

QUAIS OS LIMITES PARA O USO DE CONCURSOS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS?

WHAT ARE THE LIMITS FOR THE USE OF COMPETITIVE CIVIL-SERVICE EXAMINATIONS AS A DEVICE FOR AFFIRMATIVE ACTIONS?

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP.
ricmarconde@uol.com.br

Recebido em: 23.06.2017

Aprovado em: 26.06.2017

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: Pretende-se, neste estudo, fixar quais os limites à utilização dos concursos públicos como ação afirmativa. A proposta pressupõe o exame da admissibilidade dessa utilização. O concurso não se presta apenas à escolha do melhor candidato. Pode ser utilizado para fomentar, mediante reserva de vagas, o acesso aos integrantes de uma minoria a cargos e a empregos públicos, com o intuito de reduzir a desigualdade entre ela e os demais. Há limites jurídicos a essa utilização: a desequiparação entre os concursandos, inerente à reserva, deve ser compatível com a Constituição; a reserva não pode dispensar o cumprimento das exigências impostas ao exercício funcional; a reserva deve ser proporcional.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa – Concurso público – Reserva de vagas – Limites.

ABSTRACT: This paper is intended to set limits for the use of competitive civil-service examinations as affirmative actions. The proposal assumes the analysis of admissibility of such procedure. Competitive examinations are not intended to merely select the best candidate. They may constitute a means to foster, by reserving a certain number of vacancies, the access to civil service and official positions by individuals belonging to minority groups, for purposes of reducing inequalities between such categories and the others. There are legal limits to such procedure: the inequality between the candidates, inherent to reserved vacancies, must be consistent with constitutional principles and provisions; vacancies reserved must not represent an exemption from due compliance with the requirements for the function; the number of vacancies reserved must be proportional.

KEYWORDS: Affirmative action – Competitive civil – Service examination – Vacancies reserved – Limits.

SUMÁRIO: 1. Breve introdução. 2. Concurso público. 3. Ação afirmativa. 4. Concurso público como instrumento de ações afirmativas. 5. Conteúdo jurídico da igualdade. 6. Primeiro limite: constitucionalidade da desequiparação. 6.1. Quotas impostas por regra constitucional. 6.2. Quotas impostas pela ponderação de princípios constitucionais. 6.3. Quotas impostas pelo legislador. 7. Segundo limite: aptidão para o cargo. 8. Terceiro limite: proporcionalidade. 9. Conclusões. 10. Referências bibliográficas.

1. BREVE INTRODUÇÃO

A pergunta objeto deste estudo me foi apresentada no X Congresso Mineiro de Direito Administrativo, realizado de 29 a 31 de maio de 2017, em Belo Horizonte, sob a presidência do Prof. Eurico Bitencourt Neto. Foi objeto da mesa de debates intitulada “ações afirmativas na licitação e nos concursos públicos”, realizada em 30.05.2017. A enunciação dos limites jurídicos da ação afirmativa nos concursos pressupõe o estudo da admissibilidade da utilização do *concurso público* como instrumento de *ação afirmativa*, e essa admissibilidade exige um breve exame da própria *ação afirmativa*. Antes, ainda, impõe-se uma brevíssima análise do instituto do *concurso público*. É o que passo a fazer.

2. CONCURSO PÚBLICO

A Administração Pública não possui vontade própria. Sua “vontade” é o correto cumprimento do ordenamento jurídico, da Constituição e das leis vigentes¹. Os órgãos públicos, quando agem, fazem-no por meio dos *agentes públicos*, pois só as pessoas físicas possuem vida anímica própria. Logo, a *vontade* dos agentes é imputada ao órgão, de modo que, quando o agente público age, é o próprio órgão que está agindo². Bem compreendida a natureza da atuação do agente público – ele não age como pessoa física, mas como órgão do Estado –, constata-se que a exigência da *impessoalidade*, estabelecida no *caput* do art. 37 da

1. Administração Pública não possui *liberdade* e, pois, autonomia de vontade. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 106-123.

2. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A relação existente entre a vontade dos órgãos e dos agentes, ou até, para nos expressarmos com maior rigor, entre a vontade do Estado e de seus agentes, é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é, precisamente, a peculiaridade da chamada relação orgânica. A vontade do agente é imputada diretamente ao Estado, ou seja, é havida como sendo própria do Estado e não de alguém diferente dele, distinto dele.” (Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, v. 16, p. 30-37, abr.-jun. 1971, p. 34.)

