A MOTIVAÇÃO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS, EM CASO DE INDÍCIOS FUNDADOS DE DÉFICIT DE IDONEIDADE MORAL E REPUTAÇÃO ILIBADA [1]

The Motivation for the Acts of Appointment of Political Agents, in the Case of Founded Indications of a Lack of Good Moral Character and Unblemished Reputation

Hidemberg Alves da FROTA[2]

RESUMO

O presente artigo jurídico primeiro comenta, em breves linhas, o caso Michel JK (Suspensão de Liminar n.º 936/AP) e o caso Simelane (*Democratic Alliance v President of South Africa and Others*), e, em um segundo momento, posiciona-se acerca da controvérsia em torno da nomeação de Ministros de Estado, de Secretários de Estado, de Secretários do Distrito Federal e de Secretários Municipal situados no polo passivo de processos sancionadores e procedimentos investigativos, na seara do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, alicerçado no eixo argumentativo de que, em tais conjunturas, compete à autoridade nomeante, no imo do procedimento de nomeação, exarar ato decisório final e principal, revestido de motivação clara, explícita e congruente sobre todas as questões relevantes, seja aquelas em desfavor da pessoa cogitada para o cargo público respectivo, seja aquelas coligidas pela eventual futura autoridade nomeada, a seu favor, mediante o antecedente exercício da ampla defesa e do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE

Atos de nomeação; idoneidade moral e reputação ilibada; motivação explícita, clara e congruente; direito à ampla defesa.

ABSTRACT

First, this legal article briefly comments on the Michel JK case (Suspension of Preliminary Injunction No. 936/AP) and the Simelane case (Democratic Alliance v President of South Africa and Others). It then analyzes the controversy over the appointment of Ministers of State, State Secretaries, Secretaries of the Federal District and Municipal Secretaries who are the target of punitive processes and investigative procedures in the area of criminal law and administrative punitive law. It is argued that in such situations the appointing authority should make the final and main decision in the appointment procedure with clear, explicit and congruent motivation relating to the alleged unfavorable relevant factors and with respect to the defense´s arguments.

KEYWORDS

Acts of appointment; good moral character and unblemished reputation; explicit, clear and congruent motivation; right to defense.

1 O autor registra o precioso apoio intelectual e material do Prof. Afrânio de Sá durante a pesquisa de que este artigo jurídico é um dos desdobramentos, bem como as sugestões, em relação a artigo jurídico anterior sobre o mesmo eixo temático, ventiladas pela equipe editorial da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA), as quais serviram de inspiração para o estilo de redação deste paper.

2 Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Assessor de Procurador de Justiça. Pós-Graduado (Especialista) em Direito Público: Direito Constitucional e Direito Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). E-mail: alvesdafrota@gmail.com.

SUMÁRIO: *1 Introdução; 2 O caso Michel JK (Suspensão de Liminar n.º 936/AP); 3 O caso Simelane* (Democratic Alliance v President of South Africa and Others); *4 A exigibilidade da motivação dos atos de nomeação dos Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais e Secretários Distritais, quando há fatos públicos e notórios detrimentosos, em tese, à idoneidade moral e à reputação ilibada de tais agentes políticos; 5 A necessidade de assegurar a ampla e prévia defesa da eventual futura autoridade nomeada; 6 Conclusão; Referências.*

1 INTRODUÇÃO

Tendo como substrato a quadra delicada por que passa a sociedade brasileira, de dimensões inéditas na história do País, atravessado simultaneamente por crises de ordem financeira, econômica, social, política e, mormente, ética, adquire relevo a discussão jurídica de uma polêmica recorrente na opinião pública e nos meios de comunicação brasileiros, relativa a uma constante na vida nacional, que é a nomeação, para o desempenho de altos cargos públicos, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, de agentes políticos alvo de processos e procedimentos de apuração de responsabilidade, de âmbito penal e extrapenal.

É possível a nomeação de agentes políticos relativamente aos quais há dúvidas fundadas acerca da sua incolumidade moral? Ao expedir os atos nomeatórios, as autoridades ou órgãos nomeantes necessitam se manifestar a respeito de notícias de supostos fatos detrimentosos à idoneidade moral e à reputação ilibada das autoridades nomeadas? Deve-se franquear à eventual futura autoridade nomeada o prévio exercício da ampla defesa e do contraditório? São esses os questionamentos sobre os quais se debruça este artigo jurídico.

2 O CASO MICHEL JK (Suspensão de Liminar n.º 936/AP)

Em 11 de maio de 2016, nos autos da Suspensão de Liminar n.º 936/AP[3], o Ministro Ricardo Enrique Lewandowski, na qualidade de Presidente do

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.º 936/AP. Decisão do Ministro-Presidente Ricardo Enrique Lewandowski. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n.º 98, p. 40-41, divulgado em 13 de maio de 2016, considerado publicado em 16 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 mai. 2016.

Supremo Tribunal Federal, deferiu o pedido de suspensão da decisão monocrática proferida pela Desembargadora Stella Simonne Ramos, no âmbito da Câmara Única do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, a qual, por sua vez, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000[4], determinara, em 16 de outubro de 2015, ao Tribunal de Contas amapaense, a título de antecipação parcial da tutela recursal, que se abstivesse de dar posse a Michel Houat Harb (mais conhecido na sociedade e na comunidade política amapaenses como Michel JK[5]) no cargo público de Conselheiro daquela Corte de Contas Estadual, até o julgamento do mérito de tal Agravo de Instrumento ou dos autos principais, atinentes à Ação Civil Pública n.º 46361-92.2015.8.03.0001, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Amapá.

Em suas razões de decidir, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou que o Plenário do STF, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 144/DF, em 6 de agosto de 2008, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, "reafirmou sua orientação jurisprudencial no sentido da aplicação do princípio da presunção de inocência à esfera extrapenal"[6], com a finalidade de obstar "a aplicação, pelo Poder Judiciário, de medidas restritivas de direito, em processos penais e não penais, anteriormente ao trânsito em julgado da decisão condenatória"[7], salvo "as exceções constitucionalmente previstas"[8], entendidas, pela Presidência do Pretório Excelso, não aplicáveis ao caso concreto em estudo.

Ainda como fundamento para caracterizar "lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional e jurídico-administrativa"[9], a ensejar a suspensão da antecipação dos efeitos da tutela do Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000/Macapá – TJAP, o Ministro Lewandowski reputou

---

4 AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (Câmara Única). Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000/ Macapá. Decisão monocrática. Relatora: Desembargadora Stella Simonne Ramos. Macapá, 16 de outubro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Macapá, v. 6, n.º 189, n.º 000189/2015, p. 26-28, disponibilizado em 16 de outubro de 2015, considerado publicado em 19 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br>. Acesso em: 22 mai 2016.

5 Ibid., p. 28.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.º 936/AP. Decisão do Ministro-Presidente Ricardo Enrique Lewandowski. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n.º 98, p. 40, divulgado em 13 de maio de 2016, considerado publicado em 16 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 mai. 2016.

7 Ibid., loc. cit.

8 Ibid., p. 41.

9 Ibid., loc. cit.

suficientes, para fins de cumprimento das normas constitucionais de nomeação de membros de Tribunais de Contas divisadas pela Constituição da República[10], a presença, nos autos virtuais da Suspensão de Segurança em comento, de Mensagem do Governador do Estado do Amapá a respeito, encaminhada pelo Poder Executivo do Estado do Amapá à Assembleia Legislativa de tal Unidade Federativa, secundada, entre outros elementos documentais, pelo Decreto Legislativo n.º 0557/2015, por meio do qual o Poder Legislativo amapaense aprovou Michel Houat Harb para integrar aquela Corte Fiscal, assim como pelo Decreto Estadual n.º 4772/2015, por intermédio do qual o Governador do Estado do Amapá nomeou Harb um dos Conselheiros do TCE/AP.

Já a Desembargadora Stella Simonne Ramos, em momento anterior, ao conceder a antecipação dos efeitos da tutela, nos autos do referido Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000, teve em mente, sob o prisma do *fumus boni iuris*, a presença de indícios fundados da ausência de "idoneidade moral e reputação ilibada"[11], requisitos previstos no art. 113, § 1.º, inciso II, da Constituição do Amapá de 1991, correspondente ao art. 73, § 1.º, inciso II, c/c art. 25, *caput*, 2.ª parte, ambos da CF/88[12], levando em conta o agravado figurar no polo passivo de feitos judiciais, de cunho penal e extrapenal, concernentes ao Direito Punitivo do Estado:

1. Na arena do Direito Penal, a Ação Penal n.º 1346-40.2014.8.03.0000, cuja denúncia já havia, então, sido recebida pelo Tribunal Pleno daquela Corte Judiciária, peça acusatória a imputar ao agravado "crimes de peculato, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e formação de quadrilha"[13];

2. Por outro lado, na esfera do Direito Administrativo Sancionador,

10 Requisitos delineados pelo § 1.º, incisos I, II, III, e IV, bem como § 2.º, inciso II, ambos do art. 73 da Constituição Federal de 1988, em referência à nomeação de Ministros do Tribunal de Contas da União (TCU), estendidos aos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados-membros, por força do art. 25, caput, 2.ª parte, também da CF/88, em face do princípio da simetria com o centro e do paralelismo das formas – expressão hasteada por Alexandre Lúcio da Costa. Cf. COSTA, Alexandre Lúcio da. Limites às Comissões Parlamentares de Inquérito municipais e o controle jurisdicional. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 3, n.º 23, jan. 2003, p. 1.761.

11 AMAPÁ. Constituição do Estado do Amapá, promulgada em 20 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/constituicao_estadual_amapa.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2016.

12 AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (Câmara Única). Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000/Macapá. Decisão monocrática. Relatora: Desembargadora Stella Simonne Ramos. Macapá, 16 de outubro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Macapá, v. 6, n.º 189, n.º 000189/2015, p. 28, disponibilizado em 16 de outubro de 2015, considerado publicado em 19 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br>. Acesso em: 22 mai 2016.

13 Ibid., loc. cit.

as Ações de Improbidade Administrativa n.º 51333-42.2014.8.03.0001, n.º 3907-34.2014.8.03.0001 e n.º 13374-08.2012.8.03.0001. Em relação à Ação de Improbidade Administrativa acima referenciada por último, a Desembargadora-Relatora Stella Simonne Ramos acentuou que o recorrido, à época, já se encontrava condenado pelo Juízo de Direito da 6.ª Vara Cível e de Fazenda Pública da Comarca de Macapá.

Em que pese a Desembargadora-Relatora Stella Simonne haver reconhecido que as supracitadas ações judiciais não afastam a presunção de inocência, porque, ao menos naquela ocasião, não transitadas em julgado, ressaltou que o conjunto de tais feitos "tem força satisfatória para, no mínimo, colocar em xeque a idoneidade moral e reputação do cidadão, cujo nome foi indicado e aprovado para o cargo"[14], tendo em mira que "deve ser ocupado por cidadão brasileiro que possua notório zelo pela probidade administrativa"[15], exigência superior àquela destinada aos "servidores públicos em geral"[16].

De outra banda, sob o ângulo do *periculum in mora*, assinalou que a suspensão da posse de Harb, como Conselheiro do TCE/AP, salvaguarda "a eficácia do eventual julgamento do mérito"[17] da Ação Civil Pública n.º 46361-92.2015.8.03.0001.

Por derradeiro, a Desembargadora-Relatora Stella Simonne, "a título de argumentação secundária e inerente a uma reflexão de proporcionalidade no caso concreto"[18], salientou que, se essa medida cautelar "evidenciasse eventual afastamento do princípio da presunção da inocência, tal situação ocorreria em decorrência da preponderância do princípio da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público"[19], conatural ao poder geral de cautela da função jurisdicional.

A circunstância fática da SL 936/AP insere-se em uma problemática maior, questão frequente no cenário político e institucional brasileiro da atualidade, que é a nomeação de agentes políticos, tais quais membros de Tribunais de Contas,

14 Ibid., loc. cit.
15 Ibid., loc. cit.
16 Ibid., loc. cit.
17 Ibid., loc. cit.
18 Ibid., loc. cit.
19 Ibid., loc. cit.

bem como de Ministros de Estado, além de Secretários Estaduais, Distritais e Municipais, implicados em investigações e processos rumorosos, nas searas penal e da improbidade administrativa.

No entanto, em tais conjunturas, em que autoridade ou órgão competente nomeia para cargo público de proeminente estatura hierárquica e relevância institucional agente político em relação ao qual foram suscitadas, por instâncias de controle judicial e/ou administrativo, dúvidas fundadas sobre a sua integridade moral, afigura-se desnecessário o Poder Judiciário pátrio, como *prima ratio* (primeira abordagem interventiva), quer mitigar o princípio da presunção de inocência, quer impor medidas restritivas de direito, uma vez que o primeiro critério de controle externo a ser invocado pelo órgão judiciário competente, mediante provocação, pela parte demandante, é a exigência de que a autoridade nomeante haja se respaldado em motivação explícita, clara e congruente[20] sobre os fatos relevantes de conhecimento público e notório que podem, em tese, em ocasião pretérita ao trânsito em julgado ou à preclusão administrativa do processo ou procedimento de apuração de responsabilidade, descaracterizar a idoneidade moral e a reputação ilibada da autoridade nomeada, as quais, mesmo quando não previstas, de maneira expressa e prévia, como regras para a investidura em (ou exercício de) cargo público situado na cúpula de Poder de Estado ou da Administração Pública, traduzem inafastável incidência do princípio da moralidade, sob a óptica não só da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88), como também da moralidade pública em sentido amplo[21].

Se há fatos relevantes impregnados do potencial de revelar coeficiente deficitário de idoneidade moral e reputação ilibada da futura autoridade estatal a ser nomeada para o desempenho de cargo público posicionado na cúspide do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário ou de órgãos autônomos, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, o dever de transparência

20 Nos casos em que a exigência de motivação explícita, clara e congruente não se encontra prevista em expressa e prévia regra legal do respectivo ente federado (no âmbito federal, art. 50 § 1.º, 1.ª parte, da Lei n.º 9.784, de 29.01.1999, a Lei do Processo Administrativo Federal), aplicam-se tais critérios, a título de incidência direta do princípio da motivação.

21 FROTA, Hidemberg Alves da. O caso Simelane: o controle judicial dos atos de nomeação expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, à luz do critério das considerações relevantes e do princípio da racionalidade. Revista Digital de Direito Administrativo, Ribeirão Preto, v. 3, n.º 2, jul.-dez. 2016. No prelo.

para com a sociedade e o Poder Público, bem como de zelo pelos indisponíveis interesses magnos da coletividade e dos interesses do Estado consectários (àqueles subordinados), conferindo-lhes primazia sobre preferências pessoais, sujeita a autoridade ou o órgão nomeante ao imperativo de considerar, de modo expresso, os elementos fáticos desabonadores noticiados e de se posicionar a respeito, ao menos quando da edição do ato decisório principal e final do procedimento de nomeação, mesmo que ao cabo decida, com espeque em motivação suficiente, nomear a respectiva pessoa natural, por não vislumbrar veracidade, verossimilhança ou plausibilidade nos subsídios fáticos apontados como desfavoráveis à incolumidade moral e à reputação funcional da autoridade nomeada[22].

3 O CASO SIMELANE (*Democratic Alliance v President of South Africa and Others*)

Situação semelhante enfrentou, em 5 de outubro de 2012, a Corte Constitucional da África do Sul no caso Simelane (*Democratic Alliance v President of South Africa and Others*)[23], quando a maioria daquele Tribunal Constitucional, ao aderir ao voto do então *Acting Deputy Chief* Justice, Zak Yacoob[24], confirmou o acórdão lavrado, em 1.º de dezembro de 2011, pela Suprema Corte de Apelação[25], ratificando o entendimento desta, quanto à ausência de *conexão racional* entre a omissão do Presidente da República da África do Sul, Jacob Gedleyihlekisa Zuma, de olvidar conclusões de Comissão de Inquérito do Poder Executivo (Comissão Ginwala) desfavoráveis à conduta funcional e à integridade moral de Menzi Simelane, no tocante ao período em que atuou como Diretor-Geral de Justiça e Desenvolvimento Constitucional do então denominado Ministério da Justiça

22 Ibid., loc. cit.

23 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Democratic Alliance v President of South Africa and Others (CCT 122/11) [2012] ZACC 24; 2012 (12) BCLR 1297 (CC); 2013 (1) SA 248 (CC) (5 October 2012). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2012/24.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

24 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Judges. Justice Zak Yacoob. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicezakYacoob/index1.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

25 ÁFRICA DO SUL. Supreme Court of Appeal. Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa and others (263/11) [2011] ZASCA 241; 2012 (1) SA 417 (SCA); [2012] 1 All SA 243 (SCA); 2012 (3) BCLR 291 (SCA) (1 December 2011). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2011/241.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

e Desenvolvimento Constitucional[26], e a finalidade de nomear pessoa adequada ao cargo de Diretor Nacional de Persecuções Públicas[27] (*National Director of Public Prosecutions – NDPP*), chefe da Autoridade Nacional de Persecuções Públicas (*National Prosecuting Authority – NPA*), órgão estatal sul-africano incumbido da persecução penal[28].

Capitaneado pelo voto de Yacoob, o Tribunal Constitucional da África do Sul frisou a ausência de nexo de racionalidade entre o meio empregado e o propósito almejado pela Presidência da República, porque, embora lícito o fim, mostrou-se inadequado o meio, haja vista que a postura do Chefe do Executivo Nacional sul-africano de ignorar indícios, ainda que preliminares, de desonestidade (atribuídos pela Comissão Ginwala a Simelane e depois corroborados pela Comissão do Serviço Público, que recomendou a instauração de procedimento disciplinar em face daquele) denotou-se plenamente inconsistente com o desiderato de nomear Diretor Nacional de Persecuções Públicas imbuído de comportamento consciencioso e de credibilidade à altura daquele múnus público (§§ 4.º e 85 a 89 do acórdão do caso CCT 122/11[29]).

Esse desenho de Yacoob do princípio da racionalidade aproxima-se do conceito de conexão racional adotado pelo constitucionalista israelense Aharon Barak, em sua concepção tetrapartite do princípio da proporcionalidade (testes da finalidade apropriada, da conexão racional, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* ou balanceamento), ao preconizar violada a conexão racional, entre outras hipóteses, quando "os meios escolhidos lesionam a finalidade"[30] anelada

26 "Em 2014, os Ministérios da Justiça e Desenvolvimento Constitucional e dos Serviços Correcionais foram unificados no Ministério da Justiça e Serviços Correcionais, tornando-se unidades internas suas, a saber, o Departamento de Justiça e Desenvolvimento Constitucional (Department of Justice and Constitutional Development of South Africa – DoJ&CD) e o Departamento dos Serviços Correcionais (Department of Correctional Services – DCS) (WIKIPEDIA, 2015e). Acima do cargo Diretor-Geral do Departamento de Justiça e Desenvolvimento Constitucional, figuravam, na época de Simelane (e ainda figuram), os cargos de Ministro da Justiça e Desenvolvimento Constitucional (hoje Ministro da Justiça e Serviços Correcionais) e Vice-Ministro da Justiça e Desenvolvimento Constitucional (na atualidade, existem, no Ministério da Justiça e Serviços Correcionais, os cargos de Vice-Ministro de Justiça e Desenvolvimento Constitucional e de Vice-Ministro de Serviços Correcionais)." Cf. FROTA, Hidemberg Alves da. Op. cit., loc. cit., grifo original.

27 FROTA, Hidemberg Alves da. Op. cit., loc. cit.

28 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Como se produz um jurista? O modelo sul-africano (Parte 39). Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 10 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-10/direito-comparado-produz-jurista-modelo-sul-africano-parte-39>. Acesso em: 25 mai. 2016.

29 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Democratic Alliance v President of South Africa and Others (CCT 122/11) [2012] ZACC 24; 2012 (12) BCLR 1297 (CC); 2013 (1) SA 248 (CC) (5 October 2012). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2012/24.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

30 BARAK, Aharon. Proportionality: constitutional rights and their limitations. Translated from the Hebrew by Doron Kalir. Cambridge: Cambridge, 2012, p. 305, tradução livre nossa. (Cambridge Studies in Constitutional Law, n.º 2)

pelo legislador, em vez de promovê-la.

Ao aferir a racionalidade ou não da conduta do Chefe do Executivo Nacional da África do Sul, o voto majoritário de Yacoob baseou-se neste teste tripartite (acórdão do caso 122/11, §§ 36 a 37, 39 a 40 e 86 a 89)[31], que assim descrevemos (em outro artigo jurídico de nossa lavra, escrito anteriormente, a respeito de tal julgamento):

> 1. Primeiro, indagou se os fatos ignorados eram *relevantes*. Constatou que, de fato, possuíam relevância, porque, em tese, teriam o condão de evidenciar, mediante, de preferência, o aprofundamento da investigação iniciada pela Comissão do Serviço Público, que Simelane não preenchia os requisitos imanentes ao cargo de Diretor Nacional de Persecuções Públicas.
> 2. Depois, questionou se a desconsideração de questões pertinentes fora usada, pela autoridade estatal, como *meio* para atingir determinado *fim*. Percebeu que o Presidente da República, para preencher o cargo de DNPP, deixou de considerar graves irregularidades noticiadas pela Comissão Ginwala a respeito de Simelane.
> 3. Por último, verificou as *consequências* (a repercussão ou não) da desconsideração de fatos relevantes sobre a validade da decisão executiva impugnada, perquirindo se aquela omissão inquinara, parcial ou integralmente, os atos componentes do procedimento de nomeação (inclusive se acarretara a irracionalidade do ato decisório final). Notou que a desconsideração das irregularidades informadas pela Comissão Ginwala afetou, por completo, o processo decisório, devido à *incoerência* entre o *meio* utilizado (consubstanciado na desconsideração de supostas irregularidades funcionais de monta atribuídas a Simelane pela Comissão Ginwala) e o *fim* a que serve essa potestade do Chefe do Executivo Nacional (presta-se ao desiderato de nomear candidato de perfil apropriado à chefia da Autoridade Nacional Persecutória).[32]

A respeito desse teste triplo de racionalidade, Yacoob se manifestou nestes termos (acórdão do caso 122/11, § 39):

> [39] [...] Existe, portanto, um questionamento em três estágios a ser feito, quando a Corte se depara com uma decisão executiva em que determinados fatores foram ignorados. O primeiro é se os

31 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Democratic Alliance v President of South Africa and Others (CCT 122/11) [2012] ZACC 24; 2012 (12) BCLR 1297 (CC); 2013 (1) SA 248 (CC) (5 October 2012). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2012/24.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

32 FROTA, Hidemberg Alves da. Op. cit., loc. cit., grifo original.

> fatores ignorados são *relevantes*; o segundo requer que consideremos se a falha de levar em conta a matéria em questão (os meios) é *racionalmente* relacionada com o propósito para o qual os poderes foram conferidos; e o terceiro, que emerge apenas se a resposta ao segundo estágio da indagação é negativa, é se a ignorância a fatores relevantes é a da espécie que contamina *todo* o processo com *irracionalidade* e, portanto, torna irracional a decisão *final*.[33]

Antes, no julgamento pela Suprema Corte de Apelação da África do Sul, o *Justice* M S Navsa[34] rutilou que o Presidente Zuma, ao deixar de levar em conta o relatório da Comissão Ginwala, tomou decisão que ignorou considerações relevantes e, assim procedendo, deturpou seus poderes e agiu de modo irracional (§ 112 do acórdão do caso 263/11)[35].

Nesse aspecto, o voto condutor de Navsa, alinhavado no seio da Suprema Corte de Apelação sul-africana, abeberou-se em doutrina desenvolvida no Direito Administrativo do sistema do *common law* relativa às considerações relevantes e irrelevantes ("doctrine of relevant and irrelevant considerations"[36]), a qual pode também ser denominada, em língua portuguesa, de doutrina das questões relevantes, segundo a qual, na síntese do administrativista australiano Peter Cane, os administradores públicos, ao "formularem decisões e normas"[37], "não devem considerar questões irrelevantes ou desconsiderar as relevantes, tendo em vista que"[38] – enfatiza-se –, "caso a matéria relevante fosse considerada ou a irrelevante ignorada, uma decisão ou norma diferente poderia ter sido (mas não necessariamente seria) adotada"[39].

Essa lição doutrinal recorda a parte dispositiva do acórdão do Tribunal

---

33 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Democratic Alliance v President of South Africa and Others (CCT 122/11) [2012] ZACC 24; 2012 (12) BCLR 1297 (CC); 2013 (1) SA 248 (CC) (5 October 2012). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2012/24.html>. Acesso em: 22 dez. 2015, tradução livre nossa, grifo nosso.

34 ÁFRICA DO SUL. Judges of the Supreme Court of Appeal. Navsa, Mahomed Solomon. Disponível em: <http://www.justice.gov.za/sca/judges_cv.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

35 ÁFRICA DO SUL. Supreme Court of Appeal. Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa and others (263/11) [2011] ZASCA 241; 2012 (1) SA 417 (SCA); [2012] 1 All SA 243 (SCA); 2012 (3) BCLR 291 (SCA) (1 December 2011). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2011/241.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

36 WADE, William R.; FORSYTH, Christopher F. Administrative law. 11.th ed. Oxford: Oxford, 2014, p. 339.

37 CANE, Peter. Administrative law. 5.th ed. Oxford: 2011, Oxford, p. 173, tradução livre nossa. (Clarendon Law Series)

38 Ibid., loc. cit., tradução livre nossa.

39 Ibid., loc. cit., tradução livre nossa.

Constitucional da África, ao ponderar que a reapreciação, pelo Presidente Zuma, da candidatura de Simelane a Diretor Nacional de Persecuções Públicas poderia redundar na eventual reiteração da sua nomeação para DNPP, caso o Chefe do Executivo Nacional se mantivesse convencido da adequação daquele para o desempenho das atribuições funcionais de titular da Autoridade Nacional de Persecuções Públicas (§ 90 do acórdão do caso CCT 122/11[40]).

A doutrina das considerações relevantes, concebida no Direito Administrativo de matriz anglo-saxônica, guarda similitude, na dogmática do Direito Processual Civil brasileiro, com o conceito de motivação incompleta esposado por Cândido Rangel Dinamarco, ao enxergá-la como a omissão de questões essenciais e relevantes, é dizer, "pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente"[41].

À doutrina de raiz anglo-saxônica das considerações relevantes e à concepção de Dinamarco de motivação incompleta soma-se a jurisprudência da Justiça Administrativa de Portugal, a atrelar o dever de fundamentação do ato administrativo ao propósito, entre outros, de "assegurar maior ponderação ao órgão decidente"[42], no que se aproxima, ao seu turno, do magistério do administrativista espanhol Juan Luis de la Vallina Velarde, segundo o qual "a exigência de motivação", entre outros efeitos benfazejos, "obriga a Administração [Pública] a meditar sobre o ato a ser emanado"[43].

Ainda que se vislumbrem, porventura, os atos de nomeação de agentes políticos como atos de governo[44], distintos de atos administrativos em sentido

40 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Democratic Alliance v President of South Africa and Others (CCT 122/11) [2012] ZACC 24; 2012 (12) BCLR 1297 (CC); 2013 (1) SA 248 (CC) (5 October 2012). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2012/24.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 263, grifo do autor.

42 PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Secção do Contencioso Administrativo. Processo n.º 01654/02. Recurso Jurisdicional. Relator: Juiz Conselheiro José António de Freitas Carvalho. Lisboa, 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/579830b89b1bca0680256c94004e1f72?OpenDocument&ExpandSection=1>. Acesso em: 23 mai. 2016.

43 VALLINA VELARDE, Juan Luis de La. La motivación del acto administrativo. Madrid: Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1967, p. 76, tradução livre nossa. (Estudios Administrativos, v. 31)

44 Regis Fernandes de Oliveira, ad exemplum, elenca a nomeação de Ministro de Estado como espécie de ato de governo do Presidente da República, porém alerta que os atos de governo "são, para todos os efeitos jurídicos, atos administrativos, destes se distanciando, conceitualmente, por se encontrarem diretamente subordinados à Constituição". Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo. 6.ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 163, 170.

estrito, remanescerá, à luz das cláusulas constitucionais do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da soberania popular (art. 1.º, *caput*, inciso II e parágrafo único, da CF/88), o mister da autoridade nomeante (1) de atuar em harmonia com o interesse comum da sociedade, do Governo e da Administração Pública de que se nomeie indivíduo dotado de idoneidade moral e de reputação ilibada proporcionais ao elevado ministério público do qual se desincumbirá, e de (2) agir, o mandatário, com transparência para com a coletividade e o Poder Público, aclarando os motivos da nomeação de pessoa física envolvida em processos e/ou procedimentos de apuração de responsabilidade (passíveis, em tese, de esvaecer as incolumidades moral e funcional da autoridade nomeada), tendo-se em perspectiva que o Governo, em uma sociedade e um regime democráticos, corresponde, diz a célebre frase de Norberto Bobbio, ao "governo do poder público em público"[45], de sorte que cabe ao Estado, na dicção de Ruy Cirne Lima, assegurar o "conhecimento individual direto, por difusão generalizada, de tudo quanto, ao povo como povo, lhe é ou possa ser pertinente"[46].

Daí se percebe que o princípio da motivação é consectário do princípio da publicidade, quanto ao viés da publicidade-transparência.

Ao discorrer sobre o liame entre publicidade da ação da Administração Pública e transparência estatal, Bruno Miragem vê "como paradigma da ação administrativa sua exposição ao conhecimento público, para acesso de qualquer interessado, como condição, critério para sua legitimidade"[47].

Com efeito, entre as medidas de concretização da publicidade-transparência, Thiago Marrara elenca a motivação "dos atos da Administração de modo claro, objetivo e congruente"[48].

O dever de motivação do ato de nomeação de agentes políticos que se situam no polo passivo de processos administrativos e judiciais de cunho

45 BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10.ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 98. (Pensamento Crítico, v. 63)

46 LIMA, Ruy Cirne. Publicística e publicidade. Revista Jurídica, Porto Alegre, n.º 69, jan.-mar. 1965, p. 5.

47 MIRAGEM, Bruno. A nova Administração Pública e o Direito Administrativo. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 252.

48 MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (Org.). Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. Cap. 14, p. 299.

sancionador e de procedimentos investigativos e de apuração de responsabilidade de cariz penal e extrapenal espelha, pois, o dever de transparência pública, ressonância da soberania popular.

4 A EXIGIBILIDADE DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DOS MINISTROS DE ESTADO, SECRETÁRIOS DE ESTADO, SECRETÁRIOS MUNICIPAIS E SECRETÁRIOS DISTRITAIS, QUANDO HÁ FATOS PÚBLICOS E NOTÓRIOS DETRIMENTOSOS, EM TESE, À IDONEIDADE MORAL E À REPUTAÇÃO ILIBADA DE TAIS AGENTES POLÍTICOS

Apesar do art. 37, inciso II, 2.ª parte, da CF/88, dispensar "de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos" as nomeações para cargos de provimento em comissão declarados "em lei de livre nomeação e exoneração", a ampla liberdade de nomeação para cargos públicos comissionados coexiste com a incumbência de que o governante, mediante motivação explícita, clara e congruente, elucide à sociedade, ao Governo e à Administração Pública os motivos por que nomeou dado indivíduo para o cargo de alto assessoramento de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, Secretário Distrital ou análogo, quando a autoridade nomeada se encontra no polo passivo de processos e procedimentos estatais de conhecimento público e notório ou que não são conhecidos da sociedade em geral, porém deles tem ciência o Chefe do Poder Executivo que expedirá o decreto nomeatório, é dizer, feitos de jaez judicial e extrajudicial ou administrativo, de apuração de responsabilidade relacionados ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, cujo deslinde poderá, eventualmente, desnaturar a idoneidade moral e a reputação ilibada do potencial futuro agente político, assim compreendido como, explica Hely Lopes Meirelles, uma das "*autoridades públicas supremas* do Governo e da Administração na área de sua atuação"[49], artífice, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, da "condução dos

49 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 34.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78, grifo do autor.

destinos da Sociedade"[50], de quem se espera, portanto, grau superlativo de cuidado com a preservação da moralidade e da probidade administrativas, conforme frisou a Desembargadora Stella Simonne Ramos, nos autos do atrás mencionado Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000/Macapá – TJ/AP[51].

Conquanto, em diversas ocasiões, assista razão tanto a Meirelles, ao prelecionar que a investidura política (incluindo-se a que concerne a alto cargo em comissão do Governo) requer somente "a plenitude de seus *direitos políticos*, nos termos da legislação eleitoral"[52], quanto a Bandeira de Mello, ao afirmar que a qualificação dos agentes políticos (inclusive de Ministros e Secretários de Pastas do Poder Executivo) não reside na habilitação profissional nem na aptidão técnica, e sim na "qualidade de cidadãos, membros da *civitas*"[53], a possibilidade jurídica de o governante nomear, como auxiliar imediato (locução empregada por Meirelles e Bandeira de Mello[54]), ou seja, Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, Secretário Distrital ou similar, pessoa natural a responder a processos e procedimentos de apuração de responsabilidade a respeito de possíveis crimes e atos de improbidade administrativas, em virtude de suposta conduta em detrimento, por exemplo, da Administração Pública, da Administração da Justiça, da ordem econômica, da ordem tributária e das finanças públicas, condiciona-se à exposição, no corpo do ato nomeatório, mesmo que de forma sucinta e com remissão (1) ao acervo documental e (2) a manifestações de outros órgãos e agentes públicos a secundarem o decreto de nomeação[55], dos motivos de relevante interesse da sociedade e do Estado que

50 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 252.

51 AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (Câmara Única). Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000/Macapá. Decisão monocrática. Relatora: Desembargadora Stella Simonne Ramos. Macapá, 16 de outubro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Macapá, v. 6, n.º 189, n.º 000189/2015, p. 28, disponibilizado em 16 de outubro de 2015, considerado publicado em 19 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br>. Acesso em: 22 mai 2016.

52 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 83, grifo do autor.

53 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., loc. cit.

54 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 79.

55 Nos casos em que a possibilidade de motivação estribada "em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato" não estiver agasalhada em expressa e prévia regra legal do respectivo ente federado (no âmbito federal, art. 50 § 1.º, 2.ª parte, da apontada Lei n.º 9.784/1999, cujo teor foi, poucas linhas acima, reproduzido), aplica-se a motivação, a título de incidência direta do princípio da motivação. Trata-se de lição consolidada da dogmática brasileira do Direito Administrativo: "A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante." Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 28.ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116.

levaram o Chefe do Poder Executivo a nomear tal agente político para cargo público de tamanha envergadura, declinando os motivos que o conduziram a tomar decisão nesse sentido (parafraseando-se ensinamento de Marçal Justen Filho[56] acerca dos fatos e de sua representação mental na disciplina jurídica do motivo do ato administrativo).

Em tais panoramas fáticos, torna-se, de molde excepcional, exigível a motivação do decreto de nomeação para cargos públicos comissionados de livre nomeação e exoneração, ante o dever de transparência do Chefe do Poder Executivo para com o corpo social e o aparelho estatal, tomando-se por empréstimo o ensino de Rafael Carvalho Rezende Oliveira sobre a motivação do ato administrativo em geral, ao asseverar que a "transparência pública impõe a exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a prática de determinado ato"[57], em consonância com Bandeira de Mello, ao resplender que os cidadãos "têm *o direito* de saber *por que* [o ato administrativo] foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam"[58].

5 A NECESSIDADE DE ASSEGURAR A AMPLA E PRÉVIA DEFESA DA EVENTUAL FUTURA AUTORIDADE NOMEADA

Caso, no curso do procedimento de nomeação de agente político, eclodam notícias de supostos fatos que podem esvaziar ou comprometer a idoneidade moral e a reputação ilibada da pessoa natural cogitada para o respectivo cargo público, é de rigor não só que a decisão final e principal da autoridade ou do órgão nomeante se posicione, de molde explícito, claro e congruente, acerca de tais elementos fáticos, mas também que antes seja dada a oportunidade do indivíduo implicado se manifestar sobre tais circunstâncias fatuais e de apresentar (ou de solicitar a produção de provas) a seu favor, em deferência ao devido processo legal (art. 5.º, inciso LIV, da CF/88), de que são

56 "[...] A motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato. Para ser mais preciso, a motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido." Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10.ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 405.

57 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 276.

58 BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 406, grifo do autor.

corolários a ampla defesa e o contraditório (art. 5.º, inciso LV, da CF/88), seja na esfera judicial, seja na esfera extrajudicial ou administrativa, franqueando-se-lhe os direitos fundamentais e públicos subjetivos de defesa, bem como de influir, de modo legítimo, na qualidade interessado, no processo decisório, de prestar à autoridade competente e à sociedade os esclarecimentos reputados cabíveis e de ter as suas razões de defesa apreciadas, de forma manifesta e coerente, pela autoridade nomeante, para que o Poder Público se acautele contra o fenômeno contemporâneo do chamado "assassinato de reputações"[59], por meio do qual se provoca a máquina do Estado, suscitando-se, da maneira temerária ou com má-fé, ações judiciais, investigações e processos ou procedimentos de caráter sancionador, à vista do intento de converter a apuração de responsabilidade em uma sanção indireta[60], em si mesma, e em um artifício para ocasionar a perda de credibilidade e, por conseguinte, viabilizar o ostracismo político e social de adversários e desafetos.

O direito da eventual futura autoridade nomeada de participar do processo decisório intrínseco ao procedimento de nomeação, exercendo, de forma prévia

59 Elucidativo o conceito de assassinato de reputação planteado por Flavio Farah: "Assassinato de reputação é um conjunto de ações destinadas a destruir a reputação de uma pessoa. Em geral, consiste no exagero, distorção, insinuação ou pura invenção de fatos cujo objetivo é produzir uma imagem falsa da vítima. Para esta última, o processo de assassinato da reputação pode ter como resultado a rejeição pela família e pela respectiva comunidade pessoal e profissional. O assassinato da reputação é difícil de reverter, tornando-se muitas vezes permanente e provocando a morte civil da vítima ou uma situação próxima disso. No Brasil, uma das formas que o assassinato de reputação tem assumido é a divulgação de denúncias envolvendo pessoas públicas ou privadas na prática de atos ilícitos. Essas denúncias podem ser explícitas, contendo uma acusão [rectius: acusação] direta, ou implícitas, contendo apenas insinuações. O que todas essas denúncias têm em comum é o seguinte: a) a acusação ou insinuação consiste na deturpação, distorção ou pura invenção de fatos; b) o denunciante não apresenta provas; c) a denúncia é amplamente noticiada pela imprensa ou tem origem em um órgão da própria imprensa; d) a denúncia tem ampla repercussão. O assassinato de reputação é extremamente grave porque a reputação é um dos bens mais preciosos que um indivíduo possui. Reputação é a imagem pública de uma pessoa. É o que os outros pensam que um indivíduo é. Reputação é uma condição imprescindível para que alguém seja aceito em um grupo social ou profissional e nele permaneça. Por esse motivo, possuir uma boa reputação é condição indispensável à sobrevivência da pessoa. A perda da reputação pode acarretar a morte civil do indivíduo." Cf. FARAH, Flavio. A morte civil dos brasileiros. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 14, n.º 2.285, 3 out. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13613>. Acesso em: 26 mai. 2016.

60 Fábio Medina Osório, em entrevista à Revista Consultor Jurídico, atenta para as circunstâncias emblemáticas em que o ajuizamento e a tramitação de ações de improbidade administrativa convolam-se em punições autônomas, devido aos abalos emocional e moral, bem assim aos custos financeiros acarretados à parte demandada: "A ação de improbidade administrativa tem que ser muito mais amadurecida, principalmente pelas instituições fiscalizadoras, fortalecendo os mecanismos investigativos com investigações idôneas. Talvez devêssemos nos inspirar na cultura anglo-saxônica. Quando se propõe uma ação como essa, ela tem que ser absolutamente plausível, consistente, que tenha uma perspectiva de êxito. Nossa cultura não é assim. No Brasil a cultura é de ajuizar a ação e ver no que dá. Mas o processo já é uma pena autônoma, é uma pena tremenda, porque gera efeitos aflitivos, custos enormes para as partes, danos morais e a mácula da improbidade. Aliás, o processo como penalidade autônoma parece ser uma alternativa eleita por vários fiscalizadores, uma forma de escapar ao rigor do judiciário no controle das garantias. A mentalidade talvez seja a seguinte: já que no judiciário não se consegue condenar a qualquer custo, melhor começar a punir através do processo." Cf. HAIDAR, Rodrigo. Remédio errado: "Ação de improbidade administrativa tem se prestado a abusos". Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 23 jan. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-23/entrevista-fabio-medina-osorio-especialista-direito-administrativo>. Acesso em: 26 mai. 2016.

à decisão final e principal, o direito à ampla defesa e ao contraditório e, de outra banda, o direito de terceiros de suscitarem, durante o procedimento nomeatório, antes do ato decisório derradeiro e precípuo, fatos que possam evidenciar ou corroborar a suposta falta de idoneidade moral e de reputação ilibada daquela pessoa natural cotada para o cargo público correspondente são reflexos do que se nomina, no Direito Administrativo do sistema do *common law*, de (1) princípio *audi alteram partem* (baseado na premissa de que, parafraseando-se a administrativista sul-africana Cora Hoexter, o apropriado exercício da discricionariedade ou a realização de escolhas, condicionada à moldura do ordenamento jurídico, depende da possibilidade de a autoridade decidente ter o pleno conhecimento dos fatos e das possíveis alternativas de que dispõem[61]) e (2) de uma das suas mais significativas facetas, a justiça procedimental (*procedural fairness*, cuja ênfase repousa, de acordo com Hoexter, em propiciar "às pessoas a oportunidade de participarem das decisões que irão afetá-las e – de modo decisivo – a chance de influírem no resultado dessas decisões"[62]).

Na Corte Constitucional da África do Sul, é digno de nota, no caso Masetlha (*Constitutional Court. Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another*), julgado em 3 de outubro de 2007, o voto minoritário, ao qual aderiu o Justice Tholakele "Tholie" Hope Madala[63], expendido pelo então *Justice* e futuro *Chief Justice* Sandile Ngcobo[64], que, em homenagem à *procedural fairness* e ao *rule of law*, julgou irracional o então Presidente da República, Thabo Mvuyelwa Mbeki[65], encerrar prematuramente (abreviar), por quebra de confiança, o mandato de Billy Lesedi Masetlha, como Diretor-Geral da antiga[66] Agência Nacional de Inteligência,

61 "The proper exercise of discretion or choice depends on the decision-maker´s being fully apprised of the facts and the possible alternatives." Cf. HOEXTER, Cora. Administrative law in South Africa. 2.nd ed. Claremont: JUTA, 2013, p. 362.

62 Ibid., p. 363, tradução livre nossa.

63 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Judges. Justice Tholie Madala. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/text/judges/former/justicetolemadala/1.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

64 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Judges. Chief Justice Sandile Ngcobo. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicesandilengcobo/index1.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

65 SOUTH AFRICAN HISTORY ONLINE. Thabo Mvuyelwa Mbeki. Disponível em: <http://www.sahistory.org.za/people/thabo-mvuyelwa-mbeki>. Acesso em: 28 mai. 2016.

66 JORDAN, Will. Inside the battle for intelligence in South Africa. Analysis: Leaks reflect fight for soul of country's spy agencies, accused of being out of control and in need of reform. Spy cables. Al Jazeera, Doha, 24 Feb. 2015. Disponível em: <http://www.aljazeera.com/blogs/africa/2015/02/battle-intelligence-south-africa-ssa-spy-cables-guardian-security-150224170928946.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

sem haver dado a Masetlha "a oportunidade de corrigir ou controverter qualquer informação prejudicial"[67] à atuação funcional de tal agente político, relacionada a notícias de ilegal monitoramento, pela indigitada Agência, do empresário Sakumzi (Saki) Justice Macozoma[68], realçando, o voto vencido de Ngcobo, que não havia situação de urgência que justificasse a ausência da prévia oitiva daquela autoridade (acórdão do caso CCT 01/07, §§ 9 e 206[69]).

Ncogo sublinhou que a autoridade decidente, ao proporcionar a si mesma a oportunidade de ouvir o "indivíduo a ser afetado pela decisão"[70], atenua o risco de arbitrariedade, na medida em que permite a si própria decidir "após considerar todos os fatos e circunstâncias relevantes"[71] (acórdão do caso CCT 01/07, § 184[72]).

O dever da autoridade competente de motivar o seu ato decisório imbrica-se ao direito à devida motivação, visto, pelo Tribunal Constitucional do Peru, como garantia fundamental conferida a quem será atingido pela respectiva decisão estatal, quando "se afeta de maneira negativa a esfera ou a situação jurídica das pessoas"[73], tendo-se em mente que "toda decisão que careça de uma motivação adequada, suficiente e congruente constituirá uma decisão arbitrária e, em consequência, será inconstitucional"[74], assentou a Corte Constitucional peruana no julgamento do Expediente n.º 03891-2011-PA/TC, ao dilucidar que, em "todo Estado Constitucional e Democrático de Direito, a motivação devida das decisões dos entes públicos – seja ou não de caráter jurisdicional – é um direito fundamental que faz parte do conteúdo essencial do direito à tutela

67 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another (CCT 01/07) [2007] ZACC 20; 2008 (1) SA 566 (CC); 2008 (1) BCLR 1 (3 October 2007). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/20.html>. Acesso em: 22 dez. 2015, tradução livre nossa.

68 SOUTH AFRICAN HISTORY ONLINE. Sakumzi (Saki) Justice Macozoma. Disponível em: <http://www.sahistory.org.za/people/sakumzi-saki-justice-macozoma>. Acesso em: 28 mai. 2016.

69 ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another (CCT 01/07) [2007] ZACC 20; 2008 (1) SA 566 (CC); 2008 (1) BCLR 1 (3 October 2007). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/20.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

70 Ibid., loc. cit., tradução livre nossa.

71 Ibid., loc. cit., tradução livre nossa.

72 Ibid., loc. cit.

73 PERU. Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional). Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n.º 03891-2011-PA/TC. Lima, 16 de enero de 2012. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>. Acesso em: 26 mai. 2016, tradução livre nossa.

74 Ibid., loc. cit., tradução livre nossa.

processual efetiva"[75] (fundamento n.º 16 do acórdão).

"As decisões administrativas também devem corresponder ao princípio da congruência"[76], alumia Fábio Medina Osório, vale dizer, "devem aquilatar, acolhendo ou rejeitando, as teses fundamentais das partes, sob pena de arbitrariedade"[77].

Nessa toada, Egon Bockmann Moreira, ao versar sobre a congruência interna do ato administrativo decisório, adverte: "Não basta um provimento congruente em si mesmo, mas alheio ao processo."[78] Advoga "uma relação harmônica, lógica e razoável" tetrapartite, é dizer, (1) "entre os fatos que deram origem ao processo"[79], (2) "os requerimentos deduzidos pelos interessados (deferidos ou não)"[80], (3) "as provas produzidas"[81] e (4) "o fundamento jurídico da decisão"[82].

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, ao grifarem que o direito de defesa alcança não só os processos administrativos sancionadores, mas também os "procedimentos investigatórios ou de averiguação"[83], ilustrados pelas sindicâncias preparatórias de processos administrativos disciplinares, pelos inquéritos policiais e pelos inquéritos civis, reflexionam que "o simples fato de ser o administrado (ou o servidor) alvo de apurações de pronto o coloca em situação faticamente desfavorável, até porque"[84] – destaca-se – "não se justifica investigar a conduta de alguém se aprioristicamente é ela reputada correta"[85], resplandecendo que, desde a gênese de tais processos e procedimentos, "os servidores ou administrados 'suspeitos' passam a ser expostos à crítica de seus colegas e conhecidos (do trabalho, da família, do círculo social que frequentam etc.)"[86].

Dessarte, no tocante ao ato de nomeação de potencial futuro agente político em relação ao qual, por acaso, pairem dúvidas fundadas sobre sua integridade moral, a motivação do decreto nomeatório, para que seja suficiente

---

75 Ibid., loc. cit., tradução livre nossa.

76 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 435.

77 Ibid., loc. cit.

78 MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 355.

79 Ibid., loc. cit.

80 Ibid., loc. cit.

81 Ibid., loc. cit.

82 Ibid., loc. cit.

83 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 203.

84 Ibid., loc. cit.

85 Ibid., loc. cit.

86 Ibid., loc. cit.

e completa, prevenindo sua eventual ulterior anulação pelo Poder Judiciário, deve encerrar posicionamento explícito, claro e congruente relativamente quer às possíveis questões relevantes levadas à ciência da autoridade ou do órgão nomeante ou de conhecimento público e notório que podem depor contra a idoneidade moral e a reputação ilibada da autoridade nomeada, quer às razões de defesa e ao conjunto probatório que esta trouxe a lume, vedando-se a motivação seletiva ou evasiva (adstrita a indicar as razões e os fundamentos fático-jurídicos que somente abarcam, de maneira parcial, as peculiaridades do caso concreto respectivo, direcionada tão só a confirmar uma inferência preexistente ou um juízo de valor preconcebido).

Cumpre abraçar a ensinança do administrativista português Marcello Caetano, que descreve a motivação congruente como aquela em que "os motivos devem aparecer como premissas de onde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão"[87], assim como a preleção de Wallace Paiva Martins Júnior, segundo o qual a "motivação adequada ou suficiente"[88] reporta-se ao "dever de avaliação e ponderação das perspectivas"[89] dos interesses em jogo, ou seja, "de todos os interesses envolvidos na ação administrativa"[90], bem como "dos resultados da instrução e dos reflexos da decisão"[91].

6 CONCLUSÃO

A motivação explícita, clara e congruente dos atos decisórios deve ser requisito comum, ínsito a uma sociedade e a um regime democráticos, das decisões estatais aviadas pelo Governo, pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, de maior densidade jurídica nas situações em que se pretende nomear agente político em relação ao qual estão em curso processos e procedimentos estatais de apuração de responsabilidade cujo desfecho poderá fragilizar ou esvaziar a idoneidade moral e a reputação ilibada da eventual futura autoridade nomeada.

87 CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo: introdução – organização administrativa – actos e contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. 1, p. 435, citação adaptada à ortografia brasileira vigente.

88 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303.

89 Ibid., loc. cit.

90 Ibid., loc. cit.

91 Ibid., loc. cit.

É preciso aperfeiçoar os procedimentos de nomeação de altas autoridades do Governo, da Administração Pública e dos órgãos constitucionais autônomos, a fim de que os atos nomeatórios contemplem a devida motivação acerca de supostos fatos relevantes contrários, em tese, à integridade moral daqueles que se encontram na iminência de se desincumbirem, na intimidade do Poder Público, de elevadas atribuições funcionais, sem convolar esse procedimento de controle interno e preventivo em um meio de favorecer o assassinato de reputação e outras estratégias veladas de perseguição, de assédio moral, de desconstrução de carreiras e de projetos de vida, de que resulta a exigência de pronunciamento explícito, claro e congruente da autoridade ou do órgão nomeante nomeante também sobre as razões de defesa da possível autoridade nomeada e os elementos probatórios a seu favor.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Democratic Alliance v President of South Africa and Others (CCT 122/11) [2012] ZACC 24; 2012 (12) BCLR 1297 (CC); 2013 (1) SA 248 (CC) (5 October 2012). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2012/24.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Judges. Chief Justice Sandile Ngcobo. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicesandilengcobo/index1.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Judges. Justice Tholie Madala. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/text/judges/former/justicetolemadala/1.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Judges. Justice Zak Yacoob. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/justicezakYacoob/index1.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another (CCT 01/07) [2007] ZACC 20; 2008 (1) SA 566 (CC); 2008 (1) BCLR 1 (3 October 2007). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/20.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

ÁFRICA DO SUL. Judges of the Supreme Court of Appeal. Navsa, Mahomed Solomon. Disponível em: <http://www.justice.gov.za/sca/judges_cv.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.
ÁFRICA DO SUL. Supreme Court of Appeal. Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa and others (263/11) [2011] ZASCA 241; 2012 (1) SA 417 (SCA); [2012] 1 All SA 243 (SCA); 2012 (3) BCLR 291 (SCA) (1 December 2011). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2011/241.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.
AMAPÁ. Constituição do Estado do Amapá, promulgada em 20 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/constituicao_estadual_amapa.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2016.
AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (Câmara Única). Agravo de Instrumento n.º 0001613-75.2015.8.03.0000/Macapá. Decisão monocrática. Relatora: Desembargadora Stella Simonne Ramos. Macapá, 16 de outubro de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Macapá, v. 6, n.º 189, n.º 000189/2015, p. 26-28, disponibilizado em 16 de outubro de 2015, considerado publicado em 19 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br>. Acesso em: 22 mai 2016.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
BARAK, Aharon. *Proportionality*: constitutional rights and their limitations. Translated from the Hebrew by Doron Kalir. Cambridge: Cambridge, 2012. (Cambridge Studies in Constitutional Law, n.º 2)
BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10.ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. (Pensamento Crítico, v. 63)
BRASIL. Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2016.
BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29.01.1999, a Lei do Processo Administrativo Federal. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 mai. 2016.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.º 936/AP. Deci-

são do Ministro-Presidente Ricardo Enrique Lewandowski. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n.º 98, p. 40-41, divulgado em 13 de maio de 2016, considerado publicado em 16 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 mai. 2016.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo:* introdução – organização administrativa – actos e contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. 1.

CANE, Peter. *Administrative law*. 5.th ed. Oxford: 2011, Oxford. (Clarendon Law Series)

COSTA, Alexandre Lúcio da. Limites às Comissões Parlamentares de Inquérito municipais e o controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 3, n.º 23, p. 1.754-1.768, jan. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 28.ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

FARAH, Flavio. A morte civil dos brasileiros. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 14, n.º 2.285, 3 out. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13613>. Acesso em: 26 mai. 2016.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FROTA, Hidemberg Alves da. O caso Simelane: o controle judicial dos atos de nomeação expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, à luz do critério das considerações relevantes e do princípio da racionalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 3, n.º 2, jul.-dez. 2016. No prelo.

HAIDAR, Rodrigo. Remédio errado: "Ação de improbidade administrativa tem se prestado a abusos". *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 jan. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-23/entrevista-fabio-medina--osorio-especialista-direito-administrativo>. Acesso em: 26 mai. 2016.

HOEXTER, Cora. *Administrative law in South Africa*. 2.nd ed. Claremont: JUTA, 2013.

JORDAN, Will. Inside the battle for intelligence in South Africa. Analysis:

Leaks reflect fight for soul of country's spy agencies, accused of being out of control and in need of reform. Spy cables. Al Jazeera, Doha, 24 Feb. 2015. Disponível em: <http://www.aljazeera.com/blogs/africa/2015/02/battle-intelligence-south-africa-ssa-spy-cables-guardian-security-150224170928946.html>. Acesso em: 22 dez. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 10.ª ed. São Paulo: RT, 2014.

LIMA, Ruy Cirne. Publicística e publicidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.º 69, p. 5-7, jan.-mar. 1965.

MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (Org.). Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. Cap. 14, p. 280-300.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa:* publicidade, motivação e participação popular. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro.* 34.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito Administrativo.* 2.ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo:* princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo.* 6.ª ed. São Paulo: RT, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* 4.ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PERU. Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional). Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n.º 03891-2011-PA/TC. Lima, 16 de enero de 2012. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>. Acesso em: 26 mai. 2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Secção do Contencioso Ad-

ministrativo. Processo n.º 01654/02. Recurso Jurisdicional. Relator: Juiz Conselheiro José de António Freitas Carvalho. Lisboa, 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/579830b89b1bca0680256c94004e1f72?OpenDocument&ExpandSection=1>. Acesso em: 23 mai. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Como se produz um jurista? O modelo sul-africano (Parte 39). *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-10/direito-comparado-produz-jurista-modelo-sul-africano-parte-39>. Acesso em: 25 mai. 2016.

SOUTH AFRICAN HISTORY ONLINE. Sakumzi (Saki) Justice Macozoma. Disponível em: <http://www.sahistory.org.za/people/sakumzi-saki-justice--macozoma>. Acesso em: 28 mai. 2016.

SOUTH AFRICAN HISTORY ONLINE. Thabo Mvuyelwa Mbeki. Disponível em: <http://www.sahistory.org.za/people/thabo-mvuyelwa-mbeki>. Acesso em: 28 mai. 2016.

VALLINA VELARDE, Juan Luis de La. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1967. (Estudios Administrativos, v. 31)

WADE, William R.; FORSYTH, Christopher F. *Administrative law*. 11.th ed. Oxford: Oxford, 2014.

Recebido em: 30/05/2016
Aprovado em: 25/06/2016