



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10932.000700/2009-83  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-001.706 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 03 de junho de 2014  
**Matéria** Auto de Infração do IRPJ e Reflexos  
**Recorrente** RAFAEL NUNES ROSA SERVIÇOS EPP  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

**EXAME DE QUESTÃO RELACIONADA À  
CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. COMPETÊNCIA PRIVATIVA  
DO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DOS ÓRGÃOS DO  
PODER EXECUTIVO AVOCAR TAL ATRIBUIÇÃO PARA SI.  
APLICAÇÃO DA SÚMULA 02 DO CARF**

1. O chefe do Poder Executivo tem prerrogativa assegurada na Constituição de propor ação direta de inconstitucionalidade para afastar do sistema jurídico norma que a considera inconstitucional. Contudo, enquanto isto não ocorre, não pode deixar de observar as leis e nem avocar para si prerrogativa que a Constituição destinou ao Poder Judiciário, qual seja, de examinar as questões relacionadas à constitucionalidade e à inconstitucionalidade das leis.

2. Deste modo, o Poder Judiciário, no exercício de sua competência, pode deixar de aplicar lei que a considere inconstitucional. Todavia, tal prerrogativa não se estende aos órgãos da Administração.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário em parte e negar provimento na parte conhecida, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

*(assinado digitalmente)*

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

*(assinado digitalmente)*

Moisés Giacomelli Nunes da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

Inicialmente, destaco que houve alteração na denominação social da empresa. Na ficha de identificação do processo consta RAFAEL NUNES ROSA SERVIÇOS EPP, CNPJ 02.653.664/0001-85. Todavia, em várias peças dos autos identifica-se o nome de DIGITAL COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS REPROGRÁFICOS LTDA, com CNPJ 02.653.664/0001-85, demonstrando tratar-se da mesma empresa.

Conforme se depreende do termo de verificação fiscal de fls. 699/704, datado de 28/12/2009, e auto de infração de fls. 724 e seguintes, também datado de 28/12/2009 e cientificado à contribuinte em 08/01/2010, foram imputadas à recorrente as seguintes infrações:

- 001) DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, com fatos geradores em cada um dos trimestres do ano-calendário de 2004 e multa de 75%. Os valores objeto de lançamento constam da fl. 724;
- 002) RECEITA BRUTA MENSAL SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, com fatos geradores em cada um dos trimestres do ano-calendário de 2004 e multa de 75%. Os valores objeto de lançamento constam da fl. 726;
- 003 – RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) REVENDA DE MERCADORIAS. LUCRO PRESUMIDO SOBRE REVENDAS DE MERCADORIAS, com fatos geradores em cada um dos trimestres do ano-calendário de 2004 e multa de 75%. Os valores objeto de lançamento constam da fl. 726/727;
- 004 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA FIXA, com fatos geradores no primeiro trimestre de 2004 e multa de 75%. Os valores objeto de lançamento constam da fl. 728.

- 005 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, com fatos geradores em cada um dos trimestres dos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, estes exigidos com multa de 150%. Os valores objeto de lançamento constam das fls. 730/731.
- 006 - RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) REVENDA DE MERCADORIAS. LUCRO ARBITRADO S/ REVENDA DE MERCADORIAS, com fatos geradores em cada um dos trimestres dos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, estes exigidos com multa de 150%. Os valores objeto de lançamento constam das fls. 731/734.
- 007 - RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LUCRO ARBITRADO S/ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, com fatos geradores em cada um dos trimestres dos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, estes exigidos com multa de 150%. Os valores objeto de lançamento constam das fls. 734/736.
- 008 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO FINANCEIRA DE RENDA FIXA, com fatos geradores no terceiro e quarto trimestres de 2002 e em todos os trimestres de 2003, exigência esta com multa de 150%. Os valores objeto de lançamento constam das fls. 737/738.

No que diz respeito à qualificação da multa, para os anos-calendário de 2001 a 2003, os únicos fundamentos estão nos itens 11.3 a 11.5 do TVF, a seguir transcritos:

11.3 — Livro(s) de Registro de Saldas de Mercadorias nº(s) 04, 05 e 06 dos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003 a Os valores escriturados refletem aqueles declarados nas DIPJ/Simples, conforme Demonstrativo das Receitas Declaradas (subitem 11.1, coluna B), portanto, inferior aos valores declarados nas DIPJ/Lucro Presumido, conforme Demonstrativo das Receitas Declaradas (subitem 11.1, coluna F), fato que caracteriza, em tese, a ocorrência de crime contra a ordem tributaria, nos termos da legislação vigente (Lei nº8.137/90).

11.4 — Livro(s) de Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados nº(s) 04, 05 e 06 dos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003 a Os valores escriturados refletem aqueles declarados nas DIPJ/Simples, conforme Demonstrativo das Receitas Declaradas (subitem 11.1, coluna C), portanto, inferior aos valores declarados nas DIPJ/Lucro Presumido, conforme Demonstrativo das Receitas Declaradas (subitem 11.1, coluna G), fato que caracteriza, em tese, a ocorrência de crime contra a ordem tributaria, nos termos da legislação vigente (Lei nº8.137/90).

11.5— Livro(s) Caixa nº(s) 04, 05 e 06 dos anos-calendário de 2001 2002 e 2003 a A movimentação financeira (inclusive bancária) foi mantida à margem da escrituração apresentada. Os ingressos escriturados refletem as receitas declaradas nas DIPJ/Simples, conforme Demonstrativo das Receitas Declaradas (subitem 11.1, coluna D), portanto, inferior aos valores declarados nas DIPJ/Lucro Presumido, conforme Demonstrativo das Receitas Declaradas (subitem 11.1, coluna H), fato que caracteriza, em tese, a

ocorrência de crime contra a ordem tributária, nos termos da legislação vigente (Lei nº8.137/90).

Por oportuno, observo que em momento anterior a fiscalizada tinha sido autuada, para exigência do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, sendo os autos de infração anulados por vício formal. Neste sentido transcrevo a seguinte passagem do TFV:

“6 – Ocorre que o crédito tributário exigido (item 5) foi anulado, por vício formal, pela DRJ/Campinas/SP, nos termos dos Acórdãos DRJ/CPS nº(s) 11.455, de 29/11/2005 (fls. 934/957 do processo nº 10932.000009/2005-76); 11.456, de 29/11/2005 (fls. 145/168 do processo nº 10932.000008/2005-21); 11.457, de 29/11/2005 (fls. 147/170 do processo nº 10932.000007/2005-87); 1.458, de 29/11/2005 (fls. 938/961 do processo nº 10932.000043/2005-41); 11.459, de 29/11/2005 (fls. 92/115 do processo nº 10932.000045/2005-30); e 11.460, de 29/11/2005 (fls. 92/115 do processo nº 10932.000046/2005-84), o que foi ratificado pela Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, nos termos dos Acórdãos nº(s) 108-09.097, de 09/11/2006, formalizado em: 13/12/2006 (fls. 965/971 do processo nº 10932.000009/2005-76); 108-09.098, de 09/11/2006, formalizado em: 13/12/2006 (fls. 175/180 do processo nº 10932.000008/2005-21); 108-09.112, de 09/11/2006, formalizado em: 13/12/2006 (fls. 967/973 do processo nº 10932.000043/2005-41); 108-09.113, de 09/11/2006, formalizado em: 13/12/2006 (fls. 123/128 do processo nº 10932.000045/2005-30); 108-09.185, de 08/12/2006, formalizado em: 08/02/2007 (fls. 180/185 do processo nº 10932.000007/2005-87); e 108-09.114, de 09/11/2006, formalizado em: 13/12/2006 (fls. 123/128 do processo nº 10932.000046/2005-84), resultando na ação fiscal determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização nº 08.1.19.00-2007-00493-5 (em anexo), convertido no Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização no 08.1.19.00-2008-00028-3 (em anexo).

Na impugnação de fls. 859 e seguintes, a autuada alegou:

- a) decadência;
- b) suspensão da exigibilidade em face à adesão ao parcelamento; litispendência e cobrança em duplicidade em relação aos seguintes processos: 13819.501330/2008-19 (IRPJ 2001 a 2004); 13819.501331/2008-55 (COFINS 2001 a 2004); 13819.502333/2008-44 (CSLL 2001 a 2004) e 13819.501332/2008-08 (PIS 2001 a 2004)

No mérito, alegou, dentre outros, os seguintes fundamentos:

- a) *que não há nos demonstrativos carreados, menção específica e precisa sobre referidos valores falecendo incipiente o item 14, do Auto de Infração, quanto a todos os tributos elencados: IRPJ; PIS, CSLL e Cofins, no período de 01/01/2001 a 31/12/2004.*
- b) *Que inexistente prática reiterada de infração tributária.*

A DRJ, por meio do acórdão de fls. 1509 e seguintes, julgou parcialmente procedente o lançamento para:

- excluir a penalidade de ofício sobre os valores lançados com base em declaração apresentada no curso do procedimento, mas cujas bases tributáveis excedem aquelas constantes do lançamento original (tabelas 2 a 5), em razão de decadência;*
- excluir as parcelas de PIS e COFINS (fls. 680) contidas nos pagamentos efetuados na modalidade do SIMPLES nos anos-calendário de 2001 e 2002 (as parcelas de IRPJ e CSLL já foram consideradas pela fiscalização);*
- excluir as parcelas de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS contidas nos pagamentos efetuados na modalidade do SIMPLES nos anos-calendário de 2003 e 2004 (tabela 09a 11);*
- excluir as exigências de PIS e Cofins incidentes sobre receitas financeiras (tabela 13);*
- manter a multa de 150% sobre as exigências decorrentes de depósitos de origem não comprovada dos anos-calendário de 2001 a 2003 bem como decorrentes de receitas de mercadorias, mas estas até o limite das receitas originalmente autuadas com multa agravada no lançamento anterior (tabelas 6 a 9), reduzindo para 75% a penalidade aplicada sobre as exigências decorrentes das demais receitas apuradas.*

Intimada, a parte interessada apresentou o recurso de fls. 1.597/1600, protocolizado em 25/05/2011, alegando:

a) que não subsiste a autuação em face da ilegalidade da quebra do sigilo bancário, juntando quanto a estes argumentos o acórdão proferido no RE 389.908, datado de 15/12/2010, proferido pelo plenário do STF;

b) juntou dois anexos de cálculos (fl. 1663 e fls. 1664/1566), requerendo que os mesmos sejam considerados como corretos, para efeitos de consolidação dos débitos que deseja parcelar.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, relator

O recurso é tempestivo, está devidamente fundamentado, foi interposto pela autuada que pretende ver reformada a decisão recorrida. Assim, preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual passo ao exame.

O recurso restringe-se a dois pontos, a saber: **a)** alegação de impossibilidade de acesso dos dados bancários sem ordem judicial; **b)** cálculos a serem adotados na execução do acórdão, em relação à matéria não controvertida.

### **I – Da questão relacionada à alegação de impossibilidade de acesso dos dados bancários sem ordem judicial**

Conforme destacado pela recorrente, dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XII, assegura que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Dentre os dados cuja a inviolabilidade está assegurada, nos dizeres dos recorrentes, encontra-se o sigilo bancário, somente sendo admitido seu acesso com ordem judicial, para fins criminais.

Da leitura da norma constitucional acima transcrita depreende-se que o legislador constituinte estabeleceu limites ao legislador ordinário, isto é, somente permitiu a edição de lei regulando o acesso ao sigilo bancário mediante duas condições:

- a) para fins de investigação criminal e;
- b) mediante ordem judicial.

Das condicionantes estabelecidas pelo legislador constituinte, vê-se clara opção de valores que entendeu merecer maior proteção, ainda que em detrimento de terceiros e do próprio Estado. Por exemplo, se a questão disser respeito a litígio fora da esfera do campo penal, nem mesmo o juiz pode quebrar o sigilo assegurado pela Constituição. Em outras palavras, aqui, nem o legislador e tampouco o juiz pode extrapolar os limites impostos pela ordem constitucional. ***Disto depreende-se a lição de que a justiça, seja na área cível, penal ou fiscal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações imposta por valores mais altos que não podem ser violados.*** Neste sentido, lembro lição de Júlio Fabbrine Mirabete para quem “entre o perigo de se condenar um inocente e se absolver culpado, absolva-se o culpado.” Em outras palavras e trazendo a matéria para campo do direito tributário, entre o perigo de permitir que os agentes da fiscalização, sem o crivo da análise prévia pelo Judiciário, possam requisitar provas protegidas pelo sigilo para embasar lançamentos fiscais e deixar, eventualmente, de se cobrar determinado tributo por falta de prova, o legislador constituinte optou em proteger a primeira situação em detrimento da segunda. Aqui tem-se o Estado limitando seus próprios atos frente aos cidadãos.

Conforme lição de Jorge Miranda<sup>1</sup>, as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programáticos. “*Os direitos fundamentais têm seu fundamento de validade na Constituição e não na lei, com o que fica claro que é a lei que deve respeitar a Constituição, e não ao contrário. Os direitos fundamentais não são normas matrizes de outras normas, mas são sobretudo normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.*”

Dados os fundamentos acima mencionados, questão que se coloca e que se constitui no ponto principal do recurso é se o legislador ordinário poderia ter editado a Lei Complementar nº 105, de 2001 e a Lei nº 10.147, de 2001, outorgando poderes à Administração para requisitar a movimentação financeira dos contribuintes. E mais: se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão da Administração que é, tem competência para conhecer e julgar questões afeta à constitucionalidade das leis ou, em outras palavras, deixá-la de aplicá-las por entender inconstitucionais.

Inicialmente, observo que sancionada determinada lei ela entra no sistema jurídico e presume-se constitucional até que seja declarada sua inconstitucional, retirando-a do sistema ou impedindo sua aplicação em relação ao caso concreto, isto é “inter partes”. Por outro lado, o Judiciário pode deixar de aplicar lei que a considere inconstitucional, contudo, o mesmo não se aplica em relação à Administração. A razão desta lógica é que o Estado-Administração não pode avocar para si a prerrogativa de julgar a constitucionalidade ou não de lei. Tal prerrogativa, por força das previsões contidas nos artigos 97, 102, I, compete ao Poder Judiciário.

À luz do artigo 103, I, da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo, no caso o Presidente da República, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade sustentando que determinada lei viola da Constituição. Contudo, nem o Presidente da República e tampouco os demais órgãos da Administração podem deixar de cumprir lei sob o pretexto de que esta viola norma Constitucional. Neste sentido, por força do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

....  
*§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

Não desconheço que em 15 de dezembro de 2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, proferiu

decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita, publicada no DJe-086 em 10-05-2011.

*EMENTA:*

**SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO.** *Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.*

**SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL.** *Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.*

*A propósito, do voto do Ministro Celso de Melo transcrevo os seguintes pontos, desconsiderando os grifos existentes no original:*

(...)

Impende, reconhecer, *desde logo, que* não são absolutos - mesmo porque não o são - os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, cabendo assinalar, por relevante, Senhores Ministros, presentes o contexto ora em exame, que o Estado, em tema de tributação, *está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais limites intransponíveis, cujo desrespeito caracterizar ilícito constitucional.*

(...)

*O que me parece significativo, - no contexto ora em exame, é que a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.*

(...)

Na realidade, a circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do correto desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular.

(...)

Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca.

(...)

É certo que a garantia constitucional da intimidade (e da privacidade) **não tem** caráter absoluto. **Na realidade**, como já decidiu esta Suprema Corte, "**Não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, 'mesmo porque razões de **relevante** interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legítimas**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais, ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**" (MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Isso não significa**, contudo, que o **estatuto constitucional das liberdades' públicas** - nele compreendida a garantia fundamental da intimidade e da privacidade - **posse ser arbitrariamente desrespeitado** por qualquer órgão do Poder Público.

Nesse contexto, põe-se em evidência a questão pertinente ao sigilo bancário, que, ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira das pessoas.

(...)

O magistério doutrinário, bem por isso, tem acentuado que o sigilo bancário – que possui extração constitucional reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, A proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

(...)

Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente A proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos dados pessoais, é evidente que diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.

(...)

A relevância do direito ao sigilo bancário impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter A cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

(...)

Mais do que isso, esta Suprema Corte salientou, ao julgar o Inq. 897-AgR/DF, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/94, que, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, quando de investigação criminal se cuidar, p. ex., a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, revelando-se ordinariamente inaplicável, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

(...)

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência a invocação doutrinária da cláusula do "substantive due process of law" - já consagrada e reconhecida, em diverges decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal, como instrumento de expressiva limitação constitucional ao próprio poder do Estado (ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.158/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) pare efeito de submeter o processo de "disclosure" as exigências de seriedade e de razoabilidade.

Daí o registro feito por ARNOLDO WALD ("op. cit.", p. 207, 1992, RT), no sentido de que "A mais recente doutrina norte- americana fez do 'due process of law' uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação 'das restrições A liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. Coube ao Juiz Rutledge, no caso Thomas v. Collins, definir adequadamente a função do devido processo legal ao afirmar que: 'Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder 'do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda (...). Esta prioridade confere a essas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, determina o standard guiador da escolha. Por essas razões, qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual"

A exigência de preservação do sigilo bancário - enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade - impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade 86 se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os. órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir, indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema. de sigilo bancário.

(...)

A efetividade da ordem jurídica, a eficácia da atuação do aparelho estatal e a reação social a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico não ficarão comprometidas nem afetadas, se se reconhecer aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência Institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, pois a quebra do sigilo bancário não pode nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.

(...)

A equação direito ao sigilo - dever de sigilo exige para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das. pessoas (verdadeira liberdade negativa, que impõe, ao Estado, um claro dever de abstenção), de um lado, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público, de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro - que a determinação de quebra do sigilo bancário provenha de ato emanado de órgão do Poder Judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios, insista-se, revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto , a supremacia do interesse público."

Ocorre que o acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, com a ementa acima transcrita, foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

Pelo que apurei em pesquisa realizada, os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda encontram-se pendentes de julgamento.

Assim, por estarmos diante de acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não transitou em julgado, com base na decisão resultante do RE 389.808/PR, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

Ainda em relação ao tema, em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 542-B, do Código de Processo Civil. Neste sentido, segue a ementa da decisão:

**EMENTA:**

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. existência de repercussão geral.

Neste sentido, quer da análise do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, ou do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, não se identifica decisão definitiva do STF reconhecendo a inconstitucionalidade das normas invocadas pela recorrente.

A propósito, na mesma linha dos fundamentos anteriormente expostos, a matéria resultou Sumulada junto ao Carf, nos seguintes termos:

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

## **II – Do exame da questão relacionada aos cálculos**

A recorrente juntou ao recurso os cálculos de fl. 1663 e de fls. 1664/1666), requerendo que os mesmos fossem considerados como corretos, para efeitos de consolidação dos débitos que deseja parcelar.

Para exame do recurso é necessário indicar a decisão recorrida e apontar os fundamentos pelos quais ela deve ser alterada. Ocorre que no caso concreto a recorrente apresentou cálculos sem expor os fundamentos ou demonstrar, em tese, onde se encontram os supostos erros existentes dos cálculos apresentados pela instância de origem. Desta forma, não possível conhecer do recurso, neste ponto.

**ISSO POSTO**, observados os fundamentos, observada a fundamentação voto por conhecer parcialmente do recurso e, na parte que conheço, nego provimento.

*assinado digitalmente*

**MOISÉS GIACOMELLINUNES DA SILVA**, Relator

Processo nº 10932.000700/2009-83  
Acórdão n.º **1402-001.706**

**S1-C4T2**  
Fl. 24

---

CÓPIA