



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11080.900067/2014-23
ACÓRDÃO	9303-016.573 – CSRF/3ª TURMA
SESSÃO DE	20 de fevereiro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	GERDAU ACOS ESPECIAIS S.A.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/03/2010 a 31/03/2010

DECISÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, quando, no curso do contencioso administrativo, resta evidente que o sujeito passivo compreendeu plenamente as razões para a negativa de sua pretensão e trouxe argumentos e documentos buscando comprovar suas alegações.

Compulsando as peças recursais, desde a impugnação, observa-se que há completa argumentação contra os motivos de não reconhecimento do crédito pretendido, assim como apresentação de documentação para a demonstração de sua certeza e liquidez.

Eventual vício de motivação de despacho decisório só poderia implicar sua nulidade se, no caso concreto, tivesse sido evidenciado efetivo cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, para, no mérito, por maioria de votos, dar-lhe parcial provimento, cabendo à unidade de origem analisar a liquidez e certeza do direito creditório, tendo em conta a DCTF retificadora apresentada. Vencida a Conselheira Tatiana Josefovicz Belisario (relatora), que votou pela negativa de provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Vinícius Guimarães.

Assinado Digitalmente

Tatiana Josefovicz Belisário – Relatora

Assinado Digitalmente

Vinícius Guimarães – Redator Designado

Assinado Digitalmente

Régis Xavier Holanda – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Rosaldo Trevisan, Semíramis de Oliveira Duro, Vinícius Guimarães, Tatiana Josefovicz Belisário, Dionísio Carvallhedo Barbosa, Alexandre Freitas Costa, Denise Madalena Green e Régis Xavier Holanda (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial apresentado pela Procuradoria da Fazenda Nacional em face do Acórdão nº **3302-010.302**, de 26 de janeiro de 2021, que, ao julgar Recurso Voluntário do contribuinte, decidiu, por maioria de votos, pelo provimento total, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/2010 a 31/03/2010

CERCEAMENTO DE DEFESA. DESPACHO DECISÓRIO NULO.

Acarreta nulidade, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, o despacho decisório que não contém a motivação que fundamentou o indeferimento do pleito.

A discussão travada diz respeito a Despacho Decisório proferido para indeferir pedido de restituição de crédito de Cofins recolhida a maior, com a consequente não homologação das compensações vinculadas.

O indeferimento se deu pela alegação de “inexistência do crédito informado, em virtude de o pagamento do qual seria oriundo o aludido crédito já ter sido integralmente utilizado para quitar o débito da própria contribuição referente ao mês de 01/2010”.

Apresentada manifestação de Inconformidade pelo Contribuinte, a DRJ houve por bem:

CONSIDERAR IMPROCEDENTE o Despacho Decisório recorrido, em virtude da inexistência da motivação que fundamentou o indeferimento do pleito do sujeito passivo, devendo o presente processo ser restituído à unidade de origem para

apreciação da documentação apresentada, e, com base na análise efetuada, ser proferido novo Despacho Decisório; e INDEFERIR o pedido de apreciação da documentação apresentada.

A decisão de primeira instância foi assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/01/2010

DCOMP. NÃO HOMOLOGAÇÃO. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. DESPACHO DECISÓRIO. IMPROCEDÊNCIA.

É improcedente o Despacho Decisório que não homologou a compensação declarada em Dcomp, tendo como fundamentação motivação inexistente.

DIREITO CREDITÓRIO. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA APRESENTADA COM A MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. APRECIAÇÃO. COMPETÊNCIA.

Compete à Delegacia da Receita Federal que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo apreciar, originariamente, a documentação comprobatória do direito creditório, apresentada por ocasião da manifestação de inconformidade, relativamente a qual não houve instauração de litígio.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte Aguardando Nova Decisão

O Contribuinte interpôs Recurso Voluntário a este CARF requerendo da declaração de nulidade absoluta do Despacho Decisório, ou seja, com a impossibilidade de retorno dos autos à Delegacia Fiscal de origem para apreciação da documentação apresentada.

A Turma Julgadora a quo, deste CARF, em decisão proferida por maioria, acatou o pleito recursal e declarou nulo o Despacho decisório, sem possibilidade de saneamento.

Foi interposto Recurso Especial pela Fazenda Nacional apontando divergência jurisprudencial quanto à necessidade de retorno dos autos à unidade de origem para reapreciação do pedido de compensação diante da DCTF retificadora, quando declarada a nulidade do Despacho Decisório anterior por carência de motivação, indicando como paradigmas os acórdãos nº 1302-005.013 e 3801001.609.

O Recurso Especial foi admitido em despacho.

Em contrarrazões o Contribuinte postula pelo não provimento do Recurso especial, sem se manifestar quanto à admissibilidade.

Não houve apresentação de Recurso especial pelo Contribuinte.

Os autos foram a mim distribuídos por sorteio.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Tatiana Josefovicz Belisário**, Relatora

I. Admissibilidade

Inicialmente, afasto como paradigma o Acórdão nº 3801-001.609, posto que o contexto fático nele examinado é absolutamente distinto do presente. Nele a discussão abrangeu Despacho Decisório de controle manual (e não despacho decisório eletrônico, como nos presentes autos) e a discussão dizia respeito à análise de documentos apresentados pelo contribuinte antes da prolação do Despacho Decisório, sem qualquer relação com a retificação de declarações pelo contribuinte. Embora a solução jurídica dada (declaração de nulidade do ato com retorno dos autos para reanálise) tenha sido exatamente aquela pretendida pelo Recorrente, as razões das declarações de nulidade são distintas, sendo que estas interferem no alcance / efeitos da declaração ora pretendida.

Já o Acórdão Paradigma nº 1302-005.013 apresenta mesmo contexto fático: Envio de PERDCOMP, seguido de retificação da DCTF, com a emissão de Despacho Decisório Eletrônico posteriormente à declaração retificadora, considerando apenas as informações originariamente prestadas.

	Recorrido	Paradigma 1302-005.013
PERDCOMP	15/08/2013	30/06/2009
DCTF Retificadora	23/07/2013	16/07/2009
DD Emissão	07/02/2014	23/10/2009
Nulidade	Inexistência de motivação. Artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235, de 1972	Vício de Motivação. Artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235, de 1972
Solução	Nulidade de todo Processo com a prolação de novo Despacho Decisório. “ouço (<i>sic</i>) discordar da solução proposta no voto vencido, posto que a inexistência de motivação que fundamentou o indeferimento do pleito da interessada é causa de nulidade do despacho decisório, por preterição do direito de defesa e, não de saneamento do processo”	Nulidade do Despacho Decisório e dos atos subsequentes. Saneamento “DOU PROVIMENTO PARCIAL para declarar a nulidade do despacho decisório, e determinar a devolução dos autos à unidade de origem para que reaprecie o pedido de compensação por meio da análise da DCOMP retificadora”

Os demais requisitos também se encontram devidamente preenchidos, como se extrai do Despacho de Admissibilidade proferido.

Desse modo, o Recurso Especial deve ser conhecido.

II. Mérito

O contexto fático debatido nos autos se assenta em definir se, em Despacho Decisório proferido desconsiderando a apresentação de DCTF retificadora apresentada antes da prolação do despacho é hipótese de vício sanável – com retorno dos autos à origem – ou de vício insanável, nulidade, com o cancelamento de todos os atos de cobrança.

É incontroverso nos autos que o despacho decisório proferido, desconsiderando DCTF retificadora transmitida pelo contribuinte anteriormente à data de emissão, constitui ato nulo por vício de motivação.

Veja-se ementa do Acórdão de manifestação de inconformidade, que não desafiou a interposição de Recurso de Ofício:

DCOMP. NÃO HOMOLOGAÇÃO. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. DESPACHO DECISÓRIO. IMPROCEDÊNCIA.

É improcedente o Despacho Decisório que não homologou a compensação declarada em Dcomp, tendo como fundamentação motivação inexistente.

O voto condutor do acórdão recorrido – não unânime –, ao analisar recurso Voluntário do Contribuinte, assentou que a nulidade declarada, por acarretar preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, II do Decreto nº 70.235/72, não admite saneamento. Acresce que o art. 60 do PAF expressamente exclui da possibilidade de saneamento as causas de nulidade estabelecidas no art. 59.

Transcrevo os dispositivos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará

nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.(Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

A Fazenda Nacional, em seu Recurso Especial, alega que os efeitos da declaração de nulidade do ato administrativo deve sempre privilegiar a “preservação dos atos já praticados, em consonância com os mais modernos princípios de economia e celeridade processual”, o que justifica, assim, a determinação de saneamento do vício pela Autoridade lançadora:

Inobstante a previsão expressa dos casos de nulidade, o citado Decreto privilegia a preservação dos atos já praticados, em consonância com os mais modernos princípios de economia e celeridade processual.

Sendo assim, não há razão para anular os atos que não tenham sido resultado do ato declarado nulo. É nesse sentido que o legislador, nas disposições concernentes ao processo administrativo, determina que a autoridade, ao declarar a nulidade, especifique os atos por ela atingidos e determine as providências necessárias ao prosseguimento regular do processo.

Adiante, em seu Recurso, passa a discorrer sobre a impossibilidade de se afastar a homologação tácita da compensação declarada pelo contribuinte, posto que “o Fisco não deixou transcorrer, sem manifestação, o prazo do art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96, proferindo despacho decisório sobre a DCOMP apresentada. Esta decisão produziu efeitos jurídicos, dentre os quais se pode destacar a interrupção do prazo previsto no art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96” e defende, portanto, que “até mesmo nas hipóteses em o lançamento é desconstituído por vício formal em razão de deficiência na motivação, o Fisco tem o prazo de cinco anos, contado da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado o lançamento, para refazer a autuação”.

Ocorre que essa segunda parte do Recurso apresentado (interrupção do prazo prescricional) não pode ser examinada por esta Turma Julgadora, posto que não foi objeto de julgamento (ou sequer análise) pela Turma *a quo*, tampouco objeto de Embargos de Declaração. Assinalo que sequer o Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial examinou a existência de qualquer demonstração de divergência nesse aspecto

Logo, a delimitação da lide posta impõe exclusivamente a análise acerca das consequências da declaração de nulidade do despacho decisório na hipótese em que este desconsidera a anterior transmissão de DCTF retificadora, considerada esta deficiência um vício de motivação que implica na preterição do direito de defesa do contribuinte.

Pois bem.

É incontroverso nos presentes autos que o Despacho Decisório foi proferido de forma equivocada.

O acórdão de primeira instância concluiu:

CONSIDERAR IMPROCEDENTE o Despacho Decisório recorrido, em virtude da inexistência da motivação que fundamentou o indeferimento do pleito da interessada, devendo o presente processo ser restituído à unidade de origem, para apreciação da documentação apresentada, e, com base na análise efetuada, ser proferido novo Despacho Decisório; e

Há que se advertir que o ato de lançamento tributário (assim como o despacho decisório, a ele equiparado), é, antes de mais nada, um ato administrativo, assim entendido, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como uma “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público”.

A “motivação”, consoante doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles¹, é requisito obrigatório do ato administrativo vinculado e consiste na “exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato”, e tem previsão legal no caput do art. 50 da Lei nº 9.784/99².

A ausência de motivação, como dito, elemento essencial do ato administrativo vinculado, assim entendida também a indicação de motivo inexistente (no caso, indicação de uma DCTF inexistente, posto que substituída) constitui hipótese de nulidade do ato. Ainda na lição de Hely Lopes Meirelles³, “anulação é a invalidação por motivo de ilegalidade do ato administrativo”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, ao tratar dos vícios quanto ao motivo do ato administrativo, cita a Lei nº 4.717/65, que diz que a inexistência dos motivos ocorre “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” (art. 2º, Parágrafo único, alínea ‘d’) e estabelece, como consequência, um “ato nulo”. Citando extensa doutrina, conclui, exatamente, que os atos nulos são aqueles que violam regras fundamentais, como a ausência de motivação.

Passando à análise do instituto da convalidação, prevista no art. 55 da Lei nº 9.784/99⁵, sustenta a Doutrinadora que “o objeto ou o conteúdo ilegal não pode ser objeto de convalidação”⁶.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 34ª Ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.p. 156

² Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

³ Op. Cit..p. 156/211

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 223

⁵ Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

⁶ Op cit p. 229.

Vale salientar que a doutrina administrativista não é unânime quanto à existência de atos administrativos anuláveis, portanto, passíveis de saneamento ou convalidação. Para Hely Lopes Meirelles, não existe ato administrativo anulável, mas, apenas, ato nulo (teoria monista). Uma vez estabelecido que se trata de um ato nulo, passa-se perquirir acerca dos efeitos dessa declaração:

"Como regra geral, os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato, tendo em vista que o ato nulo não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação."

Prossegue:

No entanto, por força do princípio da segurança jurídica e da boa-fé do administrado, ou do servidor público, em casos excepcionais a anulação pode ter efeitos ex nunc, ou seja, a partir dela."

Para essa doutrina, o ato administrativo nulo é inexistente. A exceção admitida não diz respeito à possibilidade de convalidação do ato, mas, apenas, à possibilidade de se admitir a preservação dos efeitos do ato nulo exclusivamente em garantia de direitos do administrado – e não da própria Administração Pública. Isso em razão da "impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa"

De outra forma, a teoria dualista admite a existência do ato administrativo anulável, tomando por empréstimo a teoria civilista. Essa segunda corrente é representada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e por José dos Santos Carvalho Filho.

Mesmo assim, alerta o doutrinador:

Permitimo-nos perfilar a doutrina dualista, embora não possamos deixar de assinalar um aspecto que nos parece fundamental. É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável. Sem dúvida é o interesse público que rege os atos administrativos, e tais interesses são indisponíveis como regra. Apenas quando não houver reflexo dos efeitos do ato viciado na esfera jurídica de terceiros é que se poderá admitir seja convalidado; a não ser assim, forçoso seria aceitar que a invalidade possa produzir efeitos válidos⁷.

Admitindo, portanto, a convalidação em situações excepcionais, pontua o autor:

A convalidação (também denominada por alguns autores de aperfeiçoamento ou sanatória) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. P. 157

administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. Só é admissível o instituto da convalidação para a doutrina dualista, que aceita possam os atos administrativos ser nulos ou anuláveis.

(...)

Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos. Também é possível convalidar atos com vício no objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício. Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. **Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo**, no objeto (quando único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato.⁸

Logo, em que pese a existência de divergência doutrinária acerca da possibilidade de convalidação do ato administrativo pelo seu saneamento, é uníssono o entendimento de que atos com vício de motivação são invariavelmente nulos, não passíveis de convalidação e, portanto, o reconhecimento de sua nulidade possui efeitos *ex tunc*.

Ou seja, ainda para aqueles que admitem a existência de atos administrativos anuláveis, passíveis de convalidação, afirma-se que o vício de motivação jamais poderá ser objeto desta convalidação. O ato administrativo com vício de motivação será sempre um ato nulo, jamais anulável.

Na hipótese, o ato administrativo ora questionado, como demonstrado, partiu de um motivo inexistente: pautou-se numa declaração prestada pelo contribuinte já retificada, sendo inquestionável, nos termos da normatização da RFB, que DCTF retificadora tem natureza substitutiva, posto que terá a mesma natureza da declaração originariamente apresentada, exceto quando não observadas as hipóteses de retificação, o que não é a situação dos autos.

Com a devida vênia à prolatora do voto vencido proferido no acórdão recorrido, utilizado como razões de recurso pela Procuradoria, não vislumbro a possibilidade de saneamento / convalidação do ato administrativo cuja motivação é inexistente – como, aliás, reconhece ser a própria Relatora. Diversamente da compreensão ali assinalada, no sentido de que o vício não teria acarretado prejuízo à defesa do contribuinte, entendo ser patente o prejuízo.

Com escólio na mesma doutrina já citada, o prejuízo aqui observado é tanto à defesa e garantia do direito do contribuinte, como à legalidade e vinculação na atuação do agente administrativo.

⁸ Op. Cit. P. 166/167

O Ato Administrativo em questão não é um mero ato procedimental, é um ato que se reveste das mesmas garantias de um lançamento tributário e, por esta razão, requer solenidade na sua formação. É por meio de “Despacho Decisório” que a Administração Tributária deve fornecer ao contribuinte todos os elementos necessários para o exercício da ampla defesa.

Não é por outra razão que o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, ao tratar da nulidade, reserva a possibilidade de sua superação à hipótese em que se “puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade” (§3º).

Ainda que se pudesse entender que o vício de motivação existente (fato incontroverso) fosse uma mera irregularidade, incorreção e omissão, ainda assim seu saneamento estaria condicionado à constatação de que o vício estivesse causando prejuízo ao sujeito passivo. Contudo, na hipótese, a correção proposta pela Fazenda Nacional beneficiaria a ela própria e não ao sujeito passivo. A possibilidade de superação, ao contrário do que defende a Fazenda Nacional em seu Recurso, não se estende à própria Administração Pública, em razão da supremacia do princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Devo acrescentar que a Lei nº 4.717/65, que dispõe sobre a Ação Popular, e tomada de empréstimo pela Doutrina para validação dos elementos do ato administrativo, não é temerária ao tratar a “inexistência dos motivos”, ou seja, a situação na qual “a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”, como causa de nulidade absoluta do ato administrativo:

Art. 2º **São nulos os atos** lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. **Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:**

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

Como mencionado pela citada doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a Lei nº 4.717/65, que regula a Ação Popular destinada a “pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios (...)” é utilizada como fundamento de validade dos conceitos estabelecidos pela doutrina administrativista. Ou seja, a conceituação nela apresentada não se limita aos atos lesivos ao patrimônio das entidades citadas, mas a todos os atos administrativos.

Na linha do exposto, já se manifestou o STF em diversas oportunidades sobre o tema

O Ministro Ricardo Lewandowski⁹, ao apreciar controvérsia em torno da ausência de motivação de ato administrativo, considerou que “a motivação do ato administrativo é essencial para sua plena validade”, concluindo que ato administrativo inválido não admite convalidação.

Transcrevo trecho do voto fundamentado também na doutrina administrativista:

(...) Pela contrariedade frontal ao texto da lei acima transcrita, o ato administrativo impugnado é inválido, não admitindo convalidação. É o que preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello, in verbis:

“A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica. Há, entretanto, uma exceção. É o caso da ‘motivação’ de ato vinculado expandida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação. Deveras, em tal caso, a providência

⁹ Ementa: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONFLITO FEDERATIVO ESTABELECIDO ENTRE A UNIÃO E ESTADO-MEMBRO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO (PORTARIAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 5º, VIII, § 1º DA LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. NULIDADE. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA JULGADA PROCEDENTE. I - O potencial conflito federativo estabelecido entre a União e o Estado-membro atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese em que está em causa o pacto federativo. II – A revogação de ato administrativo deve ser motivada de modo explícito, claro e congruente (art. 5º, VIII, § 1º, da Lei de Processo Administrativo Federal). A inexistência de motivação acarreta a nulidade do ato. III – Diante da ausência de motivação da Portaria 1.105/GM/2016, do Ministério da Saúde, deve ser reconhecida a sua nulidade, determinando-se, por conseguinte, o cumprimento no disposto nas Portarias 961 e 962/GM/MS. IV – Ação cível originária julgada procedente. (ACO 3055, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 28-09-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

tomada ex vi legis não poderia ser outra.” (In Curso de direito administrativo .São Paulo: Malheiros, 2015, p. 486).

Dessa forma, assiste razão ao autor, **haja vista a falta de motivação** da Portaria 1.105/GM/MS, que, **segundo a doutrina e a legislação de regência, acarreta a nulidade do ato**.

Isso posto, voto pelo deferimento do pedido inicial **para declarar nula** a Portaria 1.105/GM/MS, de 10 de junho de 2016, do Ministério da Saúde, determinando, por conseguinte, o cumprimento, **com efeitos ex tunc**, do disposto nas Portarias 961 e 962/GM/MS. Por fim, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 5 mil reais, nos termos do art. 85, § 4º, do Código de Processo Civil

A Ministra Carmen Lúcia, relatando processo submetido a julgamento plenário¹⁰, também se socorre à doutrina para descrever o elemento motivação do ato administrativo e a razão pela qual a sua ausência acarreta danos ao administrado:

Celso Antônio Bandeira de Mello defende ter a motivação dos atos da Administração estatuta constitucional, estando implícito no inc. II do art. 1º e no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, nos quais são preconizadas a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil e a inafastabilidade da jurisdição.

Aquele doutrinador explica:

“(…) o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere

¹⁰ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO FUNDAMENTAL. ESTABELECIMENTO DE SIGILO EM TODOS OS PROCEDIMENTOS DO SISTEMA ELETRÔNICO DE INFORMAÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL. PUBLICIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO CONFIGURADO. PUBLICIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS E PROCEDIMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXCEPCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DE ACESSO NÃO JUSTIFICADA. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Ato normativo do Presidente da Comissão Nacional do Sistema Eletrônico de Informações da Polícia Federal – SEI-PF, órgão do Ministério da Justiça, que, por ofício, estabeleceu regras de uso e inserção de dados no SEI-PF, estabelecendo que todas as informações e documentos no sistema serão restritos ou sigilosos, sem acesso público ao SEI-PF. Alegação de contrariedade a preceitos fundamentais da publicidade, moralidade, legalidade, transparência e o direito de acesso às informações públicas. 2. A Constituição da República estabelece a publicidade como princípio da Administração Pública e o direito fundamental à informação de interesse particular, coletivo ou geral, em seu inc. XXXIII do art. 5º. Precedentes. 3. O controle de legalidade e finalidade dos atos administrativos cumpre-se pelos instrumentos garantidores de transparência na gestão pública e da controle das práticas administrativas. 4. A imposição de sigilo há de ser objetivamente justificada em cada caso, segundo os parâmetros constitucionais, quando necessário à preservação da segurança da sociedade e do Estado (inc. XXXIII do art. 5º) e para assegurar a inviolabilidade conferida à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (incs. X e LX do art. 5º). 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para reconhecer a nulidade do ato formalizado pelo Ofício n.º 10/2021 CNS/CGAD/DLOG/PF, que estabeleceu que todos os processos do Sistema Eletrônico de Informações da Polícia Federal sejam cadastrados com nível de acesso restrito. Proponho como tese: “O ato de qualquer dos poderes públicos restritivo de publicidade deve ser motivado de forma concreta, objetiva, específica e formal, sendo nulos os atos públicos que imponham, genericamente e sem fundamentação válida, restrição ao direito fundamental à informação”.

(ADPF 872, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 25-08-2023 PUBLIC 28-08-2023)

negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis. (...)De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiram reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodiamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões ad hoc, “construir” motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado”.

O autor ressalta que “atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada ” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 113).

Ambos os Ministros, citando escol de Celso Antônio Bandeira, ressalvam dos efeitos da nulidade por ausência de motivação a figura da “fundamentação tardia”. Contudo, esta, ainda que materializada no ato administrativo posteriormente, deve refletir motivos que efetivamente existiam à época. Essa não é a hipótese dos autos, foram apresentados os motivos do ato e estes eram inexistentes. Qualquer motivo que possa ser trazido tardiamente em eventual providência posterior da Administração, não será o existente à época, não será ele o motivador do ato. Seria um “novo” motivo, hipótese não admitida em sede de providência saneadora / convalidadora, portanto, caracterizaria um “novo” ato administrativo que deverá ter sua legitimidade avaliada em outra circunstância.

Por fim, quanto ao Acórdão Paradigma nº 1302-005.013, observa-se que este admitiu a nulidade do despacho decisório pelas mesmas razões do acórdão ora recorrido:

Ora, se a única motivação do despacho decisório foi a inexistência do crédito em face da análise da DCTF original, infere-se que é nulo o despacho decisório por vício de motivação, ante o evidente prejuízo à defesa da recorrente, nos exatos termos do artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72.

Contudo, a determinação de que “o feito deverá retornar à unidade de origem para que esta reaprecie o pedido de compensação, por meio da análise da DCOMP retificadora apresentada” não é precedida de qualquer fundamentação lógica ou jurídica que possa reforçar a tese fazendária.

Diante do exposto, entendo que o ato administrativo – despacho decisório – proferido com vício de motivo – motivação inexistente, posto que fundado em declaração já retificada – deve ser considerado nulo, nos termos do art. 59, II do Decreto nº 70.235/72, não se verificando a possibilidade de convalidação prevista art. 55, também do Decreto nº 70.235/72. A ausência de requisito essencial do ato administrativo não é considerada, pela doutrina e jurisprudência constitucional, defeito sanável, repercutindo tanto em forma de prejuízo ao próprio administrado (direito de defesa), como ao interesse público (princípio da legalidade e vinculação dos atos administrativos).

III. Conclusão

Pelo exposto, voto CONHECER o Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por NEGAR PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Tatiana Josefovicz Belisário

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Vinícius Guimarães, redator designado

Com o devido respeito aos argumentos da i. relatora, divirjo de seu entendimento quanto ao mérito do recurso especial da Fazenda Nacional.

Compulsando os autos, observa-se que a decisão recorrida, por maioria de votos, declarou nulo o despacho decisório, sem possibilidade de saneamento, pois, na ótica do colegiado a quo, teria havido cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, uma vez que aquele despacho careceria de motivação.

A decisão de primeira havia considerado improcedente o despacho decisório, por ausência de motivação, determinando o retorno dos autos à unidade de origem, para a apreciação da documentação apresentada na impugnação, para nova análise do direito postulado pelo sujeito passivo.

Diversamente do que entendeu a i. relatora, penso que, no caso concreto, não há que se falar em nulidade do despacho decisório nem tampouco de ausência de motivação que implique cerceamento do direito de defesa.

Primeiramente, há que se assinalar que o sujeito passivo, já na impugnação, compreendeu plenamente as razões do indeferimento de seu pleito, tendo exercido, desde então, seu direito de defesa: compulsando as peças recursais, observa-se que há completa argumentação contra os motivos de não reconhecimento do crédito pretendido, assim como apresentação de documentação para a demonstração de sua certeza e liquidez.

Com efeito, veja-se que, já na impugnação, o sujeito passivo reconhece que a negativa do reconhecimento do crédito postulado se deu porque, no cruzamento de dados para a análise do PER/DCOMP, foi levado em consideração valor de débito declarado em DCTF original, ao invés daquele declarado em DCTF retificadora, já transmitida quando do despacho decisório.

Nesse contexto, o sujeito passivo defendeu, em sua impugnação, que o débito originalmente declarado era, na realidade, menor, conforme determinado na DCTF retificadora, tendo então trazido elementos para comprovação de suas alegações, postulando pela **reforma do despacho decisório** – e não sua nulidade - ou, ainda, pela complementação de provas para a comprovação do crédito pleiteado.

Assim, com base nos elementos do caso concreto, não há que se fala em cerceamento do direito de defesa, pois, no curso do contencioso administrativo, resta evidente que o sujeito passivo compreendeu plenamente as razões para a negativa de sua pretensão e trouxe argumentos e documentos buscando comprovar suas alegações.

Saliente-se que eventual vício de motivação só poderia implicar nulidade do despacho decisório se, no presente caso, tivesse ocorrido efetivo cerceamento do direito de defesa: situação que, como visto, não ocorreu.

Observe-se que, consoante o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, são nulos os despachos e decisões lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa. Nessa linha, no caso concreto, eventual vício de motivação só poderia implicar nulidade do despacho decisório se tivesse ocorrido efetivo cerceamento do direito de defesa: situação que, como visto, não ocorreu.

Diante do exposto, voto pelo parcial provimento do recurso especial da Fazenda Nacional, cabendo à unidade de origem a análise da liquidez e certeza do direito creditório, tendo em conta a DCTF retificadora apresentada.

Assinado Digitalmente

Vinícius Guimarães