000-0014984-6

PARECER Nº 19.051/21

Assessoria Jurídica e Legislativa

EMENTA:

RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO. INDÍGENAS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÃO N.º 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO POR ATO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

1. A reserva de vagas em concursos públicos configura ação afirmativa que está em conformidade com os princípios constitucionais (ADC 41/DF) e que alcança caráter de política com a qual se comprometeu expressamente a República Brasileira a fim de assegurar o exercício de direitos fundamentais das pessoas sujeitas ao racismo, à discriminação racial e a formas correlatas de intolerância, reforçada pela promulgação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas correlatas de intolerância.

2. Diante do histórico de violação aos direitos dos povos indígenas, os quais se encontram em situação de vulnerabilidade agravada por um longo e conflituoso processo de demarcação das terras indígenas, reputa-se constitucional a reserva de vagas para indígenas no acesso a cargos públicos da Administração Pública estadual.

3. Tendo em vista tendo em vista (i) o conceito de racismo (dimensão social) e o teor do acórdão proferido pelo STF na ADO 26/DF; (ii) os preceitos constitucionais constantes nos artigos 1º, III; 3º, III e IV; 5º, XLI, da Carta Magna; (iii) os compromissos assumidos pela República Brasileira por meio da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho; (iv) a internalização com caráter supralegal da Convenção Interamericana contra o Racismo e o conceito por ela adotado quanto à discriminação racial e intolerância; (v) as conclusões do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF n.º 186 e do Parecer PGE n.º 15.703; (vi) a competência do Governador do Estado para expedir regulamentos para o fiel cumprimento das leis e dispor sobre a organização da administração estadual, conclui-se que a reserva de vagas para indígenas em concursos públicos do Poder Executivo estadual pode ser estabelecida mediante ato do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Governador do Estado, como adequada regulamentação dos preceitos constitucionais e supralegais referidos.

AUTOR: LOURENÇO FLORIANI ORLANDINI

Aprovado em 26 de outubro de 2021.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER JURÍDICO-NORMATIVO Nº 19.051

RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO. INDÍGENAS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÃO N.º 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO POR ATO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

1. A reserva de vagas em concursos públicos configura ação afirmativa que está em conformidade com os princípios constitucionais (ADC 41/DF) e que alcança caráter de política com a qual se comprometeu expressamente a República Brasileira a fim de assegurar o exercício de direitos fundamentais das pessoas sujeitas ao racismo, à discriminação racial e a formas correlatas de intolerância, reforçada pela promulgação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas correlatas de intolerância.

2. Diante do histórico de violação aos direitos dos povos indígenas, os quais se encontram em situação de vulnerabilidade agravada por um longo e conflituoso processo de demarcação das terras indígenas, reputa-se constitucional a reserva de vagas para indígenas no acesso a cargos públicos da Administração Pública



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

estadual.

3. Tendo em vista tendo em vista (i) o conceito de racismo (dimensão social) e o teor do acórdão proferido pelo STF na ADO 26/DF; (ii) os preceitos constitucionais constantes nos artigos 1º, III; 3º, III e IV; 5º, XLI, da Carta Magna; (iii) os compromissos assumidos pela República Brasileira por meio da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho; (iv) a internalização com caráter supralegal da Convenção Interamericana contra o Racismo e o conceito por ela adotado quanto à discriminação racial e intolerância; (v) as conclusões do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF n.º 186 e do Parecer PGE n.º 15.703; (vi) a competência do Governador do Estado para expedir regulamentos para o fiel cumprimento das leis e dispor sobre a organização da administração estadual, **conclui-se que a reserva de vagas para indígenas em concursos públicos do Poder Executivo estadual pode ser estabelecida mediante ato do Governador do Estado, como adequada regulamentação dos preceitos constitucionais e supraleais referidos.**

Trata-se de analisar a viabilidade jurídica de implementação de sistema de reserva de vagas em concursos públicos em favor de integrantes de povos indígenas no âmbito da Administração Pública estadual.

A análise do tema perpassa (1) pelo exame da



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

constitucionalidade da referida ação afirmativa, (2) inclusive em relação a esse segmento populacional específico, e, uma vez superado esse aspecto, (3) pela possibilidade dela ser implementada mediante ato do Chefe do Poder Executivo a despeito da inexistência de lei específica.

1. Da constitucionalidade da ação afirmativa de reserva de vagas em geral.

Em relação à constitucionalidade do sistema de cotas em concursos públicos, trata-se de tema atualmente pacificado no Supremo Tribunal Federal e no âmbito desta Procuradoria-Geral do Estado, de modo que se compreende desnecessário maior aprofundamento teórico e doutrinário a respeito deste relevante instrumento utilizado como política afirmativa em favor da redução de desigualdades sociais.

O assunto foi analisado pela Corte Suprema em reiteradas oportunidades, tanto em relação à reserva de vagas em instituições de ensino superior, quanto para cotas em concursos públicos. O célebre julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 41/DF, de junho de 2017, consolidou o entendimento de que a *desequiparação promovida* por essa ação afirmativa *está em consonância com o princípio da isonomia, buscando garantir a igualdade material entre os cidadãos*. Foi declarada, por isso, constitucional a reserva de vagas para pessoas negras em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública direta e indireta.

Esse julgado foi antecedido por outros que, de forma semelhante, reconheceram a política de cotas como uma forma de reduzir desigualdades materiais entre os cidadãos que compõem a sociedade brasileira, sendo relevante destacar a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

fixação de tese, em regime de repercussão geral, afirmando ser *constitucional o uso de ações afirmativas, tal como a utilização do sistema de reserva de vagas ("cotas") por critério étnico-racial, na seleção para ingresso no ensino superior público* (RE 597285).

Não é demais recordar que, em relação às pessoas portadoras de deficiência, a Constituição Federal previu expressamente a reserva percentual de cargos e empregos públicos (artigo 37, VIII).

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, o **Parecer n.º 15.703/2012**, de lavra do Procurador do Estado Carlos César D'Elia e ao qual foi atribuído caráter jurídico-normativo pelo Governador do Estado em momento muito anterior ao da conclusão do julgamento da ADC 41/DF, reconheceu expressamente que *os princípios constitucionais claramente autorizam ações afirmativas como forma de combater as tais discriminações e desigualdades de recorte racial*.

Nesse contexto, frisa-se que, se antes se discutia a conformidade da política de cotas com os princípios constitucionais, **o cenário jurídico-normativo parece ter hoje alcançado novo patamar**, seja pelos julgados do Supremo Tribunal Federal, seja pela recente internalização de tratado internacional que versa sobre direitos humanos, aproximando-se a instituição dessa política de um dever constitucional dos entes públicos em adotarem ações afirmativas visando à redução de desigualdades.

Por meio do Decreto Legislativo n.º 01/2021, de 18/02/2021, publicado no DOU de 19/02/2021, o Congresso Nacional aprovou, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala, por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 5 de junho de 2013, o qual passou a integrar a ordem jurídica brasileira



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

com natureza equivalente à de emenda constitucional:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O texto da citada Convenção, quanto ao propósito deste Parecer, indica **a assunção de compromisso pelo Estado brasileiro em adotar ações afirmativas** para o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas sujeitas ao racismo, à discriminação racial e a formas correlatas de intolerância:

Artigo 5º

Os Estados Partes comprometem-se a **adotar as políticas especiais e ações afirmativas** necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. **Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção**, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

Ainda que a convenção não fale expressamente em reserva de vagas, é sabido que o uso de cotas em instituições de ensino ou em cargos públicos é a política pública que, de forma mais recorrente, ao menos no cenário jurídico, é associada com a expressão “ações afirmativas” no Brasil.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Por conta disso, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Paraná classificou o dispositivo recentemente internalizado como um **mandamento constitucional em favor do estabelecimento de cotas em favor de populações vítimas de intolerância**:

O artigo 5º indica que o Estado brasileiro se compromete a adotar políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos.

Portanto, há um mandamento constitucional no sentido de que sejam criadas, mantidas, ampliadas as cotas ou raciais, ou fundadas em formas correlatas de intolerância.

(<https://direito.mppr.mp.br/2021/05/189/ENTRA-EM-VIGOR-NORMA-CONSTITUCIONAL-ANTIRRACISTA-CONVENCAO-INTERAMERICANA-CONTRA-O-RACISMO.html>, acesso em 15 /08/21)

Ademais, o artigo 9º da Convenção traz compromisso dos seus signatários de garantir que seus *sistemas políticos e jurídicos **reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades***, do que se depreende a necessária representatividade que deve ser buscada nas estruturas públicas.

A partir desse viés, para além do entendimento antes consolidado de que a reserva de vagas em concursos públicos está em conformidade com a Constituição Federal, avança-se na compreensão de que, com a internalização de norma que adquire natureza de emenda constitucional (com caráter supralegal, como definiram



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

os Ministros do STF - RE 349.703/RS e RE 466.343/SP - em relação às outras normas internacionais que passaram pelo rito previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal), pode-se falar na existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de **mandamento supralegal que recomenda a adoção de ações afirmativas** (aí incluído o sistema de cotas) para reduzir as desigualdades materiais e combater a intolerância.

Visto isso, conclui-se que a reserva de vagas em concursos públicos configura ação afirmativa que (1) possui previsão expressa na Constituição Federal para as pessoas portadoras de deficiência, (2) está em conformidade com os princípios constitucionais, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e desta Procuradoria-Geral do Estado e, (3) a partir da recente internalização da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas correlatas de intolerância, alcança caráter de política com a qual se comprometeu expressamente a República Brasileira a fim de assegurar o exercício de direitos fundamentais das pessoas sujeitas ao racismo, à discriminação racial e a formas correlatas de intolerância.

2. Da constitucionalidade da reserva de vagas para indígenas.

Quando se afirma que a política de reserva de vagas tem, entre suas justificativas, uma **função reparatória**, é impossível não associá-la aos povos indígenas, nativos do território brasileiro, cujo tratamento recebido pela sociedade, desde a *fundação* do Brasil, tem sido marcado pelo extermínio e por diversas formas de violência.

Buscando retratar o cenário de vulnerabilidade e de exclusão social das comunidades indígenas, o Promotor de Justiça ABI-EÇAB, ainda com base



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

em dados do censo de 2000, destaca a desigualdade de condições a que estão submetidos os povos indígenas no cenário atual, que foi antecedido pelo que denomina *genocídio pretérito*:

Os índios, de senhores originários do território brasileiro, foram hoje relegados a uma condição marginal no processo histórico, econômico, social e político. **De aproximadamente três a cinco milhões de indivíduos quando da chegada dos europeus no ano de 1500, foram-se hoje reduzidos a cerca de 460.000**, distribuídos em 225 sociedades indígenas, correspondendo a aproximadamente 0,25% da população brasileira, dos quais cerca de 100.000 a 190.000 vivem em áreas urbanas. **A maioria deles sobrevive em condições de miserabilidade (diferente, por certo, de simplicidade) e vulnerabilidade, ofendendo os direitos fundamentais previstos na Constituição da República (LGL\1988\3)** e evidenciando, não apenas o genocídio pretérito, mas a deficiência atual de medidas eficazes para a restituição da dignidade desses povos.

(ABI-EÇAB, Pedro. Ministério Público, Direitos Fundamentais Indígenas e Políticas Públicas. *in* Revista de Direito Privado | vol. 47/2011 | p. 107 - 120 | Jul - Set / 2011 | DTR\2011\2732)

Segundo Eduardo Bueno, “jamais se saberá com certeza, mas quando os portugueses chegaram à Bahia, os índios brasileiros somavam mais de dois milhões - quase três, segundo alguns autores. Mas, no alvorecer do Terceiro Milênio da Era Cristã, não passam de 325.652 - menos do que dois estádios do Maracanã lotados. Foram dizimados por gripes, sarampo e varíola; escravizados aos milhares e exterminados pelo avanço da civilização e pelas guerras intertribais, em geral estimuladas pelos colonizadores europeus. Ainda assim, os povos remanescentes constituem 215 nações e falam 170 línguas diferentes. De acordo com dados do ano



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

2000, obtidos junto à Fundação Nacional do Índio (FUNAI), as tribos mais ameaçadas de extinção são os XEtá, do Paraná (restam apenas sete indivíduos), os juma, do Amazonas (cinco) e os Avá-Canoeiro (dez, dos quais só seis contatados)". (BRASIL. Uma História: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: LeYa Brasil, 2019. p. 25.)

De acordo com o documento "O Brasil indígena" (<https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-dez/pdf-brasil-ind.pdf>), produzido pelo IBGE com base no censo demográfico de 2010, um total de 896.917 pessoas foram contabilizadas como indígenas no Brasil, abrangendo-se as que assim se autodeclararam, no quesito cor ou raça, bem como aquelas que residem em terras indígenas que não se declararam, mas *se consideraram indígenas* (quesito introduzido apenas para os habitantes de terras indígenas).

Conforme os números deste último censo, a presença de indígenas no Rio Grande do Sul corresponderia a 4% da população autodeclarada indígena no Brasil, mas a apenas 0,3% da população do Estado. Deve-se destacar que, embora tenha ocorrido um crescimento da população autodeclarada indígena no Brasil, **houve redução desse indicador no Rio Grande do Sul**, o que se percebe do cotejo entre a população contabilizada no censo de 2000 (38.718 pessoas) com a identificada em 2010 (32.989 pessoas). (IBGE. Os indígenas no Censo Demográfico 2010, primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Rio de Janeiro, 2012. In https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf).

A redução populacional dos povos indígenas em terras gaúchas, seja pelo seu extermínio, seja porque deixam de assim se considerar, é sentida há diversos séculos, conforme destaca o veículo de jornalismo NONADA, o qual aponta que, no século XVII, **viviam no Estado pelo menos 40 (quarenta) povos indígenas**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

diferentes, os quais foram reduzidos hoje a três etnias. A publicação descreve, ainda, as características das localidades em que geralmente hoje vivem esses povos:

Grande parte desta população habita **pequenas áreas degradadas, em acampamentos nas margens de rodovias, ou áreas devolutas sem as mínimas condições ambientais, sem saneamento básico, infraestrutura e terra para subsistência.** As terras retomadas contabilizam sete áreas: Mbyá Guarani: Ponta do Arado (Belém Novo, Porto Alegre); Aquífero Guarani (RS 040, Viamão); Yvyrupa (Maquiné); Pará Roke (Rio Grande); Terra de Areia (Terra de Areia). Kaingang: Canela (Parque Nacional, Canela); Carazinho (entre Carazinho e Passo Fundo).

(<https://www.nonada.com.br/2019/05/519-anos-de-luta-liderancas-indigenas-do-rs-pedem-o-cumprimento-da-constituicao/>, acesso em 26 de agosto de 2021)

De acordo com dados repassados pela Área Técnica de Saúde Indígena do Departamento de Atenção Primária e Políticas de Saúde, grande parte dos indígenas do Rio Grande do Sul vivem em situação de **extrema vulnerabilidade social e econômica**, sendo, além disso, muito baixo o número de terras indígenas regularizadas no Estado:

A maioria dos indígenas no Rio Grande do Sul vive em situação de extrema vulnerabilidade social e econômica. **Atualmente, 5047 famílias ou 19.914 indígenas são beneficiários do Programa Bolsa Família, segundo dados do CadÚnico (2021). O número de terras indígenas regularizadas no RS é muito baixo, constam 20 registros** de acordo com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o que corrobora com a frequente presença de indígenas **em acampamentos em condições precárias, geralmente embaixo de lonas sem esgotamento**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

sanitário, sem coleta regular de lixo e com baixíssima infraestrutura. A situação de vulnerabilidade influencia diretamente nas condições de acesso a serviços e ações de saúde e na dificuldade de garantia de outros direitos indígenas assegurados constitucionalmente, o que remetem ao período de colonização e apresenta resquícios de grandes massacres já ocorridos no Brasil pautados sobre o preconceito étnico e cultural.

Com efeito, diante da grande dificuldade no avanço dos processos de demarcação de terras indígenas - que deveria ter sido concluído no período de cinco anos a partir da promulgação da Constituição (artigo 67 do ADCT) -, muitos indígenas encontram-se em ocupações que se caracterizam por **todos os tipos de insegurança**, sobretudo diante da intensificação de conflitos fundiários.

O recente Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil destacou o fortalecimento de uma **agenda brasileira que pretende revisar as políticas indigenistas e ambientalistas**, o que vem favorecendo ocupações ilegais de terras ancestrais e **encorajado atos de violência contra as lideranças e comunidades indígenas:**

56. Apesar dos avanços registrados na legislação, a CIDH vê como grave e preocupante a situação dos povos e comunidades indígenas do Brasil. Aos registros de ameaça de invasão aos seus territórios por não indígenas, somam-se profundos desafios quanto à titulação e proteção de suas terras e, em inúmeros casos, os povos e comunidades indígenas se veem sem a necessária proteção do Estado. Nesse âmbito, a Comissão manifesta sua grande preocupação a respeito do **processo de revisão das políticas indigenistas e ambientais do país, o que tem favorecido as ocupações ilegais das terras**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ancestrais, encorajado atos de violência contra suas lideranças e comunidades indígenas, e autorizado a destruição ambiental de seus territórios.

57. Soma-se aos problemas apresentados, a emergência de agendas parlamentares que visam minar os avanços no âmbito das políticas indigenistas. A esse respeito, a Comissão recebeu informações de que, no final de 2018, **havia mais de 100 projetos de lei tramitando no Congresso Nacional que objetivavam a restrição de direitos indígenas, especialmente em matéria de demarcação de terras**

(Situação dos direitos humanos no Brasil : Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos. acesso em <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>)

O relatório destaca ainda os elevados cortes orçamentários a que tem sido submetida a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e o enfraquecimento de políticas e instituições ambientais, afetando diretamente os direitos dos povos indígenas:

61. Nesse mesmo sentido, a Comissão detectou o enfraquecimento de políticas e instituições de licenciamento ambiental, o que possui afetação direta nos direitos dos povos indígenas. A respeito, em 29 de fevereiro de 2019, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) publicou a Instrução Normativa Nº 8, a qual autorizou as empresas a realizarem pedidos de licenciamento ambiental, antes restritos ao órgão federal, diretamente a órgãos estaduais e municipais. Nos termos da instrução normativa, esses pedidos podem incluir empreendimentos em terras indígenas, em áreas protegidas e para exploração de petróleo no litoral brasileiro. A CIDH alerta que, na ausência de uma estrutura institucional em nível



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

federal que possa mediar os processos de licenciamento, os órgãos estaduais e municipais poderiam ficar mais suscetíveis às pressões de interesses privados.

Percebe-se, assim, **um cenário de vulnerabilidade, com indicativo de recrudescimento, a que estão sujeitos os povos indígenas**, já tão reduzidos, em número e em direitos, sobretudo quando se recorda o seu *status* de ocupantes originários do território brasileiro, a indicar a necessidade de se proceder a essa reparação histórica e que constitui relevante fundamento para a política de cotas ora examinada.

Em diretriz oposta aos rumos da realidade atual, a Constituição Federal previu os direitos dos indígenas, destacando-se, por oportuno, o *caput* do primeiro artigo que se dedica a proteger constitucionalmente os interesses desses povos:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Os dispositivos constitucionais que visam a preservar os interesses dos indígenas já foram lidos pelo Supremo Tribunal Federal como instrumentos para efetivar um novo tipo de igualdade, tratando-se de **ações afirmativas** devidas às minorias que sofrem com **desvantagens historicamente acumuladas**. Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto do Ministro Ayres Britto, na Petição 3388, que enfrentou o caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol:

72. Também aqui é preciso anteciper que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal **são de finalidade nitidamente fraternal ou**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito - quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade -, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional **compensatória** de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de **ações afirmativas** (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão "sociedade fraterna", e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º : "construir uma sociedade livre, justa e **solidária**".

Ainda em sede constitucional, outros artigos da Carta Maior asseguraram a proteção às manifestações culturais indígenas (artigo 215, §1º) e a utilização da língua materna e dos processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental (artigo 210, §2º).

Na mesma linha, a Constituição Estadual previu que o Estado deve promover e incentivar a autopreservação das comunidades indígenas, avançando sobre o dever de implantação de políticas públicas específicas em favor desses povos:

Art. 264. O Estado **promoverá e incentivará a autopreservação das comunidades indígenas**, assegurando-lhes o direito a sua cultura e organização social.

§ 1.º O Poder Público estabelecerá projetos especiais com vista a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

integrar a cultura indígena ao patrimônio cultural do Estado.

§ 2.º Cabe ao Poder Público auxiliar as comunidades indígenas na organização, para suas populações nativas e ocorrentes, de programas de estudos e pesquisas de seu idioma, arte e cultura, a fim de transmitir seu conhecimento às gerações futuras.

§ 3.º É vedada qualquer forma de deturpação externa da cultura indígena, violência às comunidades ou a seus membros, bem como a utilização para fins de exploração.

§ 4.º São asseguradas às comunidades indígenas proteção e assistência social e de saúde prestadas pelo Poder Público estadual e municipal.

Art. 265. O Estado proporcionará às comunidades indígenas o ensino regular, ministrado de forma intercultural e bilíngüe, na língua indígena da comunidade e em português, respeitando, valorizando e resgatando seus métodos próprios de aprendizagem, sua língua e tradição cultural.

Parágrafo único. O ensino indígena será implementado através da formação qualificada de professores indígenas bilíngües para o atendimento dessas comunidades, subordinando sua implantação à solicitação, por parte de cada comunidade interessada, ao órgão estadual da educação.

Não obstante tais previsões constitucionais, as condições a que estão submetidos os povos indígenas ainda estão longe de contemplar os valores da Carta Maior. No Relatório Final da Comissão Especial da Assembleia Legislativa para discutir a situação das áreas indígenas e quilombolas no Rio Grande do Sul, de setembro de 2012, percebe-se, nos encaminhamentos aprovados pela Comissão, a preocupação com **pessoas desalojadas e com comunidades desatendidas nos seus direitos mais básicos:**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

8) A tomada de providências por parte do Estado no sentido de promover licitação, na modalidade que entender apropriado, para compra de terras, a serem utilizadas para assentamento de indígenas e/ou quilombolas, de forma que se garanta a estes o devido acesso à terra, sem que para isto seja necessário a destruição de outras comunidades já formadas;

(...)

11) Facilitação no acesso por parte das comunidades indígenas e quilombolas às políticas públicas que lhes são necessárias, notadamente no que se refere a lhes garantir saneamento básico e à criação de condições de exploração racional da terra, através da concessão de crédito e do apoio técnico necessário;

(http://www.al.rs.gov.br/download/comespquilombolas/rf_quilombolas.pdf
acesso em 29/08/21)

No que tange à vulnerabilidade desses povos, muito atrelada à insegurança material e jurídica quanto aos locais que ocupam, percebe-se que a situação de pandemia sanitária pela qual passa a sociedade agravou ainda mais as condições em que vivem, conforme destaca a imprensa local, ao referir o aumento da fome nas comunidades indígenas gaúchas:

No mês em que a pandemia completa um ano, combinada com o agravamento da crise sanitária no País, suas consequências econômicas e sociais também atingem um momento dramático. Nesse cenário em que diferentes camadas da sociedade são afetadas, os grupos tradicionalmente mais vulneráveis enfrentam as piores condições para suportar a crise, como é o caso dos povos indígenas no Rio Grande do Sul. Nas **aldeias guaranis e kaingangs** do Estado, a **fome** tem sido uma companhia indesejada. A impossibilidade de obter recurso



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

por meio da venda do artesanato, o fim do auxílio emergencial e a assistência deficitária da Fundação Nacional do Índio (Funai) criaram o quadro de extrema dificuldade pelo qual passam os indígenas no RS.

(...)

No plano federal, o coordenador do Cimi-RS explica que os servidores da Funai foram orientados a não entrar nas aldeias no período da pandemia, sob a justificativa de evitar risco de contágio dos indígenas. **A determinação, avalia Liebgott, desencadeou um processo “perverso”. “Não acessar, não significa não prestar apoio”, afirma.**

Outro problema foi o critério estipulado pelo governo de Jair Bolsonaro para ajudar as comunidades. As informações que os indígenas obtiveram com funcionários da Funai são de que **o auxílio só deveria ser oferecido, quando fosse, em territórios demarcados. Para o coordenador do Cimi-Sul, essa decisão excluiu mais da metade da população indígena no RS.** “As comunidades que mais receberam algum tipo de assistência, mesmo que precária, nesse período todo, foram em áreas demarcadas ou nas reservas indígenas criadas ainda no século passado, que são poucas”, explica, citando as reservas de Nonoai e Guarita.

Liebgott destaca que os guaranis têm menos terras demarcadas ou reservas no RS, situação que os prejudicou ainda mais. “Eles vivem em áreas ainda não caracterizadas como terras da União, são terras que os indígenas ainda lutam por elas, mas a regularização não se deu efetivamente porque os governos anteriores não concluíram o processo e o atual paralisou todos os procedimentos demarcatório. Desde que o Bolsonaro assumiu, não demarcou um centímetro de terra em lugar algum do País”, afirma.

O cálculo do Cimi é que em torno de 60% da população indígena ficou afastada dos benefícios assistenciais e de uma possível



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

política indigenista que viesse a ser constituída. “Possível”, enfatiza Liebgott, porque a política efetivamente implementada ele define como “anti-política” ao seguir a linha da desconstitucionalização dos direitos e da desterritorialização dos povos e integração forçada à sociedade.

(<https://sul21.com.br/noticias/geral/2021/03/fome-atinge-aldeias-indigenas-no-rs-em-meio-a-denuncias-de-falta-de-socorro-dos-governos/>, acesso em 26/08/21)

Na esfera federal, foi noticiada a restrição ao acesso a determinadas políticas de saúde apenas aos indígenas que estivessem situados em terras homologadas. Tal discriminação transparece **uma lógica perversa da referida política pública**, quando se percebe uma resistência crescente na demarcação de áreas indígenas por autoridades federais. Assim, um direito básico tem seu acesso restringido por aquele que o deveria prestar, por meio de imposição de uma condição que ele mesmo deixa de implementar.

Em face dessas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal, ao referendar a Medida Cautelar deferida na ADPF 709/DF, afastou tal restrição, determinando que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, *independentemente de suas terras estarem ou não homologadas*. Quanto ao ponto, transcreve-se trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

39. É inaceitável a postura da União com relação aos povos indígenas aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas. A identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo. Ela não depende da homologação do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

direito à terra. Ao contrário, antecede o reconhecimento de tal direito.
Confira-se:

(...)

40. Além disso, trata-se, como já mencionado, de um estado de coisas em que o Chefe do Executivo declarou que não demarcaria ou homologaria mais 1 cm de terra indígena durante seu mandato.

Nessas condições, portanto, tais indígenas têm todos os seus direitos negados. Recusam-lhes seu direito ao território, a seus recursos naturais, à sua cultura e à subsistência tradicional. Como se não bastasse, o Estado nega-se, ainda, a prestar-lhes serviço de assistência à saúde, em meio a uma pandemia mundial, que já matou mais de 60.000 brasileiros, expondo-os a risco de extermínio. A alegação de que podem recorrer ao SUS geral é de viabilidade duvidosa, já que se trata de povos situados em locais de difícil acesso, sem capilaridade de postos de saúde e hospitais, e com práticas culturais, idioma e eventuais particularidades que o SUS geral não está habilitado a atender.

Os dados e as informações acima colacionados são suficientes para demonstrar a necessidade de ações afirmativas para, quanto aos povos indígenas, combater os efeitos presentes da discriminação passada (e, no caso, do seu extermínio passado), bem como para implementar medidas reparatórias aos atos praticados. Tais aspectos são indicados por RAUPP RIOS como alguns dos utilizados para justificar ações afirmativas:

Cinco argumentos são veiculados como justificação das ações afirmativas na jurisprudência da Suprema Corte: (a) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada, (b) a promoção da diversidade, (c) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas, (d) a criação de modelos positivos para os estudantes e as



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

populações minoritárias e (e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias.

(RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 178. apud PAIVA, Raphael Eysers Soares. O sistema de cotas para negros em concursos públicos no Estado Democrático de Direito brasileiro. In Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 97, set/out - 2016).

Quanto à **promoção da diversidade**, também citada pelo autor, entende-se que o Estado possui o dever de promover e de proteger os povos indígenas como um todo, mas também a diversidade existente entre os diferentes povos indígenas, o que ganha relevância quando se constata a redução substancial do número de etnias existentes no Brasil e no Rio Grande do Sul, indicando o sucesso de uma trágica política estatal assimilacionista, conforme relatado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

84. A Comissão recorda ao Estado sobre a importância de assegurar, aos povos indígenas, o direito à memória e à verdade. A CIDH observa que a ditadura civil-militar no Brasil (1964-1985) foi propulsora do paradigma assimilacionista e de tutela em nome de um alegado "interesse nacional" (ocupação de terras, construção de estradas, etc.), que causou diversas violações de direitos às populações indígenas. A esse respeito, a Comissão recebeu com beneplácito a informação de que o Ministério Público Federal (MPF) tem diligenciado, em sedes administrativa e judicial, visando a obtenção de reparações para diversas etnias; no entanto, tais iniciativas têm sido pouco frutíferas. A Comissão chama a atenção para a importância de tais reparações não apenas como reconhecimento das violações no passado, mas também



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

como sinal de compromisso com a não-repetição. Nesse sentido, destaca-se a situação dos Waimiri Atroari, cujas terras e vidas foram severamente impactadas pela construção da BR 174, nos anos 1970, e agora se acham ameaçadas pelo projeto do “linhão de Tucuruí”

Nessa linha, conforme destaca BANIWA, a diversidade dos povos indígenas *é gigantesca e nenhuma política pública, mesmo sendo específica para os indígenas, irá atender às distintas realidades, demandas e perspectivas históricas dos 265 povos indígenas, pois cada um tem uma história particular de contato, nível de interação com a sociedade nacional e projetos societários próprios* (BANIWA, Gersem. A Lei das Cotas e os povos indígenas: mais um desafio para a diversidade. In Cadernos do Pensamento Crítico Latino-Americano, encarte n. 34, janeiro de 2013. <http://flacso.redelivre.org.br/files/2014/12/XXXVcadernopensamentocritico.pdf>).

Por consequência, percebe-se um desafio muito grande na implantação de políticas públicas em favor dos povos indígenas, visto que essas precisam ser pensadas em consonância com as particularidades de cada comunidade, sendo inimaginável que se pretenda implementar um padrão único de política pública a povos tão distintos.

A não-consideração dessa diversidade implica, ao final, a conhecida falência de diversas ações estatais em favor dessas populações, não obstante a Carta Magna e a Carta Farroupilha prevejam direitos à saúde e à educação para esses povos.

Como exemplos do insucesso na prestação desses direitos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos relata a ocorrência de surtos descontrolados de sarampo em comunidades do norte do Brasil, além de outros graves



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

problemas nas comunidades indígenas, como exploração sexual, uso de drogas, exploração de trabalho infantil:

Ademais, a CIDH destaca os apontamentos feitos pela FUNAI durante a visita, no sentido de que as comunidades indígenas no Brasil enfrentam problemas concretos, tais como invasões e degradações territoriais e ambientais, exploração sexual, fornecimento e uso de drogas, exploração de trabalho, incluindo infantil, e êxodo desordenado.

O sucesso das políticas governamentais está, de fato, atrelado à consideração da diversidade dos seus destinatários, o que, para ser atendido, exige que esses povos participem da sua criação e desenvolvimento. Quanto ao ponto, relevante notar que constou na ementa e nos votos da ADFP 709 MC-Ref / DF, que **os povos indígenas têm direito de participar das políticas públicas** que afetem os seus direitos:

A terceira e última premissa de minha decisão que gostaria de destacar, Presidente, foi estabelecer um diálogo intercultural entre nossa própria cultura e a cultura indígena, porque me parecia imprescindível para a solução adequada desses problemas. **As comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas.** Há um certo antropocentrismo em que se condicionou achar que os índios são todos iguais, são a mesma coisa. Na verdade, são culturas e tradições diferentes, que têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões.

A participação das comunidades indígenas, a meu ver, além de decorrer de um princípio de justiça natural - porque estamos tratando da vida, da



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

terra e da cultura deles - **também decorre de tratados internacionais que determinam que sejam ouvidos e considerados em todas as questões que digam respeito a seus povos, conforme decorre da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.**

Na linha do voto do Ministro Barroso no trecho acima, a Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, internalizada no Brasil pelo Decreto n.º 5.051/2004, prevê, em diversos dispositivos, a participação dos povos indígenas na criação e na implantação de políticas públicas que os afetem:

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, **com a participação dos povos interessados**, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. **Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.**

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, **com a sua participação e cooperação**, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

Nessa esteira, a pluralidade no serviço público - a qual se pretende viabilizar por meio da reserva de vagas - é vista, pelo Supremo Tribunal Federal, como produtora de um **ganho de eficiência** para a estrutura estatal, conforme destaca o Ministro Luís Roberto Barroso no seu voto da ADC 41/DF:

Além disso, há um ganho importante de eficiência, porque a vida não é feita só de competência técnica ou de capacidade de pontuar em concurso. **A vida tem uma dimensão de compreensão do outro, de compreensão das variadas realidades da vida, que também podem ser levadas em conta. Desse modo, a eficiência pode ser muito bem-servida pelo pluralismo e pela diversidade no serviço público.** Eu colhi uma passagem, ainda uma vez do Professor Adilson Moreira no seu artigo "Miscigenando o círculo do Poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática", em que ele escreveu: "O nosso país é composto" - diz ele - "por uma diversidade imensa de comunidades que formulam demandas distintas, e as pessoas que são selecionadas para cargos públicos devem estar preparadas para servi-las. Assim, a possibilidade de oferecimento de serviço público mais eficaz não se resume ao conhecimento técnico: ela também pode decorrer da experiência pessoal dos candidatos para um determinado cargo, experiência que tem origem na vivência desses indivíduos como membros de grupos minoritários." E, aí, ele cita os estudos: "Que demonstram os benefícios trazidos por um corpo diversificado de funcionários: **quanto maior o pluralismo de pessoas, maior a capacidade de solução de problemas surgidos em sociedades complexas.**" Portanto, Presidente, rejeito igualmente a objeção que



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

se faz quanto à questão do concurso público e do Princípio da Eficiência.

Assim, a inclusão, dentre as pessoas que elaboram e que implementam as políticas públicas, das minorias étnicas representa um ganho de eficiência ao serviço público, diante da pluralidade de visões que se agrega ao tema, principalmente quando se considera o histórico referido acima de políticas que não cumprem sua efetividade quanto às comunidades indígenas.

Ademais, na visão de BANIWA, antigo Diretor Presidente do Centro Indígena de Estudos e Pesquisas - CINEP, o acesso dos indígenas a vagas em instituições de nível superior não é apenas uma necessidade desses povos, **mas um desejo da sociedade brasileira**, por força da relevante proporção do território brasileiro que essas comunidades administram:

O acesso ao ensino superior por indígenas não é apenas um direito; é também uma necessidade deles e um desejo da sociedade brasileira, **na medida em que os povos indígenas administram hoje mais de 13% do território nacional**, sendo que na Amazônia Legal este percentual sobe para 23%. Não se trata apenas de garantir capacidade interna das comunidades indígenas para gerir seus territórios, suas coletividades étnicas e suas demandas básicas por políticas públicas de saúde, educação, autossustentação, transporte, comunicação, **mas também de lhes dar condições de cidadania plena e diferenciada para dialogar com o Estado e com a sociedade nacional no que tange a interesses comuns e nacionais, como por exemplo a contribuição econômica dos territórios indígenas, a relevância da diversidade cultural, étnica, linguística e da sociobiodiversidade indígena que são também patrimônio material e imaterial da sociedade brasileira.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(BANIWA, Gersem. A Lei das Cotas e os povos indígenas: mais um desafio para a diversidade. In Cadernos do Pensamento Crítico Latino-Americano, encarte n. 34, janeiro de 2013. <http://flacso.redelivre.org.br/files/2014/12/XXXVcadernopensamentocritico.pdf>)

Dessa forma, entende-se que, seja pela reparação por um longo histórico de violações de direitos dos povos indígenas, seja por conta das condições atuais de insegurança em que eles vivem, seja pela necessidade de formulação de políticas públicas plurais e que atendam às necessidades dos povos indígenas, seja pelo ganho de eficiência que isso representa ao interesse público, **é constitucional a reserva de vagas em concursos públicos para integrantes dos povos indígenas.**

Não bastasse esse entendimento, que decorre de preceitos constitucionais, a política de cotas para indígenas em instituições de ensino superior já foi aprovada pelo Congresso Nacional, na Lei Federal n.º 12.711/2012, ação afirmativa que foi reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 597285/RS e ADPF 186):

Lei Federal nº. 12.711/2012

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.

(...)

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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

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.

Diante disso, conclui-se ser **constitucional** a reserva de vagas para indígenas no acesso a cargos públicos da Administração Pública estadual.

3. Da desnecessidade de Lei em sentido estrito para implementação da reserva de vagas no acesso a cargos públicos para indígenas.

Assentada a constitucionalidade da reserva de vagas para indígenas no acesso a cargos públicos, deve-se apurar se há necessidade de a criação dessa sistemática se dar por meio de edição de lei em sentido estrito.

Tal questionamento deve ser inserido nos contextos social e jurídico-normativo referidos acima, tendo-se como premissas (1) que não mais se discute a constitucionalidade da ação afirmativa de cotas como meio de combater desigualdades materiais na sociedade brasileira e (2) que há uma situação histórica de violação de direitos dos povos indígenas, acrescido de intensa resistência ao processo de demarcação de suas terras.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro, seja por ato do Congresso Nacional (que instituiu a política de cotas no acesso ao ensino superior), seja pelas decisões acima referidas da Corte Suprema, já reconheceu a situação de vulnerabilidade dos povos indígenas, o que demanda atuação do Estado em prol dessa minoria por força da incidência dos objetivos fundamentais da República Brasileira:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma **sociedade livre, justa e solidária**;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**;
- IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**.

Além disso, a nação brasileira comprometeu-se, por meio de tratados internacionais, a adotar medidas que viabilizem a participação dessa minoria na formulação e na execução de políticas públicas, sobretudo naquelas que dizem respeito aos seus interesses.

Nesse sentido, faz-se novamente referência à Convenção n.º 169 da OIT, específica sobre povos indígenas e tribais e internalizada por meio do Decreto n.º 5.051/2004, que prevê a responsabilidade estatal de desenvolver, com a participação dos povos interessados, ações com vistas a proteger os seus direitos e o respeito pela sua integridade:

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, **com a participação dos povos interessados**, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
2. Essa ação deverá incluir medidas:
 - a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
 - b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, **pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos** e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

A compreensão de existência de norma jurídica que recomende a representatividade e a pluralidade na composição do serviço público ganhou ainda mais força com a recentemente internalização, já em 2021, de outro instrumento internacional incorporado com **força supralegal** (artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal), qual seja a Convenção Intramericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e outras formas correlatas de Intolerância.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

A citada Convenção define, no seu artigo 1º, o conceito de *discriminação racial*, que pode basear-se em *raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica*, sendo, por isso, plenamente aplicável aos povos indígenas. Ainda que não o fosse, a amplitude do conceito de “intolerância” utilizado por ela certamente abarcaria os povos indígenas, os quais, historicamente, têm tido seus direitos violados, tratando-se de um segmento populacional que sofre com a sua marginalização nas políticas públicas e com atos extremos de violência:

1. **Discriminação racial** é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.

A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

6. **Intolerância** é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos.

Da leitura dos artigos desta Convenção, percebe-se que o Estado brasileiro **comprometeu-se em adotar ações afirmativas em favor dessas minorias**, inclusive para que seus sistemas políticos e jurídicos contemplem a diversidade de suas sociedades:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Artigo 5

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e **ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos.** Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

(...)

Artigo 9

Os Estados Partes comprometem-se a garantir que **seus sistemas políticos e jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades,** a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção.

Logo, a partir da internalização desse tratado internacional, há um comando supralegal (aliado aos princípios constitucionais e normas internacionais que já impunham o dever de promover a redução das desigualdades) que recomenda que se implementem ações afirmativas em favor de grupos discriminados.

Na esfera regional, a Lei Estadual n.º 13.694/2011, que instituiu o Estatuto Estadual da Igualdade Racial, pretendeu aplicar suas disposições também aos povos indígenas, visto que o conceito de discriminação racial por ela utilizado considerou as distinções baseadas em *cor, raça, descendência, origem nacional ou étnica* (artigo 1º, § 1º). E, para o combate dessas discriminações, orientou o Estado a adotar medidas



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

inclusivas que visem a **assegurar a representação equilibrada dos diversos segmentos raciais** componentes da sociedade gaúcha:

Art. 2º - O Estatuto Estadual da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa orientará as políticas públicas, os programas e as ações implementadas no Estado, visando a:

(...)

II - **medidas inclusivas**, nas esferas pública e privada, que assegurem a representação equilibrada dos **diversos segmentos raciais componentes da sociedade gaúcha**, solidificando a democracia e a participação de todos.

Dito isso, há também de se recordar o entendimento contido no Parecer n.º 15.703 desta PGE, com efeito jurídico-normativo atribuído pelo Governador do Estado, que considerou **suficientes os fundamentos constitucionais e supralegais para que fossem autorizadas as cotas para pessoas negras**. A orientação do citado precedente tem plena aplicabilidade à situação em análise, cumprindo destacar o seguinte trecho:

Nessa esteira, há que se considerar, tendo-se em conta a carga normativa dos princípios constitucionais aqui enfocados, aos quais se somam as disposições das convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil e albergadas no sistema jurídico doméstico, **que a Administração, ainda que não existisse a legislação federal e estadual que trata expressamente das questões raciais que envolvem as pessoas negras, poderia adotar políticas de cotas no serviço público, dando concretude à própria constituição**, dentro da visão hoje fundada no poder normativo constitucional e a nova perspectiva do princípio da legalidade.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

A Administração Pública **não pode ser encarada mais na posição de absoluto condicionamento às disposições do legislador ordinário nem tampouco reduzida à mera executora das disposições legais.** Ela tem papel fundamental na implementação de políticas que dêem efetividade aos direitos e princípios constitucionais, sem que com isso esteja subvertendo o princípio da divisão das funções do Poder Político. Há, isto sim, uma transformação importante das competências tradicionais dos poderes do Estado na perspectiva de também legitimada para dar concretude à Constituição.

Nesse contexto, tem-se que compete a todos os Poderes e esferas da federação brasileira buscar condições mais igualitárias às pessoas sujeitas à intolerância.

Nesse sentido, há iniciativas dos Chefes de instituições autônomas, como a Defensoria Pública da União e Defensorias Públicas de alguns Estados, que, por meio de atos próprios, estabeleceram cotas para pessoas negras, indígenas e quilombolas, como se vê em notícia constante do sítio eletrônico da Defensoria Pública do Tocantins:

Por acreditar e defender que racismo se combate em todo lugar e que essa atuação deve ser feita por meio de medidas de educação, garantia e promoção de direitos, e também com a implantação de ações afirmativas, **o Conselho Superior da Defensoria Pública (CSDP) aprovou, por unanimidade, a implantação do percentual de 30% no sistema de cotas para pessoas negras, indígenas e quilombolas nos concursos públicos da Defensoria Pública do Estado do Tocantins (DPE-TO).** A Resolução CSDP nº 208/2021, que regulamenta o novo percentual, está publicada no Diário Oficial Eletrônico da Defensoria Pública, disponível para acesso na internet



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

pelo link diariooficial.defensoria.to.def.br

O sistema de cotas étnico-raciais em concursos da Defensoria Pública no Tocantins estava em vigor com a reserva de 20% das vagas (Resolução CSDP nº 147/2016). Agora, com a ampliação do índice para 30% (Resolução CSDP nº 208/2021), a Defensoria Pública atua para ampliar, também, a participação e ocupação de pessoas negras, indígenas e quilombolas em cargos de defensoras e defensores públicos, servidores (as) do quadro auxiliar e nas vagas oferecidas para estagiários e estagiárias.

(<https://www.defensoria.to.def.br/noticia/47802>, acesso em 19/08/21)

Da mesma forma, o Conselho Superior da Defensoria Pública da União editou a Resolução n.º 141, de 06 de fevereiro de 2018, que garantiu a reserva de vagas para pessoas indígenas em percentual de 5%.

No mesmo sentido é a conclusão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF nº 186, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, no qual apreciou e reconheceu a constitucionalidade dos atos da Universidade de Brasília – UnB, em especial a Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE; a Resolução 38, de 18 de julho de 2003, do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília; o Plano de Metas para Integração Social Étnica e Racial da UnB; o Item 2, subitens 2.2, 2.2.1, 2.3, o item 3, subitem 3.9.8 e o item 7, todos do Edital 2, de 20 de abril de 2009, do 2º vestibular de 2009, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes.

Por isso, considerando (1) o conceito de racismo (dimensão



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

social) e o teor do acórdão proferido pelo STF na ADO 26/DF; (2) os preceitos constitucionais constantes nos artigos 1º, III; 3º, III e IV; 5º, XLI, da Carta Magna; (3) os compromissos assumidos pela República Brasileira por meio da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho; (4) a internalização com caráter supralegal da Convenção Interamericana contra o Racismo e o conceito por ela adotado quanto à discriminação racial e intolerância; (5) as conclusões do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF n.º 186 e do Parecer PGE n.º 15.703; (6) a competência do Governador do Estado para expedir regulamentos para o fiel cumprimento das leis e dispor sobre a organização da administração estadual, **conclui-se que a reserva de vagas para indígenas em concursos públicos do Poder Executivo estadual pode ser estabelecida mediante ato do Governador do Estado, como adequada regulamentação dos preceitos constitucionais e sup legais referidos.**

4. Da conclusão:

Ante o exposto, conclui-se que:

a) a reserva de vagas em concursos públicos trata-se de ação afirmativa que está em conformidade com os princípios constitucionais (ADC 41/DF), alcançando caráter de política com a qual se comprometeu expressamente a República Brasileira a fim de assegurar o exercício de direitos fundamentais das pessoas sujeitas ao racismo, à discriminação racial e a formas correlatas de intolerância, a partir da recente internalização da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas correlatas de intolerância;

b) diante do extenso histórico de violação aos direitos dos povos indígenas, os quais se encontram em situação de vulnerabilidade agravada por um longo e conflituoso processo de demarcação das terras indígenas, reputa-se constitucional a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

reserva de vagas para indígenas no acesso a cargos públicos da Administração Pública estadual;

c) tendo em vista (i) o conceito de racismo (dimensão social) e o teor do acórdão proferido pelo STF na ADO 26/DF; (ii) os preceitos constitucionais constantes nos artigos 1º, III; 3º, III e IV; 5º, XLI, da Carta Magna; (iii) os compromissos assumidos pela República Brasileira por meio da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho; (iv) a internalização com caráter supralegal da Convenção Interamericana contra o Racismo e o conceito por ela adotado quanto à discriminação racial e intolerância; (v) as conclusões do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF n.º 186 e do Parecer PGE n.º 15.703; (vi) a competência do Governador do Estado para expedir regulamentos para o fiel cumprimento das leis e dispor sobre a organização da administração estadual, **conclui-se que a reserva de vagas para indígenas em concursos públicos do Poder Executivo estadual pode ser estabelecida mediante ato do Governador do Estado, como adequada regulamentação dos preceitos constitucionais e supralegais referidos.**

É o parecer.

Porto Alegre, 24 de outubro de 2021.

Luiz Fernando Orlandini,
Procurador do Estado.

Processo Administrativo Eletrônico n.º 21/1000-0014984-6

DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Lourenco Floriani Orlandini	25/10/2021 03:14:57 GMT-03:00	00731666003	Assinatura válida

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo nº 21/1000-0014984-6

PARECER JURÍDICO-NORMATIVO Nº 19.051/21

O **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições, aprova o **PARECER Nº 19.051/21 da CONSULTORIA-GERAL/ASSESSORIA JURÍDICA E LEGISLATIVA**, de autoria do Procurador do Estado LOURENÇO FLORIANI ORLANDINI, cujas conclusões adota para orientar a **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL**.

Submeta-se o expediente à deliberação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado acerca da conveniência de atribuição de caráter jurídico-normativo ao Parecer, na forma do artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual.

Encaminhem-se os presentes autos à Casa Civil.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, em Porto Alegre.

EDUARDO CUNHA DA COSTA,
Procurador-Geral do Estado.

DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Eduardo Cunha da Costa	07/12/2021 19:00:56 GMT-03:00	96296992068	Assinatura válida

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.



Processo nº 21/1000-0014984-6

PARECER JURÍDICO-NORMATIVO Nº 19.051/21

RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO. INDÍGENAS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÃO N.º 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO POR ATO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

1. A reserva de vagas em concursos públicos configura ação afirmativa que está em conformidade com os princípios constitucionais (ADC 41/DF) e que alcança caráter de política com a qual se comprometeu expressamente a República Brasileira a fim de assegurar o exercício de direitos fundamentais das pessoas sujeitas ao racismo, à discriminação racial e a formas correlatas de intolerância, reforçada pela promulgação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas correlatas de intolerância.

2. Diante do histórico de violação aos direitos dos povos indígenas, os quais se encontram em situação de vulnerabilidade agravada por um longo e conflituoso processo de demarcação das terras indígenas, reputa-se constitucional a reserva de vagas para indígenas no acesso a cargos públicos da Administração Pública estadual.

3. Tendo em vista tendo em vista (i) o conceito de racismo (dimensão social) e o teor do acórdão proferido pelo STF na ADO 26/DF; (ii) os preceitos constitucionais constantes nos artigos 1º, III; 3º, III e IV; 5º, XLI, da Carta Magna; (iii) os compromissos assumidos pela República Brasileira por meio da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho; (iv) a internalização com caráter supralegal da Convenção Interamericana contra o Racismo e o conceito por ela adotado quanto à discriminação racial e intolerância; (v) as conclusões do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF nº 186 e do Parecer PGE nº 15.703; (vi) a competência do Governador do Estado para expedir regulamentos para o fiel cumprimento das leis e dispor sobre a organização da administração estadual, conclui-se que a reserva de vagas para indígenas em concursos públicos do Poder Executivo estadual pode ser estabelecida mediante ato do Governador do Estado, como adequada regulamentação dos preceitos constitucionais e supralegais referidos.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos termos do disposto no artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual, **APROVA o PARECER Nº 19.051/21 da PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO,** atribuindo-lhe **CARÁTER JURÍDICO-NORMATIVO,** com efeitos cogentes para a **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO GOVERNADOR

À Procuradoria-Geral do Estado para adoção das medidas cabíveis.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre.

EDUARDO LEITE,
Governador do Estado.

Registre-se e publique-se.

Eduardo Cunha da Costa,
Procurador-Geral do Estado.

Documento Assinado Digitalmente

DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Eduardo Cunha da Costa	25/10/2021 16:22:25 GMT-03:00	96296992068	Assinatura válida
Eduardo Figueiredo Cavalheiro Leite	25/10/2021 20:23:41 GMT-03:00	01094775029	Assinatura válida

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.