



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 16024.000441/2007-58
Recurso nº 141.992
Matéria IPI/CLASSIFICAÇÃO FISCAL
Acórdão nº 3101-00.653
Sessão de 6 de abril de 2011
Recorrente CAMPARI DO BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/06/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

As normas que regem o processo administrativo fiscal concedem ao contribuinte o direito de conhecer, com exatidão, os fatos motivadores da exação. Deficiente fundamentação fática é circunstância caracterizadora de cerceamento do direito de defesa e nulo é o lançamento maculado com vício dessa natureza.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso voluntário.


Henrique Pinheiro Torres - Presidente


Vanessa Albuquerque Valente - Relatora

Formalizado em: 09/11/2011

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Corinho Oliveira Machado, Henrique Pinheiro Torres, Luiz Roberto Domingo, Tarásio Campelo Borges, Valdete Aparecida Marinheiro e Vanessa Albuquerque Valente.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto o relatório componente da decisão recorrida, fls. 920/926, que a transcrever:

“Com fulcro no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI/2002), aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002; consoante capitulação legal consignada à fl. 803, foi lavrado o auto de infração para exigir R\$ 47.478.623,76 de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), R\$ 19.153.443,99 de juros de mora calculados até 28/09/2007, e R\$ 35.608.967,82 de multa proporcional ao valor do imposto, o que representa o crédito tributário total consolidado de R\$ 102.241.035,57.

Consoante a descrição dos fatos e o termo de constatação fiscal, de fls. 666/668, a contribuinte, fabricante de bebidas alcoólicas, deu saída a produtos tributados com insuficiência de lançamento do imposto, no período de janeiro de 2003 a junho de 2006, pelos fatos a seguir expostos:

Por ausência de Ato Declaratório Executivo de enquadramento das bebidas da contribuinte, quanto aos anos de 2003 a 2006, foi solicitado pela autoridade fiscal o enquadramento de ofício dos produtos.

Do cotejo entre o enquadramento de ofício e o enquadramento praticado pela contribuinte resultaram diferenças de apuração dos valores de IPI devido, que estão sendo cobradas neste instrumento de constituição do crédito tributário.

A correlação entre as quantidades de bebidas saídas do estabelecimento industrial, as classes de valores (letras) das bebidas, os valores do IPI por unidade para cada classe de valores, os valores totais do imposto apurado, o imposto lançado pela contribuinte e as diferenças apuradas (débitos) se encontram no demonstrativo de débitos apurados.

Regularmente cientificada da autuação, a contribuinte ingressou com impugnação, subscrita pelos patronos da pessoa jurídica, Dr. Mário Luiz Oliveira da Costa e Dr. Luís Henrique C. Pires, e encaminhada pelo órgão de origem como tempestiva, apresentando, em suma, as seguintes razões de defesa:

Em Preliminar:

- *O auto de infração é nulo por deficiência nas fundamentações fática e legal:*
- a) *a motivação é um requisito de validade do auto de infração e foram desatendidos os requisitos da motivação fática (descrição dos eventos*

que implicam a aplicação da norma de incidência tributária) e da motivação legal (indicação dos dispositivos normativos não observados pelo sujeito passivo);

- b) a fundamentação fática é deficiente, tendo sido omitido fato relevante: a empresa formulara pedidos de enquadramento que não foram examinados pela SRF, sendo a classificação em classes de valores ato privativo da SRF, de acordo com dados informados (tipo de bebida, recipiente e preço); enquanto não for indicada a classificação do produto pela SRF, há uma classificação provisória dentre aquelas relacionadas pela SRF;*
- c) a autoridade fiscal não levou em consideração que boa parte das bebidas comercializadas e objeto do auto de infração era, inicialmente, fabricada por outro estabelecimento produtos - United Distillers & Vintners Ltda – o qual veio a ser sucedido pela impugnante;*
- d) a acusação do auto de infração é confusa e ilógica, o que prejudica o exercício do direito à ampla defesa assegurado na Constituição Federal e na legislação ordinária;*
- e) os ADE nºs 51/06 e 31/07 são ilegais por referirem-se exclusivamente a períodos pretéritos. O reenquadramento com efeitos retroativos é previsto somente quando o contribuinte não preste as informações ou as preste de forma incorreta ou incompleta, o que sequer ocorreu no caso em tela.*

No Mérito:

- *a autuação é improcedente, tendo em vista a impossibilidade de exigência retroativa do IPI:*
 - a) a impugnante sempre pautou sua conduta pela absoluta regularidade, tendo o competente registro especial quanto às bebidas mencionadas no termo de constatação fiscal; tratando-se de bebidas anteriormente produzidas por outra empresa, United Distillers & Vintners Ltda., que havia apresentado pleito de enquadramento (produtos enquadrados desde 1998 e 1999);*
 - b) Especificamente em relação ao produto Cynar, que era fabricado pela empresa “Wessanen do Brasil Ltda.”, passou a ser comercializado pela empresa a partir de agosto de 2004, conforme noticiado à Receita Federal (doc.05)*
 - c) No que tange ao vinho “Liebfraumilch”, a detentora da marca, que industrializava o produto a pedido da impugnante – Cooperativa Agrícola Aurora – foi quem solicitou e obteve o devido enquadramento junto à Receita Federal (doc. 06)*

- d) *A SRF foi devidamente avisada da sucessão empresarial (doc. 03); as bebidas incluídas no auto de infração tiveram a solicitação de enquadramento regularmente formulada (processo nº 10855.000813/2002-72, doc. 05), porém, durante o exercício de 2002, não houve expedição e publicação de Ato Declaratório Executivo pela SRF, e, então, não tendo a SRF exercido a sua função privativa, a demora não pode ser imputada ao sujeito passivo; como as bebidas já tinham enquadramento anterior, a impugnante continuou a recolher o IPI conforme as classe de valor vigentes à época, já que o enquadramento é relativo ao produto e não à empresa;*
- e) *Uma vez definido o enquadramento para a bebida, irrelevante o contribuinte que venha a comercializá-la, pois o ato de enquadramento atinge o produto e não o sujeito passivo. A única exigência da legislação é o registro especial a que faz referência a IN 73/2001.*
- f) *Não se questiona em si o ato tardio de reenquadramento (ADE nº 51, de 13/11/2006), mas seus efeitos retroativos com a cobrança da diferença de IPI e a imposição da multa, sendo que a exigência retroativa só é cabível se o sujeito passivo deixar de prestar informações ou prestá-las de forma incompleta ou incorreta, tendo o reenquadramento, por regra, somente efeitos futuros, aliás, o que é confirmado pelo Ato Declaratório Normativo nº 23, de 2003, com aplicação relativa à impugnante decorrente do disposto no CTN, art. 100, I e II;*
- g) *a exigência retroativa viola a Constituição Federal, já que a Administração deve observar os princípios da moralidade, da segurança jurídica e da razoabilidade, como desdobramentos do princípio do devido processo legal; no caso vertente, a falta de razoabilidade da exigência é flagrante por todo o exposto;*
- *A penalidade é indevida por dois motivos:*
 - a) *a obrigação principal deve ser reconhecida como improcedente;*
 - b) *de acordo com o CTN, art. 137, que excepciona a regra da responsabilidade objetiva, a multa tributária somente pode recair sobre a pessoa física ou jurídica responsável pela infração, quando esta decorrer de dolo específico ou constituir crime, e no caso, a peça fiscal não imputa à impugnante nenhum descumprimento do dever legal, sendo apenas apontada, de forma confusa e ilógica, a comercialização das bebidas sem a existência de ADE;*
 - c) *mesmo que se trate de responsabilidade objetiva, é necessário o nexo causal entre a conduta praticada e o dano causado, sendo que a mora da União Federal por não publicar o ADE em 2002 não justifica a imposição da multa;*



Por fim, solicitou que seja julgada improcedente a ação fiscal e cancelado integralmente o auto de infração.”

Mediante acórdão fundamentado, a 2ª Turma, da Delegacia da Receita Federal do Ribeirão Preto, julgou procedente o lançamento, conforme se evidencia pela transcrição da ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/06/2006

BEBIDAS. CLASSES DE VALORES. ENQUADRAMENTO OU REENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. COBRANÇA DA DIFERENÇA DE IMPOSTO E DE ACRÉSCIMOS LEGAIS.

Não prestadas as informações para o enquadramento inicial de bebidas tributadas pelo sistema de classes de valores, ou prestadas de maneira incompleta ou incorreta, haverá enquadramento ou reenquadramento de ofício das bebidas, com a exigência da diferença de imposto e dos acréscimos legais.

MULTA DE OFÍCIO.

Verificada a falta ou insuficiência de lançamento do imposto nas saídas do produto do estabelecimento industrial, aplica-se a penalidade pecuniária cominada.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/06/2006

NULIDADE. MOTIVAÇÕES FÁTICA E LEGAL DEFICIENTES.

Descaracterizada a nulidade do feito se as fundamentações fática e legal estiverem adequadamente explicitadas, sem margem a cerceamento do direito de defesa.

Lançamento Procedente.

Devidamente cientificada do Acórdão de 1ª instância, em 19 de fevereiro de 2008, a Contribuinte, em 18 de março de 2008, interpôs Recurso Voluntário ao Terceiro Conselho de Contribuintes. Nesta peça, a Recorrente, reitera os argumentos e pedidos contidos em sua peça impugnatória, arguindo, em síntese, o exposto a seguir:

- (i) Preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração por fundamentação fática deficiente, vez que a motivação fática do ato administrativo restou desatendida, tendo havido a omissão de fato relevante e essencial à compreensão da questão;
- (ii) Requer, ainda, bem como, a nulidade da decisão recorrida por ter alterado os fundamentos do Lançamento.

No mérito, reafirma que não prevalece a assertiva da autoridade autuante de que não existiam ADE's para o período, visto que todos os produtos tinham o seu enquadramento publicado pela Receita Federal, os quais foram regularmente obedecidos, tornando insubsistente a acusação fiscal.

Requer, por fim, a improcedência da ação fiscal e, por conseguinte, o cancelamento do Auto de Infração.

A autoridade competente deu por encerrado o preparo do processo e encaminhou ao 3º Terceiro Conselho de Contribuintes.

O processo foi a julgamento, na Sessão de 25 março de 2009, tendo sido declinada a competência em favor do Segundo Conselho de Contribuintes, em razão da matéria, nos termos do Voto da Relatora.

Tendo em vista o novo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), o processo foi encaminhado à Terceira Seção para julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Vanessa Albuquerque Valente, Relatora

O recurso é tempestivo e trata de matéria afeta à competência desta Terceira Seção. Portanto, dele se deve tomar conhecimento.

Recorre, a Contribuinte, da decisão proferida pela DRJ de origem que, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento, consubstanciado no auto de infração *sub examen*.

Conforme se verifica, do “*Termo de Constatação Fiscal*”, às fls. 666/668 dos autos, o entendimento motivador da presente autuação foi a inexistência de Ato Declaratório Executivo de enquadramento dos produtos do contribuinte, relativamente aos anos de 2002 a 2006 e a subsequente solicitação do enquadramento de ofício, com base no artigo 150, inciso IV, § 4º, do RIPI 2002 (Termo de Constatação Fiscal, item 5).

Preliminarmente, entendo deficiente a fundamentação fática do auto de infração.

Com efeito, o auto de infração objeto deste litígio imputa à Recorrente a conduta de comercializar bebidas sem prévio enquadramento, isto é, por inexistência do Ato Declaratório Executivo - ADE de enquadramento dos produtos por ela comercializados.

Por outro lado, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento, em seu *decisum*, reconheceu a existência de ADE para a maior parte das bebidas, antes fabricadas por outros produtores, quanto às demais entendeu pela inexistência de atos específicos da Administração, *verbis*:

- a) Aguardente Composta com Gengibre Dreher – 50 ml – enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores B definida pelo Ato Declaratório SRF nº 38, de 28 de abril de 1999 (fl. 889), para o CNPJ 62.261.391/0008-21, United Distillers & Vintners Ltda
- b) Aguardente Composta com Gengibre Dreher – 450 ml – enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores F definida pelo Ato Declaratório SRF nº 38, de 28 de abril de 1999 (fl. 889), para o CNPJ 62.261.391/0008-21, United Distillers & Vintners Ltda.;
- c) Aguardente Composta com Gengibre Dreher – 900 ml – enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores K definida pelo Ato Declaratório SRF nº 127, de 29 de setembro de 1998 (fl. 890), para o CNPJ 62.261.391/0008-21, United Distillers & Vintners Ltda.;
- d) Uísque Cortado Tipo Escocês Drury's Special Reserve – 50 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal, sem Ato Declaratório para enquadramento específico;
- e) Uísque Cortado Tipo Escocês Drury's Special Reserve (Pet) – 50 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal, sem Ato Declaratório;
- f) Uísque Cortado Tipo Escocês Drury's Special Reserve – 1.000 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal, sem Ato Declaratório;
- g) Uísque Cortado Tipo Escocês Gold Cup Special Reserve – 1.000 ml – enquadramento fiscal provisório utilizado pela contribuinte: classe de valores O definida pelo Ato Declaratório SRF nº 12, de 2 de março de 1999 (fl. 899), segundo a capacidade do recipiente;
- h) Uísque Cortado Tipo Escocês Old Eight – 50 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal, sem Ato Declaratório;
- i) Uísque Cortado Tipo Escocês Old Eight (Pet) – 50 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal, sem Ato Declaratório;
- j) Uísque Cortado Tipo Escocês Old Eight – 1.000 ml – enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores P definida pelo Ato Declaratório SRF nº 12, de 2 de março de 1999 (fl. 899), para o CNPJ 62.261.391/0008-21, United Distillers & Vintners Ltda.;
- k) Amargo Bitter Campari – 50 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal; com referência feita ao Ato Declaratório Executivo SRF nº 16, de 17 de abril de 2003 (fls. XX), com o estabelecimento da classe H, para o CNPJ da contribuinte. **Este Ato Declaratório deveria produzir efeitos a partir de 1º de maio de 2003.**

l) Amargo Bitter Campari – 900 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal; com referência feita ao Ato Declaratório Executivo SRF nº 21, de 10 de março de 1999 (fls. 892), com o estabelecimento da classe N, para o CNPJ da contribuinte. **Este Ato Declaratório deveria produzir efeitos até 1º de maio de 2003;**

m) Amargo Bitter Campari – 900 ml – sem informações sobre o enquadramento fiscal; com referência feita ao Ato Declaratório Executivo SRF nº 16, de 17 de abril de 2003 (fls. XX), com o estabelecimento da classe Q, para o CNPJ da contribuinte. **Este Ato Declaratório deveria produzir efeitos a partir de 1º de maio de 2003;**

n) Aperitivo de Ervas Aromáticas Jägermeister – 720 ml – enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores N definida pelo Ato Declaratório SRF nº 69, de 27 de setembro de 2000 (fls. 894), para o CNPJ da contribuinte;

o) Bebida Alcoólica Mista Cinzano Rosso – 900 ml – enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores I definida pelo Ato Declaratório SRF nº 11, de 1º de março de 1999, para o CNPJ 62.261.391/0008-21, United Distillers & Vintners Ltda.; 16/99 - J

p) Bebida Alcoólica Mista Cinzano Bianco – 900 ml – enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores I definida pelo Ato Declaratório SRF nº 11, de 1º de março de 1999, para o CNPJ 62.261.391/0008-21, United Distillers & Vintners Ltda.; AD 16/99-J

q) Cynar – 900 ml - enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores J definida pelo Ato Declaratório SRF nº 42, de 12 de maio de 1999, para o CNPJ 61.084.794/0001-03, Wessanen do Brasil Ltda

r) Vinho Liebfraumilch - 750 ml - enquadramento fiscal utilizado pela contribuinte: classe de valores C definida pelo Ato Declaratório SRF nº 58, de 18 de dezembro de 1996, para o CNPJ 62.261.391/0008-21 - United Distillers & Vintners Ltda.

Sucedem que, apesar de a DRJ admitir a existência de ADE para a maior parte das bebidas objeto do Auto de Infração, ela, com fundamento no artigo 2º, § 3º, da Lei nº 7.798/89, decidiu pela Procedência do lançamento, sob o entendimento de que “a falta de prestação de informações concernentes às bebidas ou a prestação incompleta ou incorreta destas dá azo ao enquadramento ou reenquadramento de ofício, com a cobrança de imposto acrescida de encargos legais”.

Em sede de Recurso Voluntário, insiste a Recorrente que todos os produtos, no período autuado, possuíam enquadramentos pré-estabelecidos em atos publicados pela Receita Federal, até mesmo aqueles tidos pela decisão recorrida como não enquadrados, indicando e juntando cópia do ADE nº 12/99, que cuida do enquadramento das bebidas: Drury’s Special Reserve, 50 ml e 1000 ml; Old Eigt, 50 ml; e Bitter Campari, 50ml e 900ml.

Na presente questão, como bem mencionou a ilustre julgadora de 1ª instância, no voto condutor do acórdão recorrido, a Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, trouxe ao mundo jurídico o sistema de tributação do IPI por unidade de bebida, segundo classes de valores, no que respeita aos produtos discriminados no Anexo I do ato legal (bebidas das posições 2204 – vinhos –, 2205 – vermouths –, 2208 – aguardentes de vinho, de cana, de frutas, uísques, gim, batidas e outras bebidas –, e 2209 – vodka –, todas da TIPI/88, aprovada pelo Decreto nº 97.410, de 23 de dezembro de 1988).

Dispõe o art. 2º da Lei nº 7.798/89, *ipsis litteris*:

Art. 2º O enquadramento do produto na classe será feito pelo Ministro da Fazenda, com base no que resultaria da aplicação da alíquota a que o produto estiver sujeito na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, sobre o valor tributável.

§ 1º. Para efeito deste artigo, o valor tributável é o preço normal da operação de venda, sem descontos ou abatimentos, para terceiros não interdependentes ou para coligadas, controladas ou controladoras (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 243, §§ 1º e 2º) ou interligadas (Decreto-Lei nº 1.950, de 14 de julho de 1982, art. 10, § 2º).

§ 2º. O contribuinte informará ao Ministro da Fazenda as características de fabricação e os preços de venda, por espécie e marca do produto e por capacidade do recipiente.

§ 3º. O contribuinte que não prestar as informações, ou prestá-las de forma incompleta ou com incorreções, terá o seu produto enquadrado ou reenquadrado de ofício, sendo devida a diferença de imposto, acrescida dos encargos legais.

§ 4º. Feito o enquadramento inicial, este poderá ser alterado, observados os limites constantes do Anexo I.

No caso em apreço, data vênua ao entendimento esposado na decisão de 1ª instância, entendo que comercialização de bebidas sem prévio enquadramento nas classes de valores, fato denunciado no lançamento do crédito tributário, não é a igual à comercialização de bebidas com enquadramento nas classes de valores obtida por outra pessoa jurídica, fato defendido pelo sujeito passivo e parcialmente reconhecido nos fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido.

Assim, entendo desrespeitados dois princípios norteadores do direito administrativo: o princípio da motivação e o princípio da verdade material. Sobre a verdade material, *mutatis mutandis*, trago lições de Marcos Vinicius Neder e de Maria Tereza Martínez López:

“Em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar, exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado.” [...]

“Segundo Alberto Xavier, a lei concede ao órgão fiscal meios instrutórios amplos para que venha formar sua livre convicção sobre os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte.¹ Nesta perspectiva, é lícito ao órgão fiscal agir sponte sua com vistas a corrigir os fatos inveridicamente postos ou suprir lacunas na matéria de fato, podendo ser obtidas novas provas por meio de diligências e perícias.” [2]

Quanto ao princípio da motivação, ligado ao princípio da legalidade, o seu desprezo pode ser suficiente para caracterizar a nulidade do ato administrativo por cerceamento do direito de defesa, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

29. Deve-se considerar, também, como postulado pelo princípio da legalidade o princípio da motivação, isto é, o que impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo.

39. Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontado-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, [...].

40. O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de [sic] seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes

¹ XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato do procedimento e do processo tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 124.

² NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Tereza Martínez. **Processo administrativo fiscal federal comentado**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 74.

Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática³ – e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, caput) –, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

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 permitiriam 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.

Assim, 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. [¹]

Portanto, preliminarmente, entendo o desrespeito aos princípios da verdade material e da motivação fato caracterizador de cerceamento do direito de defesa, nulidade de caráter formal. Aqui, adoto e transcrevo um parágrafo do voto condutor do Acórdão 303-35.787, de 12 de novembro de 2008, da lavra do conselheiro Tarásio Campelo Borges:


“A propósito do caráter formal da nulidade, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a motivação é um requisito formalístico do ato administrativo e não se confunde com o motivo. Este é “pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”, “é situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato”. O

³ Alberto Ramón Real, **La fundamentación del acto administrativo**, RDP, 6/17.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40 e 82 a 84.

motivo é antecedente e externo ao ato. A motivação é parte, é elemento do ato⁵.”

Com essas considerações, dou provimento ao Recurso Voluntário para declarar a nulidade deste processo.


Vanessa Albuquerque Valente

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 340 e 343.