Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Põe-se em questão na presente ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, a validade constitucional das *"cláusulas segunda, terceira, quarta e sexta, parágrafo único, do Convênio ICMS nº 134, de 2016, editado pelo CONFAZ, e de sua regulamentação (inconstitucionalidade consequente), consubstanciada no Manual de Orientações de leiaute da DIMP (Ato COTEPE 65/18, com a redação que lhe deu o ATO COTEPE/ICMS nº 37, de 23/5/2022 e o ATO COTEPE/ICMS nº 81, de 5/9/2022 (DOU 6/9/2022)"*.

Alega-se contrariedade ao *caput* e incs. II, X, XII, LIV, LV, LVI e LXXIX do art. 5º, ao inc. VI do art. 22, ao inc. XIII do art. 48, ao § 1º do art. 145 e ao *caput* do art. 192 da Constituição da República.

2. Instruído o processo nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, propõe-se, em cumprimento ao princípio constitucional da razoável duração do processo, converter-se em julgamento de mérito a apreciação que, inicialmente, seria do exame da preliminar. Nesse sentido, por exemplo: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.163, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 1º.3.2013; e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.661, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJ 5.10.2020.

Das preliminares

3. O Estado de Santa Catarina, na manifestação apresentada nos autos, defendeu a ilegitimidade ativa *ad causam* da autora da ação pelo argumento de que, *"em que pese a relevância da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), a matéria versada diz respeito às pessoas físicas e jurídicas titulares do direito ao sigilo passível de violação pelas normas impugnadas, e não propriamente ao sistema financeiro, o que impede a atuação daquela instituição como substituta processual (artigo 18 do Código de Processo Civil) e, por conseguinte, afasta a sua legitimidade para a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade. (...) Na situação em apreço, entretanto, não restou demonstrado pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) a pertinência entre as normas objeto desta ação de controle concentrado e seus objetivos institucionais, notadamente no que se refere à tutela*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

de dados sensíveis de pessoas físicas e jurídicas consumidoras de serviços financeiros e bancários, o que conduz à ilegitimidade ativa da postulante" (fl. 9, e-doc. 17).

Assevera que *"eventual ofensa do Convênio ICMS 134/2016 ao texto constitucional seria apenas reflexa, por suposta violação ao princípio da legalidade, o que não autoriza a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade. Realmente, exsurge da petição inicial que o intuito da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) é debater, à luz da Constituição Federal, os mecanismos de fiscalização facultados à Administração Tributária por norma secundária, que apenas estabelece obrigações acessórias de natureza procedimental, o que não se coaduna com o escopo da ação direta de inconstitucionalidade. Aliás, em relação ao Manual de Orientações de leiaute da Declaração de Informações de Meios de Pagamentos (DIMP) é ainda mais veemente a inadequação da via eleita, uma vez que as orientações ali contidas apenas operacionalizam o Convênio ICMS 134/2016, dele retirando seu fundamento de validade"* (fl. 13, e-doc. 17).

4. O Advogado-Geral da União, em preliminar, manifestou que eventual ofensa à Constituição da República pelas normas impugnadas seria reflexa ou indireta: *"o ato editado pelo Presidente do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ detém natureza meramente secundária, pois seu fundamento direto de validade é o artigo 199 do Código Tributário Nacional; e, apenas de modo indireto, o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal. (...) De outro modo, o Manual de Orientações de leiaute da Declaração de Informações de Meios de Pagamentos - DIMP explicita a operacionalização do Convênio ICMS nº 134/2016 e dele retira seu fundamento de validade, tratando-se de norma secundária de natureza estritamente procedimental"* (fl. 5, e-doc. 14).

5. O Procurador-Geral da República argumenta a ausência de impugnação de todo o complexo normativo, pois *"o Convênio ICMS 134/2016 foi alterado pelos Convênios ICMS 110/17, 148/18, 188/19, 71/2020, 76/2021, 111/2021, 207/2021, 50/2022, 86/2022 e 166/2022, com alterações, inclusive, das redações impugnadas das cláusulas segunda, terceira, quarta e sexta, parágrafo único, do Convênio ICMS 134/2016, bem como das datas em que essas alterações passaram a surtir efeitos"* (fl. 10, e-doc. 25). Afirma também que eventual ofensa à Constituição da República é reflexa.

6. Rejeito a alegada preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam.*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

Pelo decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.146, Relator o Ministro Luiz Fux, *"a atuação das confederações sindicais em sede de controle concentrado de constitucionalidade se submete a duas condicionantes procedimentais: a) o reconhecimento da condição de confederação, entidade sindical de grau máximo, assim considerada a agremiação constituída por, no mínimo, três federações sindicais integrantes de uma mesma categoria econômica ou profissional, registrada no Ministério do Trabalho (Súmula 677/STF); e b) a relação de pertinência temática entre os objetivos institucionais da confederação postulante e o conteúdo da norma objeto de impugnação"* (Plenário, DJ 3.4.2019).

A autora é confederação sindical legitimada para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Congrega diversas federações relativas a entidades sindicais representativas das instituições financeiras, bancárias, securitárias e de crédito, e dentre suas finalidades está a de *"propor qualquer tipo de ação que vise defender e resguardar os direitos e interesses das categorias econômicas representadas, inclusive Ação Direta de Inconstitucionalidade, Mandado de Segurança Coletivo e outras, na forma da lei"*, nos termos do inc. V do art. 3º do seu Estatuto Social.

Pelo cotejo entre as normas impugnadas e os objetivos da Confederação autora, tem-se também por atendidos os requisitos da pertinência temática e do interesse direto e imediato para ajuizar a presente ação.

Reconheço, portanto, a autora como legitimada ativa para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

7. Quanto ao cabimento da presente ação, na presente ação impugnam-se as seguintes normas: *a)* Convênio ICMS n. 134/2016, alterado pelo Convênio ICMS n. 71/2020, do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz; *b)* Ato da Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - n. 65/2018, alterado pelo Ato COTEPE/ICMS n. 37/2022; e, *c)* Ato COTEPE/ICMS n. 81/2022.

O Convênio ICMS n. 134/2016 do Confaz estabelece *"o fornecimento*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

de informações prestadas por instituições e intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, relativas às transações com cartões de débito, crédito, de loja (private label), transferência de recursos, transações eletrônicas do Sistema de Pagamento Instantâneo e demais instrumentos de pagamento eletrônicos, bem como sobre o fornecimento de informações prestadas por intermediadores de serviços e de negócios referentes às transações comerciais ou de prestação de serviços intermediadas, realizadas por pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ ou pessoas físicas inscritas no Cadastro de Pessoa Física - CPF, ainda que não inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS"(Disponível em:<https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2016/CV134_16>. Acesso em: 8.5.2023).

No Ato n. 65/2018 da Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - COTEPE/ICMS, alterado pelo Ato COTEPE/ICMS n. 37/2022, se dispõe *"sobre as especificações técnicas para a geração de arquivos referentes às informações prestadas por instituições e intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, relativas às transações com cartões de débito, crédito, de loja (private label), transferência de recursos, transações eletrônicas do Sistema de Pagamento Instantâneo e demais instrumentos de pagamento eletrônicos, bem como sobre o fornecimento de informações prestadas por intermediadores de serviços e de negócios referentes às transações comerciais ou de prestação de serviços intermediadas, realizadas por pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ ou pessoas físicas inscritas no Cadastro de Pessoa Física - CPF, ainda que não inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 134/16"* (Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/atos/2018/ato-cotepe-icms-65-18>. Acesso em 8.5.2023).

Pelo Ato COTEPE/ICMS n. 81/2022 alterou-se o *caput* do art. 1º do Ato Cotepe/ICMS n. 65/2018, para dispor:

> *"Art. 1º O 'caput' do art. 1º do Ato COTEPE/ICMS nº 65, de 19 de dezembro de 2018, passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *'Art. 1º A Versão 09 da Declaração de Informações de Meios de Pagamentos - DIMP - e o Histórico de Alterações DIMP, que terão*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

> *como chave de codificação digital as sequências d40fbcb748d22322f769c290984a8e58e727c18b6b5d12a72e8ddb469895f8113, respectivamente, obtidas com a aplicação do algoritmo MD5 – 'Message Digest 5' nos arquivos em formato 'PDF', e disponibilizado no sítio eletrônico do CONFAZ (www.confaz.fazenda.gov.br), ficam instituídos.'."* (Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/atos/2022/ato-cotepe-icms-81-22>. Acesso em: 8.5.2023).

A Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - COTEPE/ICMS é órgão de apoio técnico do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz.

Os atos da COTEPE impugnados nesta ação - Ato COTEPE/ICMS n. 65/2018, alterado pelo Ato COTEPE/ICMS n. 37/2022, e o ATO COTEPE/ICMS n. 81/2022 -, regulamentam o Convênio ICMS n. 134/2016 e compilam o Manual de Orientações de leiaute da Declaração de Informações de Meios de Pagamentos - DIMP.

Como afirmado pela autora da ação, *"os atos emanados do COTEPE/ICMS, precisamente o Manual de Orientações de leiaute da DIMP (Ato COTEPE 65/18, com a redação que lhe deu o ATO COTEPE/ICMS nº 37, de 23/5/2022 e o ATO COTEPE/ICMS nº 81, de 5/9/2022 (DOU 6/9/2022), operacionalizam o aludido convênio (conforme estabelecido pela Cláusula terceira e Cláusula sexta, parágrafo único, do Convênio ICMS 134/2016), em razão do seu alcance e do contexto e forma de sua aplicação"* (fl. 4, e-doc. 1).

Tem-se, assim, que os atos pelos quais se regulamenta o Convênio ICMS n. 134/2016, alterado pelo Convênio ICMS n. 71/2020, do Confaz e veiculam o Manual de Orientações de leiaute da Declaração de Informações de Meios de Pagamentos - DIMP – agora impugnados - não dispõem de densidade normativa para propiciar o exame de controle abstrato de constitucionalidade.

São atos administrativos de caráter ordinatório, pelos quais se veiculam *"especificações técnicas para a geração de arquivos referentes às informações prestadas por instituições e intermediadores financeiros e de*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

pagamento" para aplicação do Convênio ICMS n. 134/2016 do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz,direcionado às instituições e intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB.

Ausente, no ponto, densidade normativa autorizadora do controle abstrato de constitucionalidade na via processual adotada.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido do não conhecimento de ações de controle abstrato quando no ato impugnado não se comprova conteúdo normativo no qual presentes as características da abstração, generalidade e autonomia. Mencionem-se, por exemplo:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DELIBERAÇÃO DA CORTE SUPERIOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CRITÉRIO PARA PROMOÇÃO AO CARGO DE DESEMBARGADOR - AUSÊNCIA DE CONTEUDO NORMATIVO - NÃO CONHECIMENTO. - A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade, elementos que lhe conferem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficacia subordinante de comportamentos, estatais ou individuais, futuros"* (ADI n. 587, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 8.5.1992).

> *"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Portaria n° 17/2005, do Estado do Maranhão, que altera e fixa os horários de funcionamento dos estabelecimentos que comercializam bebidas alcoólicas no Estado. 3. Generalidade, abstração e autonomia que tornam apto o ato normativo para figurar como objeto do controle de constitucionalidade. 4. Competência do Município para legislar sobre horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais (art. 30, I, CF/88). Matéria de interesse local. Precedentes. Entendimento consolidado na Súmula 645/STF. 5. Ação julgada procedente"* (ADI n. 3.691, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 9.5.2008).

> *"Ementa: (…)5. O ato normativo de que cuida o artigo 102, I, 'a', da Constituição Federal, apto a promover a atuação deste Supremo*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

> *Tribunal, é o que, em tese, viola diretamente o texto constitucional. É assente nesta Suprema Corte que as ações de controle concentrado de constitucionalidade não se prestam à impugnação de atos regulamentares ou de cunho interno dos órgãos da Administração, porquanto a controvérsia a respeito da harmonia de decreto executivo em face da lei que lhe dá fundamento de validade não caracteriza questão de constitucionalidade, mas sim de legalidade. Precedentes. 6. Agravo desprovido"* (ADI n. 3954 AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 15.10.2020).

8. Quanto ao Convênio ICMS n. 134/2016, alterado pelo Convênio ICMS n. 71/2020, do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, comprovam-se presentes os requisitos de generalidade, abstração e autonomia que o tornam apto a possibilitar o controle abstrato de constitucionalidade pretendido. A análise de sua compatibilidade com as normas constitucionais é direta e imediata.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz é órgão colegiado integrante do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 2º do Decreto federal n. 11.344/2023, composto de Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal.

Dentre as atribuições do Confaz está a de promover a celebração de atos para o exercício das prerrogativas previstas nos art. 102 e art. 199 do Código Tributário Nacional e atos sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do inc. II do art. 60 do Decreto Federal n. 11.344/2023 e art. 1º do Convênio ICMS n. 133/1997, do Confaz:

> *"Art. 1º O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ tem por finalidade promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional - CMN na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais."*

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4171, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal examinou convênio editado pelo Confaz, destacando que *"como as leis complementares cuidam do fato*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

gerador, do contribuinte e da base de cálculo dos impostos (art. 146, III, a), sem contudo os instituírem propriamente, e em matéria de ICMS têm papel inclusive mais amplo (art. 155, § 2º, XII), também os convênios definem arquétipos para a concessão de benefícios e para substituição tributária em matéria de ICMS, deixando às leis estaduais a sua instituição, o que não lhes retira, todavia, o caráter normativo. Pelo contrário, integram sistema delineado pela própria Constituição e que vai sendo colmatado pela lei complementar e pelos convênios, cada qual relativamente à matéria que lhe é reservada, completando-se com as leis estaduais e atos infralegais que regulam e detalham sua aplicação" (Relatora a Ministra Ellen Gracie, Redator para o Acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 21.8.2015).

Ainda, por exemplo, os seguintes julgados:

> *"EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da associação autora. Emenda Constitucional nº 87/15. ICMS. Operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar. (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c,d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, inciso III, d, e parágrafo único CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, ad referendum do Plenário. (...) 2. Cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores, as bases de cálculo, os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição e a obrigação tributária (art. 146, I, e III, a e b). Também cabe a ela estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, podendo instituir regime único de arrecadação de impostos e contribuições. 3. Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art.*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

155, § 2º, XII, a, b,c, d e i). (...) 8. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional nº 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte. 9. Existência de medida cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, ad referendum do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), até o julgamento final daquela ação. 10. Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal" (ADI n. 5.469, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 25.5.2021).

"EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6º E 7º DO ART. 498 DO DEC. Nº 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1º DO DEC. Nº 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2º, INC. 2º). (...) Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente" (ADI n. 1.851, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 13.12.2002).

9. Ademais, quanto à ausência de impugnação do complexo normativo no qual inseridas as normas impugnadas, diferente do sustentado, o autor impugnou especificamente aquelas que estabelecem a disciplina sobre o fornecimento de informações à administração tributária dos Estados e do Distrito Federal pelas instituições e intermediadores financeiros sobre pagamentos relativos às transações com cartões de débito, crédito, de loja (*private label*), transferência de recursos, transações eletrônicas do Sistema de Pagamento Instantâneo.

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

10. Pelo exposto, co**nheço parcialmente da presente ação direta de inconstitucionalidade apenas quanto às cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta do Convênio ICMS n. 134, de 2016, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz.**

Do mérito

11. A questão posta nos autos está em analisar se as cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta do Convênio ICMS n. 134, de 2016, editado pelo Confaz, contrariam ou não *"o princípio da reserva legal no plano formal e substantivo (CF, arts. 5º, inciso II, 22, inciso VI, 48, inciso XIII, 145, § 1º, e 192) e direitos fundamentais que protegem a privacidade e a intimidade e estabelecem garantias processuais para a quebra do sigilo bancário (CF, art. 5º, caput e incisos X, XII, LIV, LV, LVI e LXXIX)"* (fl. 8, e-doc. 1).

Sustenta a autora que *a)* as obrigações impostas às instituições financeiras nas normas impugnadas veiculam matéria financeira e monetária a serem reguladas por lei complementar; *b)* o compartilhamento dos dados pelas instituições financeiras com a administração tributária estadual e distrital configuraria quebra de sigilo das informações repassadas; *c)* o art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001 dirige-se à administração tributária federal.

12. O Convênio ICMS n. 134/2016 do Confaz, norma impugnada, dispõe sobre a transferência de informações por instituições e intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, realizadas por pessoas jurídicas ou pessoas físicas, ainda que não inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS.

13. Têm-se nas normas impugnadas:

> ***"Cláusula segunda.*** *A emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuada com cartões de débito, crédito, de loja* (private label)*, transferência de recursos, transações eletrônicas do Sistema de Pagamento Instantâneo e demais instrumentos de pagamento eletrônico deve estar vinculada ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

legislação o pertinente.

Cláusula terceira. *As instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, fornecerão as unidades federadas alcançadas por este convênio, até o último dia do mês subsequente, todas as informações relativas as operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos que utilizem os instrumentos de pagamento de que trata este convênio, conforme leiaute previsto em Ato COTEPE/ICMS.*

§ 1º As informações descritas no caput serão enviadas respeitando a territorialidade dos beneficia rios de pagamento.

§ 2º As instituições e intermediadores definidos no caput *desta cláusula fornecerão as informações previstas neste convênio, em função de cada operação ou prestação, sem indicação do consumidor da mercadoria ou serviço, exceto nos casos de importação.*

§ 3º As instituições e intermediadores definidos no caput desta cláusula informarão às respectivas unidades federadas a não ocorrência de transações de pagamento no período por meio de arquivo com finalidade 'remessa de arquivo zerado'.

§ 4º Os bancos de qualquer espécie, referentes as operações não relacionadas aos serviços de adquirência, deverão enviar as informações de que trata este convênio a partir do movimento de janeiro de 2022, conforme cronograma disposto nos incisos a seguir:

I – janeiro, fevereiro e março de 2022 ate o último dia do mês de abril de 2023;

II – abril, maio e junho de 2022 ate o último dia do mês de maio de 2023;

III – julho, agosto e setembro de 2022 ate o último dia do mês de junho de 2023;

IV – outubro, novembro e dezembro de 2022 ate o último dia do mês de julho de 2023;

V – janeiro, fevereiro e março de 2023 ate o último dia do mês de agosto de 2023;

VI – abril, maio e junho de 2023 ate o último dia do mês de setembro de 2023;

VII - julho e agosto de 2023 ate o último dia do mês de outubro de 2023;

VIII - setembro de 2023 e meses subsequentes, conforme prazo estabelecido no caput desta cláusula (Parágrafo 4º com redação dada pelo Convênio ICMS 166, de 2022)

§ 5º-A As transações realizadas via PIX deverão ser enviadas de forma retroativa, desde o início dos serviços deste meio de pagamento,

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

ressalvado o disposto no § 4º (Parágrafo 5-A com redação dada pelo Convênio ICMS 166, de 2022)

§ 6º Para efeitos deste convênio, as cooperativas de crédito equiparam-se aos bancos de qualquer espécie.

Cláusula quarta. *A Secretaria da Receita Federal do Brasil e as Secretarias de Estado da Fazenda, Receita, Finanças, Economia ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, em virtude de procedimento administrativo, poderão solicitar, independente (sic) da territorialidade, em arquivo impresso ou eletro nico, as informações dispostas nas cláusulas terceira e terceira-A deste convênio, bem como poderão solicitar informações complementares dos beneficiários de pagamento, estabelecimentos e usuários de seus serviços.*

Cláusula sexta. *A Secretaria da Receita Federal do Brasil e as unidades federadas estabelecerão novo formato e leiaute para o fornecimento das informações das transações realizadas a partir de janeiro de 2018.*

Parágrafo único. As unidades federadas compartilharão entre si as informações provenientes dos arquivos que serão disponibilizados conforme leiaute previsto em Ato COTEPE/ICMS".

Da inconstitucionalidade formal

14. A autora afirma a inconstitucionalidade formal das normas impugnadas por alegada ofensa à reserva de lei complementar para dispor sobre o fornecimento de informações pelas instituições financeiras e de pagamento sobre transferências de recursos acobertadas por sigilo bancário, em contrariedade ao inc. II do art. 5º, inc. VI do art. 22, inc. XIII do art. 48, § 1º do art. 145 e *caput* do art. 192 da Constituição da República.

15. Pela al. *g* do inc. XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República se dispõe competir a lei complementar regular a forma como, por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, serão concedidos e revogados as isenções e benefícios fiscais.

Nos termos do art. 1º da Lei Complementar n. 24/1975 se estabelece que *"as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal"*.

Ricardo Alexandre define convênios interestaduais como *"acordos de*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

vontade firmados por pessoas políticas de direito público interno para consecução de objetivos comuns" (*Direito tributário esquematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 222).

Ao discorrer sobre a função do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz em matéria de Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, Luciano Garcia Miguel ressalta a possibilidade de veicular-se por convênio deveres instrumentais, nos termos do que dispõem o inc. IV do art. 100 e o *caput* do art. 199 do Código Tributário Nacional:

> *"(...) há outros atos, convênios e protocolos, celebrados no âmbito do CONFAZ, estes com base no art. 199 do CTN, segundo o qual as Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações. Esses atos são utilizados, como foi exposto, para disciplinar a nível nacional, os deveres instrumentais do ICMS. Uma vez que esse imposto, em regra, incide nas operações interestaduais e que, em observância ao princípio da não cumulatividade, impõe-se a aceitação recíproca dos créditos entre os Estados de origem e de destino, há a necessidade natural de se estabelecer, de forma harmônica entre as pessoas políticas participantes dessas relações, os deveres que instrumentalizam a incidência do imposto nessa hipótese"* (*A função do Conselho Nacional de Política Fiscal (CONFAZ) como instrumento de harmonização da legislação nacional do ICMS*. Revista de Estudos Tributários, n. 86, p. 78-91, jul./ago. 2012).

16. Nesse sentido, as normas impugnadas pelas quais se disciplinam procedimentos a serem observados nas operações bancárias realizadas por pessoas físicas e jurídicas no pagamento do imposto por via eletrônica são normas complementares à legislação tributária, nos termos do mencionado inc. IV do art. 100 do Código Tributário Nacional:

> *"Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: (...)*
>
> *IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios".*

A matéria veiculada nas cláusulas questionadas instituem

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

obrigações acessórias no interesse da arrecadação e da fiscalização tributária, nos termos do § 2º do art. 113 do Código Tributário Nacional:

> *"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*
>
> *§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos".*

As obrigações acessórias não estão sujeitas ao princípio da legalidade estrita, podendo ter previsão na *"legislação tributária"* e nas *"normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes"*, conforme o art. 96 do Código Tributário Nacional:

> *"Art. 96. A expressão 'legislação tributária' compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes".*

> *"Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio".*

As cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta do Convênio ICMS n. 134/2016, do Confaz, não contrariam o princípio da reserva legal, limitando-se a disciplinar questões instrumentais referentes à fiscalização das operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, em regime de cooperação entre órgãos da administração tributária dos Estados e Distrito Federal e as instituições financeiras, no interesse da fiscalização dos tributos e uniformização de procedimentos, conforme previsão do art. 199 do Código Tributário Nacional:

> *"Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio".*

Não cuidam as normas impugnadas de obrigação tributária

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

principal, cuja origem é fato gerador previamente definido em lei complementar e instituída por lei em sentido estrito da pessoa jurídica com competência tributária, conforme al. a do inc. III do art. 146 e inc. I do art. 150 da Constituição da República.

Seja realçado que as obrigações acessórias não constam do rol taxativo do art. 97 do Código Tributário Nacional, pelo qual se estabelecem as matérias submetidas à reserva de lei complementar:

> *"Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:*
>
> *I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;*
>
> *II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;*
>
> *III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;*
>
> *IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;*
>
> *V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;*
>
> *VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.*
>
> *§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.*
>
> *§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".*

Seja anotado ainda o disposto no art. 194 do Código Tributário Nacional pelo qual se prevê que *"a legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação"*.

Ademais, as disposições do Convênio ICMS 134/2016 do Confaz tampouco são normas reguladoras de matéria monetária ou do sistema financeiro nacional. Como antes afirmado, são normas que veiculam obrigações acessórias consistentes na prestação de informações pela Declaração de Informações de Meios de Pagamento - DIMP com a finalidade de aperfeiçoar a atividade fiscalizatória empreendida pela administração tributária.

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

17. É formalmente constitucional as obrigações tributárias acessórias veiculadas nas cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta do Convênio ICMS n. 134/2016, editado pelo Confaz.

Da inconstitucionalidade material

18. No mérito, alega a autora que o compartilhamento dos dados pelas instituições financeiras com a administração fazendária estadual e distrital configuram quebra de sigilo bancário das informações repassadas.

19. Pelo inc. XXII do art. 37 da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional n. 42/2003, autoriza-se o compartilhamento de informações fiscais entre administrações tributárias da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma da lei ou do convênio:

> *"Art. 37. (…)*
>
> *XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio".*

Luciano de Araújo Ferraz afirma que a inclusão do inc. XXII ao art. 37 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 42/2003 objetivou tornar mais célere a ação fiscalizatória dos fiscos, permitindo-se o compartilhamento entre as administrações tributárias dos entes federados informações fiscais protegidas por sigilo:

> *"A referência do dispositivo constitucional à atuação integrada das administrações tributárias da União, dos Estados e dos Municípios, permite que se mantenha um centro de cadastro e informações fiscais comum, facilitando eventual consulta à situação dos contribuintes, com o consequente aumento da celeridade nos procedimentos administrativos tributários. Pretende-se, com a alteração constitucional, simplificar a interligação dos diversos sistemas tributários, ainda que sua regulamentação dependa de lei ou convênio. Com efeito, o compartilhamento dos cadastros e informações fiscais dos órgãos das administrações tributárias – que se estende até*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

> *mesmo a informações fiscais protegidas por sigilo (art. 199 do CTN) – buscou tornar mais diligente a ação fiscalizadora, tendo em vista a agilidade e a tempestividade da cobrança administrativa ou judicial. A existência de sistema de informação de qualidade, com recursos tecnológicos que possuam dados coletivos, torna mais ágil o tratamento do contencioso administrativo fiscal, para além de facilitar investigações relativas aos crimes de lavagem de dinheiro"* (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK Lenio Luis (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. fl. 1.713).

No art. 198 do Código Tributário Nacional se dispõe sobre o dever de sigilo sobre as informações da situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros, quando ocorrer o compartilhamento de informações bancárias com a administração pública:

> *"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades".*

Também a Lei Complementar n. 105/2001 impõe o dever de sigilo ao Banco Central e à Comissão de Valores Imobiliários e a qualquer órgão da administração pública e seus respectivos agentes, nos seguintes termos:

> *"Art. 2º. O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições (...).*
>
> *§ 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, poderão firmar convênios:*
>
> *I - com outros órgãos públicos fiscalizadores de instituições financeiras, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas, observadas as respectivas competências;*
>
> *II - com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando:*
>
> *a) a fiscalização de filiais e subsidiárias de instituições financeiras estrangeiras, em funcionamento no Brasil e de filiais e subsidiárias, no exterior, de instituições financeiras brasileiras;*
>
> *b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas.

§ 5º O dever de sigilo de que trata esta Lei Complementar estende-se aos órgãos fiscalizadores mencionados no § 4º e a seus agentes".

20. O tema sobre transferência de informações sigilosas de instituição financeira para órgão da administração tributária não é novo neste Supremo Tribunal Federal.

21. No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 15.925, este Supremo Tribunal Federal já decidira que *"o sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fiscal do imposto de renda que, sob pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado a conhecer"*(Terceira Turma, Relator o Ministro Gonçalves de Oliveira, DJ 24.6.1966).

22. No julgamento, pelo Plenário deste Supremo Tribunal, do Recurso Extraordinário n. 389.808, prevaleceu a tese de que o acesso, pelo fisco, dos dados bancários do contribuinte constituía matéria submetida à reserva de jurisdição, conforme se tem na ementa seguinte:

> *"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"* (RE n. 389.808/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/11).

Naquele julgado, o Ministro Marco Aurélio, Relator, ressaltou que, na Petição n. 3.898, ficara assentado que *"nem mesmo o Ministro de Estado da Fazenda poderia ter acesso a dados bancários de certo cidadão – individualizado"*. Anotou, ainda, que este Supremo Tribunal, no Recurso Extraordinário n. 461.366-2, não reconheceu ao Banco Central, órgão com atuação fiscalizadora, a possibilidade de acessar dados de correntista, e categorizou a Receita Federal como órgão *"fiscalista por excelência"*, o que a

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

afastaria do acesso aos dados bancários dos contribuintes.

Em voto divergente, o Ministro Dias Toffoli anotou que o acesso a dados relativos à situação financeira de uma pessoa por autoridade pública, em processo administrativo, não caracteriza quebra de sigilo, mas repasse de informações sigilosas entre órgãos da administração pública:

> *"(…)o meu entendimento é que aqui não se trata de quebra de sigilo. Trata-se, na verdade, de uma transferência de dados sigilosos de um portador desse dado que tem o dever de sigilo para um outro portador que manterá a obrigação desse sigilo. Se não o mantiver, cometerá crime e será responsabilizado. A eventual divulgação desses dados dará azo a que incida o tipo penal e permitirá, inclusive, a responsabilização civil e administrativa do infrator; enfim, todas as responsabilizações decorrentes de lei"* (Plenário, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 10.5.2011).

Acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Dias Toffoli, o Ministro Ayres Britto afirmou que:

> *"A Constituição usa o substantivo 'comunicações' para três atividades ou setores factuais de incidência: comunicações telegráficas, comunicações de dados e comunicações telefônicas. Por que isso? Porque o objetivo da Constituição é preservar a privacidade das pessoas privadas. O que a Constituição não quer é a interceptação da conversa entre pessoas, ou seja, uma interceptação clandestina ou desautorizada. O que a Constituição não quer é que essa interlocução intersubjetiva, essa interlocução entre sujeitos de direitos, seja capturada indevidamente por terceiros. Essa expressão comunicação 'de dados' é explicável, porque, hoje em dia, esses 'dados' eletrônicos, ou informáticos, se dão na troca de emails, no plano das compras pela Internet, transferências bancárias que são feitas eletronicamente, pagamento de títulos, faturas, duplicatas, é isso que a Constituição não quer. É esse meter o bedelho, é essa bisbilhotice, é essa intromissão em conversa alheia. Por quê? Porque essa interlocução entre sujeitos de direito diz com a privacidade de que trata o inciso X do art. 5º. Se a intimidade significa o indivíduo consigo mesmo, por exemplo, redigindo seu diário, ele sozinho e a sua consciência, a privacidade significa um relacionamento no âmbito menor de pessoas, como uma troca de emails, por exemplo. Isso é expressão de privacidade. Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula de confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime" (Plenário, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 10.5.2011 - grifos nossos).

Também votei acompanhando a divergência, ressaltando que não havia quebra da privacidade na questão então examinada, *"uma vez que não [se] está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para o cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados"* (Plenário, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 10.5.2011).

23. Em momento jurisprudencial seguinte, no julgamento conjunto das Ações Direta de Inconstitucionalidade ns. 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, este Supremo Tribunal Federal declarou que a transferência de dados bancários por instituições financeiras à administração tributária não configura ofensa ao direito fundamental à intimidade. Confira-se a ementa do julgado:

"EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão "do inquérito ou", constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. 1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

informações bancárias de contribuintes à administração tributária. 2. Encontra-se exaurida a eficácia jurídico-normativa do Decreto nº 4.545/2002, visto que a Lei n º 9.311, de 24 de outubro de 1996, de que trata este decreto e que instituiu a CPMF, não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT. Por essa razão, houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, restando o pedido desta ação parcialmente prejudicado. Precedentes. (...)4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal. 5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa. 6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais. 7. O art. 1º da Lei Complementar

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

> *104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos. 8. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia-Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido. Resulta, portanto, legítima a previsão constante do art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. 9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas improcedentes. Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários"* (ADI n. 2.859, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 21.10.2016).

Naquela assentada, o Ministro Roberto Barroso, acompanhando o Ministro Dias Toffoli, ressaltou que *"o sigilo de informações financeiras, a meu ver, não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade e, portanto, é passível de restrição razoável pelo legislador, principalmente com o objetivo de compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos, a isonomia tributária e a capacidade contributiva. Sendo assim, verifica-se que o legislador não desbordou dos parâmetros constitucionais ao exercer sua relativa liberdade de conformação, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação, pela Administração Tributária, às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se uma transferência do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal"*.

24. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314, decidido em caso com repercussão geral reconhecida, se assentou que "*o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

sigilo da esfera bancária para a fiscal" (Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 15.9.2016).

25. Tânia Nigri anota que a solicitação de informações bancárias a instituições financeiras por autoridades fiscais configura *"ato de ofício, uma mera medida administrativa, inerente ao próprio procedimento fiscalizatório"*, que não significa quebra de sigilo bancário, constitucionalmente vedada:

> *"(…) o direito ao segredo bancário é relativo, não ostentando um status supremo, como pretendem fazer crer alguns doutrinadores. Em verdade, o que a lei procura vedar é a revelação ilegal e irresponsável, ou ainda a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade. As premissas que levaram alguns doutrinadores ao entendimento de que os demonstrativos bancários seriam retratos da intimidade são bastante questionáveis, já que não há nenhuma referência expressa ao instituto do sigilo bancário no Texto Constitucional, sendo sua subsunção ao direito à intimidade um mero silogismo emanado de alguns intérpretes"*(*Sigilo bancário: direito à intimidade e à vida privada?*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/13140/sigilo-bancario--direito-a-intimidade-e-a-vida-privada>. Acesso em: 15.5.2023).

26. Não se ignora que o direito à intimidade e à privacidade qualificam-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica consistente em reconhecer, em favor da pessoa, o resguardo de espaço inviolável destinado a protegê-la contra interferências de terceiros na sua vida privada.

Entretanto, a garantia constitucional da intimidade e da privacidade não tem caráter absoluto. Como decidido por este Supremo Tribunal Federal, *"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 legitimam, 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"* (Mandado de Segurança n. 23.452, Plenário, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 12.5.2000).

Também, nesse sentido, este Supremo Tribunal afirmou que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, não é absoluto e pode ser

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

afastado em razão de interesse público e social. Confira-se, por exemplo:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AI n. 655.298-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, 28.9.2007).

27. Na espécie, a obtenção de informações bancárias disciplinadas pelas cláusulas do Convênio n. 134/2016 do Confaz não constitui quebra de sigilo bancário.

Nas normas impugnadas se estabelece obrigação destinada às instituições financeiras e intermediadores de informar à administração tributária as operações de pagamento realizadas por pessoas físicas e jurídicas por meio eletrônico, a exemplo do Pagamento Instantâneo Brasileiro - PIX, cartões de débito e crédito, no interesse da arrecadação e da fiscalização dos tributos.

A cláusula primeira do Convênio n. 134/2016, do Confaz, norma não impugnada, estabelece que os estabelecimentos que exerçam atividade de venda ou revenda de mercadorias ou bens estão obrigados ao uso das tecnologias de controle de varejo estabelecidas na legislação tributária da respectiva unidade federada. Assim, por exemplo:

> *"Cláusula primeira. Os estabelecimentos que exerçam a atividade de venda ou revenda de mercadorias ou bens, ou de prestação de serviços em que o adquirente ou tomador seja pessoa física ou jurídica não contribuinte do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS -, estão obrigados ao uso das tecnologias de controle de varejo estabelecidas na legislação tributária da respectiva unidade federada".*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

Os dados fornecidos por instituições bancárias e intermediadores financeiros relativas às operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos, que utilizem instrumentos de pagamento cuidados nas cláusulas do convênio, serão informados à administração tributária para realizar a fiscalização tributária, aplicando-se, na maior extensão possível, o princípio da justiça fiscal, no qual a autoridade fiscal deve se valer dos meios necessários ao cumprimento de suas funções.

Os deveres instrumentais instituídos pelo Convênio ICMS n. 134/2016 não constituem quebra de sigilo bancário, constitucionalmente proibida, mas transferência do sigilo das instituições financeiras e bancárias à administração tributária estadual ou distrital.

Não caracteriza quebra de sigilo o acesso pelas autoridades fiscais a dados de caráter sigiloso em poder das instituições financeiras, pois há transferência também do dever de sigilo dessas informações àquelas autoridades, permanecendo a obrigação legal de preservação da inviolabilidade dos dados.

À administração tributária dos Estados e do Distrito Federal é imposta a tarefa de manter os dados das pessoas físicas e jurídicas fora do alcance de terceiros, utilizando-os de forma exclusiva para o exercício de suas competências fiscais.

Seja realçada a importância de se conferir maior eficiência aos meios de fiscalização tributária com a colaboração entre as instituições financeiras e a administração tributária dos Estados e Distrito Federal, em vista da economia globalizada e do crescente incremento do comércio virtual, que representam eventual dificuldade na constatação, pelos agentes da administração, sobre a ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias.

Nesse sentido, é a lição de Leandro Paulsen quanto à instituição de obrigações acessórias e o *"princípio da capacidade colaborativa"*, compreendido *"como a possibilidade que determinada pessoa tem de estar em uma posição tal que lhe seja viável física, jurídica e economicamente agir de modo a subsidiar, facilitar ou incrementar a fiscalização ou arrecadação tributária, permitindo assim uma tributação mais efetiva, simples e justa"* (*Capacidade colaborativa: princípio de direito tributário para obrigações acessórias e de*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

terceiros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 40).

As instituições financeiras e bancárias, destinatárias das obrigações acessórias impostas pelas normas impugnadas, dispõem de capacidade de colaboração para implementar os deveres instrumentais previstos no Convênio ICMS 134/2016, do Confaz.

Ademais, destaca-se o disposto no art. 199 do Código Tributário Nacional pelo qual se estabelece a permissão às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de que permutem informações fiscais, inclusive protegidas por sigilo, desde que haja previsão em lei ou convênio:

> *"Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio".*

28. Alega também a autora que as informações prestadas pelas instituições financeiras à administração tributária, referente às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, estabelecida no art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001[1], aplica-se apenas para a administração tributária federal, pelo que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal não teriam o direito ao compartilhamento de informações.

Como antes anotado neste voto, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2390, 2386, 2397 e 2859 e do Recurso Extraordinário n. 601.314, decidido em caso com repercussão geral reconhecida, este Supremo Tribunal assentou a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001.

Constou da fundamentação do acórdão daquelas ações, em *obiter dictum*, que o art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001 permite apenas à União a utilização do acesso às informações prestadas pelas instituições

1 *"Art. 5º. O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços."*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

financeiras à Administração Tributária, nos termos ali prescritos. Aos demais entes federados, haveria a possibilidade de formulação de pedido específico de informações, nos termos do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, quando houver processo administrativo ou fiscal em curso.

Embora o art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001 se aplique apenas à administração tributária da União, não há impedimento à edição de norma infralegal, com fundamento no § 1º do art. 145 da Constituição da República e no art. 199 do Código Tributário Nacional, pela qual se prescreva autorização análoga a acesso de dados bancários pelos demais entes federados, no interesse da arrecadação e fiscalização tributária.

Na parte final do § 1º do art. 145 da Constituição autoriza-se à administração tributária dos entes federados a criação de instrumentos que permitam ao fisco, no momento da apuração dos tributos, identificar, respeitados os direitos individuais, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas de todos os contribuintes na medida de suas manifestações de riqueza:

> *"Art. 145. (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".*

Ressalte-se que restringir à administração fazendária da União a possibilidade de obtenção de informações das instituições financeiras sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, configuraria inequívoca ofensa à autonomia e isonomia que deve prevalecer entre os entes federados.

Nesse sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 357, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal foi julgada procedente para declarar não recepcionadas pela Constituição da República de 1988 as normas previstas no parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional e no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/1980, em acórdão com a seguinte ementa:

> *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO.*

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

> *PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 187 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 29 DA LEI N. 6.830/1980. CONCURSO DE PREFERÊNCIA ENTRE OS ENTES FEDERADOS NA COBRANÇA JUDICIAL DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E NÃO TRIBUTÁRIOS. INCOMPATIBILIDADE DAS NORMAS IMPUGNADAS COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. AFRONTA AO INC. III DO ART. 19 DA CONSTITUIÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental viabiliza a análise de constitucionalidade de normas legais pré-constitucionais insuscetíveis de conhecimento em ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 2. A autonomia dos entes federados e a isonomia que deve prevalecer entre eles, respeitadas as competências estabelecidas pela Constituição, é fundamento da Federação. O federalismo de cooperação e de equilíbrio posto na Constituição da República de 1988 não legitima distinções entre os entes federados por norma infraconstitucional.3. A definição de hierarquia na cobrança judicial dos créditos da dívida pública da União aos Estados e Distrito Federal e esses aos Municípios descumpre o princípio federativo e contraria o inc. III do art. 19 da Constituição da República de 1988. 4. Cancelamento da Súmula n. 563 deste Supremo Tribunal editada com base na Emenda Constitucional n. 1/69 à Carta de 1967. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar não recepcionadas pela Constituição da República de 1988 as normas previstas no parágrafo único do art. 187 da Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) e no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais)"* (Plenário, minha relatoria, DJe 7.10.2021 - grifos nossos).

Naquela assentada, afirmei que *"o federalismo de cooperação e de equilíbrio posto na Constituição da República de 1988 não legitima distinções entre os entes federados por norma infraconstitucional"*.

29. Não se demonstra, pois, na espécie apreciada, que as normas impugnadas do Convênio ICMS n. 134/2016 do Confaz descumpririam o direito à intimidade, à privacidade e ao sigilo de dados pessoais, não configurando esse proceder, com os limites impostos na legislação e nas normas impugnadas, quebra de sigilo bancário, constitucionalmente vedada, mas compartilhamento de dados, cujo sigilo deverá ser mantido pela administração tributária estadual ou distrital.

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/11/2023 00:00

30. Pelo exposto, **voto no sentido de converter a apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito para *a)* conhecer parcialmente da presente ação direta de inconstitucionalidade apenas quanto às cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta, do Convênio ICMS n. 134/2016, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz; *b)* na parte conhecida, julgar improcedente o pleito apresentado na presente ação.**