Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, em face 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)*" (eDOC 1).

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

> "**Cláusula segunda** A emissão do comprovante de transação ou intermediação de vendas ou serviços 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 devem estar vinculados ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.
>
> […]
>
> **Cláusula terceira** As instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, fornecerão às unidades federadas alcançadas por este convênio, até o último dia do mês subsequente, todas as informações relativas às 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 beneficiários 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

§ 4º Os bancos de qualquer espécie, referentes às 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 até o último dia do mês de abril de 2023;

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

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

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

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

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

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

VIII - setembro de 2023 e meses subsequentes, conforme prazo estabelecido no caput desta cláusula

§ 5º-A As transações realizadas via PIX deverão ser enviadas de forma retroativa, desde o início dos serviços deste meio de pagamento, ressalvado o disposto no § 4º.

§ 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 da territorialidade, em arquivo impresso ou eletrônico, 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> entre si as informações provenientes dos arquivos que serão disponibilizados conforme leiaute previsto em Ato COTEPE/ICMS."

Desde logo, consigno que acolho o bem lançado relatório, bem como que, quanto à conversão da apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito e às questões preliminares de não conhecimento da presente ADI, acompanho *in totum* o voto apresentado pela relatora, Ministra Cármen Lúcia.

No mérito, peço vênia à eminente Ministra Relatora para divergir e julgar procedente o pedido.

O cerne da presente controvérsia cinge-se a verificar se as referidas normas, veiculadas por convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), ao disciplinarem o fornecimento de informações pelas instituições e pelos intermediadores financeiros e de pagamento às administrações tributárias dos Estados e do Distrito Federal, violam o princípio da reserva legal e os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade, ao devido processo legal, ao sigilo bancário e à proteção de dados pessoais.

De início, destaco que as cláusulas impugnadas não veiculam, como alega a autora, matéria financeira e monetária, mas dispõem, em verdade, sobre obrigações acessórias no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, consoante aponta o voto da eminente relatora e nos termos do art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Ressalto, ainda, que não se discute, no presente julgamento, a aplicação do procedimento previsto no art. 6º da Lei Complementar 105/2001. Isso porque tal dispositivo, por versar sobre o *acesso incidental* aos dados bancários, exige a instauração prévia de procedimento fiscal para que a autoridade tributária estadual possa acessar as informações que considerar indispensáveis, ao passo que o Convênio 134/2016 dispõe sobre o compartilhamento periódico e automático, pelas instituições financeiras, de "*todas as informações relativas às operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos que utilizem os instrumentos de pagamento*" previstos nessa norma.

Contudo, tenho que tal disciplina viola a orientação desta Corte no que tange ao compartilhamento, pelas administrações fazendárias estaduais e distrital, de dados protegidos pelo sigilo bancário.

1. Da ausência de disciplina legal em relação ao acesso sistêmico pelas

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

administrações tributárias estaduais

Inicialmente, saliento que este Tribunal, ao apreciar as **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859**, assentou importantes balizas sobre a controvérsia ora em exame. Naquela oportunidade, analisava-se a constitucionalidade de normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras.

Merece destaque, no que concerne à presente discussão, o entendimento firmado quanto aos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, bem assim em relação aos seus decretos regulamentares (Decretos 3.724/2001 e 4.489/2009).

Por maioria de votos, esta Suprema Corte concluiu que tais dispositivos "*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*". Desse modo, segundo restou decidido, ocorre "*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*".

Cito, por oportuno, o seguinte trecho do voto do eminente relator do feito, Ministro Dias Toffoli, em que é apontada a "*confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar), esses últimos com espeque, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*"; *in verbis*:

> "Como salientei, mantenho o entendimento que em outras ocasiões já externei: para se falar em 'quebra' de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias.
>
> Consoante assinalou o Procurador-Geral da República em seu parecer, 'a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação desses dados'.
>
> A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexiste nos dispositivos impugnados, que consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações obtidas com espeque em seus comandos. É o que expressam o § 5º do art. 5º

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

e o parágrafo único do art. 6º. **Vide** a íntegra dos dispositivos citados:

[…]

Soma-se a isso o art. 10 da própria lei complementar, que estabelece que **a divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na lei constitui crime**, o qual é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Além disso, a lei fixa, no art. 11, **a responsabilização civil do servidor público que 'utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar'**, respondendo **'pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial'**.

[…]

Questiono, então: de que tratam todos esses dispositivos, senão do sigilo das informações? Na percuciente definição da eminente Ministra Ellen Gracie, exposta durante o julgamento da AC nº 33, **'o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a 'transferência de sigilo' dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal'**.

Nessa transmutação, importa salientar que inexiste qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que possa apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras (muitas das quais, de natureza privada), se mantêm, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, **submetidos que são à mais estrita legalidade**. Conforme apontei nos autos do RE nº 389.808/PR,

'não há que se considerar que um gerente de uma instituição privada, um caixa de um banco privado, seja mais responsável do que um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, **que tem todas as responsabilizações e pode perder o seu cargo se descumprir a lei**. A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer.'.

[…]

Em síntese, tenho que o que fez a LC 105/01 foi possibilitar o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, sem permitir, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida privada do correntista.

Esse resguardo se torna evidente com a leitura sistemática da LC nº 105/01, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco.

O primeiro elemento que evidencia esse conjunto protetivo do cidadão é o sigilo fiscal: conforme já mencionado neste voto, os dados obtidos perante as instituição financeiras são mantidos em sigilo (art. 5º, § 5º, e art. 6º, parágrafo único), tanto que os servidores responsáveis por eventual extravasamento dessas informações devem ser responsabilizados administrativa e criminalmente (arts. 10 e 11).

Em seguida, pode-se observar o desenvolvimento paulatino da atuação fiscalizatória, que se inicia com meios menos gravosos ao contribuinte: é que **a natureza das informações acessadas pelo Fisco na forma do art. 5º da lei complementar é, inicialmente, bastante restrita, limitando-se**, conforme dispõe o seu § 2º, **à identificação dos 'titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados'**.

Perceba-se, pois, que, com base nesse dispositivo, **a Administração tem acesso apenas a dados genéricos e cadastrais dos correntistas**. Essas informações obtidas na forma do art. 5º da LC são cruzadas com os dados fornecidos anualmente pelas próprias pessoas físicas e jurídicas via declaração anual de imposto de renda, **de modo que tais informações, do ponto de vista da Administração Tributária, já não são, a rigor, sigilosas**.

Apenas se, no cotejo dessas informações, forem

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

'detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos' (§ 4º do art. 5º).

Em tal caso, para o exame mais acurado das informações financeiras por autoridades e agentes fiscais tributários, a LC 105, em seu art. 6º, traça requisitos rigorosos, uma vez que requer: a **existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, bem como a inexistência de outro meio hábil para esclarecer os fatos investigados pela autoridade administrativa**.

Além, portanto, de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco requer a existência de processo administrativo (ou procedimento fiscal), o que, por si, atrai, ainda, para o contribuinte, todas as garantias da Lei nº 9.784/99 – dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público (art. 2º, **caput**, da Lei 9.784/99) –, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal.

O mesmo se diga quanto aos decretos regulamentadores dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009), que tão somente densificaram essas previsões normativas, com reforço ao dever de sigilo já imposto na lei complementar.

Percebe-se, pois, a impropriedade do argumento dos autores destas ações de que a Lei Complementar 105/2001, e seus decretos regulamentadores, promoveriam uma 'devassa' na vida financeira dos contribuintes. Ao contrário, foram respeitados os direitos e as garantias individuais dos contribuintes, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, atendendo, destarte, ao princípio da razoabilidade.

Tenho, por tudo quanto foi exposto, que os arts. 5º e 6º da LC nº 105/01, além de não violarem qualquer garantia constitucional, representam o próprio cumprimento dos comandos constitucionais direcionados ao Fisco, bem como dos comandos dirigidos aos cidadãos, na relação tributária que os une."

(ADI 2859, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 21.10.2016 - grifou-se)

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

No caso dos dispositivos da Lei Complementar 105/2001, constatou-se que o legislador "*preocupou-se em criar mecanismos que impedissem a circulação ou o extravasamento das informações relativas ao contribuinte*". Houve, assim, um cotejo das regras fixadas na norma legal em relação à transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, que estipulam procedimentos específicos a serem regulamentados por decreto, bem assim atribuem deveres e responsabilidades aos agentes incumbidos de tal tarefa com base nos deveres de ética e moralidade.

Ressalto que, nos debates travados naquele julgado, esta Corte definiu expressamente as diferenças entre o art. 5º e o art. 6º da Lei Complementar 105/2001. Pontuou-se, nesse sentido, que, enquanto o primeiro dispositivo – que trata do compartilhamento automático de informações, por meio do *acesso sistêmico* aos dados – é conferido apenas ao Fisco federal, o segundo – que dispõe sobre o *acesso incidental* – é atribuído a todos os entes federados; *in verbis*:

> "O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
>
> Senhor Presidente, como primeiro passo, antes de chegarmos ao art. 6º e enfrentar o debate travado agora, eu gostaria de relembrar o art. 5º; é fundamental relembrar o art. 5º, porque a automaticidade da informação é dada pela lei complementar apenas ao Fisco Federal. Então, estamos todos esclarecidos em relação a isso:
>
> '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 [exclusivamente] as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.'
>
> E, aí, tem o decreto que vai regulamentar isso em instruções normativas da própria Receita Federal.
>
> Então, essa automaticidade não entra no âmbito dos demais entes da Federação: estados, municípios e Distrito Federal não têm esse direito de receber o pacote completo.
>
> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Everardo chama de acesso sistêmico.
>
> O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): É, acesso sistêmico.
>
> Pois bem, já o art. 6º, que vai se referir, além de à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, diz o

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> seguinte: para essas autoridades terem acesso...
>
> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Incidental.
>
> O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): ... incidental, tem de ter um processo aberto previamente, ou seja, elas não vão ter o acesso sistêmico; elas já têm que ter identificado, então, alguma situação e aberto o processo, e processo pressupõe a intimação do interessado para sua formação. Não é uma investigação administrativa, tem que estar autuado, tem que estar intimado."

Assim, concluiu-se que o legislador previu que apenas o art. 6º seria aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios, o que, aliás, ainda dependeria da devida regulamentação, de maneira análoga ao Decreto Federal 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*".

Apontou-se, portanto, que o art. 5º não é extensível aos Estados e Municípios, uma vez que não há previsão legal para tais operações no contexto da atividade fiscalizadora desempenhada por esses entes.

Rememoro que o Decreto Federal 4.489/2002, que regulamentou o art. 5º da Lei Complementar 105/2001, disciplina a prestação de informações sobre operações financeiras apenas à **Secretaria da Receita Federal**. Nesse ponto, compreender o escopo de tal regulamentação é de fundamental importância para o enfrentamento da matéria em exame, em que se discute a legitimidade do compartilhamento de dados protegidos por sigilo bancário no âmbito das fazendas estaduais.

O decreto delimita o meio, o conteúdo, o procedimento de identificação dos titulares, os valores mínimos dos montantes globais que ensejam a divulgação de informação, os deveres dos titulares das informações, a obrigatoriedade de manutenção do sigilo pela Receita Federal e as penalidades aplicáveis e aos servidores públicos responsáveis por esses dados. Sobre este último tópico, destaco os seguintes dispositivos da norma:

> "Art. 9º O servidor que divulgar, revelar ou facilitar a divulgação ou revelação de qualquer informação de que trata este Decreto, constante de sistemas informatizados, arquivos de documentos ou autos de processos protegidos por sigilo fiscal, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) ou no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ficará sujeito à **penalidade de demissão**, prevista no art. 132, inciso IX, da citada Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.
>
> Art. 10. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida nos termos deste Decreto, em finalidade ou hipótese diversa da prevista em lei, regulamento ou ato administrativo, será **responsabilizado administrativamente** por descumprimento do dever funcional de observar normas legais ou regulamentares, de que trata o art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 1990, se o fato não configurar infração mais grave, sem prejuízo de sua responsabilização em ação regressiva própria e da responsabilidade penal cabível.
>
> Art. 11. O servidor que permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações, banco de dados, arquivos ou a autos de processos que contenham informações mencionadas neste Decreto, será **responsabilizado administrativamente**, nos termos da legislação específica, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica no caso de o servidor utilizar-se, indevidamente, do acesso restrito.
>
> Art. 12. O sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações obtidas pela administração tributária, nos termos deste Decreto, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir **representação** ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração."

Pois bem. Tal norma tratou de estipular parâmetros imprescindíveis à correta transmissão de informações confidenciais à Administração Tributária federal, que asseguram (i) a observância das garantias constitucionais dos titulares dos dados, com a devida **manutenção do sigilo**, bem como (ii) o devido processo legal, com a previsão de deveres e responsabilidades dos agentes e do direito de representação do sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

obtidas pela administração tributária ou por abuso da autoridade requisitante.

Nesse aspecto, importante relembrar o julgamento do **RE 601.314**, representativo do **Tema 225** da sistemática da repercussão geral, em que se discutia a constitucionalidade do retromencionado art. 6º da Lei Complementar 105/2001. Na oportunidade, a Corte definiu que o referido dispositivo "*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 sigilo da esfera bancária para a fiscal***", sendo constitucional a lei que confere à autoridade fazendária a prerrogativa de acessar ou requisitar diretamente informações de movimentação financeira dos contribuintes para os fins de fiscalizar e cobrar tributos.

Ao examinar a norma, destaquei que, apesar de as medidas previstas na legislação carregarem restrições ao direito à privacidade, não vislumbrava, no caso, qualquer ofensa ao texto constitucional, eis que tais regras respeitam o núcleo essencial dos direitos à privacidade e ao sigilo de dados e atendem à proporcionalidade nos seus três corolários: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para justificar tal legitimidade sob o prisma da ***proporcionalidade em sentido estrito***, pontuei que, naquele contexto, a restrição imposta pela transferência de sigilo é superada pela importância dos objetivos perseguidos. No entanto, isso se dava por conta de dois aspectos essenciais: (1) a manutenção do dever de preservação do sigilo por parte do Fisco quanto às informações obtidas na forma da Lei Complementar 105/2001; e (2) a institucionalização de requisitos, cautelas e procedimentos necessários à preservação do sigilo, tanto no plano da lei complementar quanto no plano dos decretos que a regulamentam.

No que concerne ao segundo tópico – o qual, a meu ver, trata-se do ponto fulcral que difere aquele julgado da presente controvérsia – mencionei o feixe de procedimentos que a legislação concebia para proteger a intimidade financeira do sujeito passivo e assegurar que suas operações bancárias não fossem submetidas à curiosidade alheia.

Naquele caso, havia etapas e requisitos bem definidos na lei e nos regulamentos previstos no nível federal. Nesse sentido, destaquei:

> "Refiro-me ao Decreto n. 4.489/2002, que cuida do art. 5º (acesso sistêmico), e ao Decreto n. 3.724/2001, que regulamenta o art. 6º (acesso incidental).

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> Primeiro, o art. 5º determina que as instituições financeiras informem à administração tributária da União, nos limites e na periodicidade fixada pelo Poder Executivo, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. As informações são restritas, limitam-se à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados.
>
> Somente se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, é que a autoridade interessada poderá requisitar outras informações e documentos, nos termos do que autoriza o § 4º do art. 5º.
>
> Da mesma forma, o art. 6º exige o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, somente se houver prévia instalação de processo administrativo ou procedimento fiscal e desde que 'tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente'.
>
> […]
>
> Não é necessário descer às minúcias da análise dos dispositivos infralegais. **Importa apenas perceber que o arcabouço normativo em questão não deixou de estabelecer todo um conjunto de procedimentos, cautelas e responsabilidades para o uso das informações obtidas junto às instituições bancárias. Descumpridos esses ritos e requisitos, o procedimento de cobrança restará eivado de nulidade**." (grifou-se)

Esclareço, conforme explicitei no trecho acima, que tal conclusão vale tanto para o art. 6º quanto para o art. 5º, este último que trata da modalidade de acesso prevista na norma impugnada nestes autos.

Nessa toada, verifica-se que o Convênio ICMS 134/2016 prevê, por ato infralegal, normas que não endereçam a questão de forma análoga para os Estados, isto é, não estabelece um "*conjunto de procedimentos, cautelas e responsabilidades para o uso das informações obtidas junto às instituições bancárias*". Em outras palavras: para que pudesse haver o *acesso sistêmico* de dados bancários sigilosos pelos demais entes federados, deveria haver norma legal que dispusesse sobre e matéria de maneira semelhante ao que se verifica em relação à União.

Tanto é assim que tramita no Parlamento o **Projeto de Lei Complementar 87/2021**, que propõe a alteração da Lei Complementar

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

105/2001 para abarcar os Estados e o Distrito Federal no procedimento sistêmico (disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2286138). Transcrevo, nesse sentido, a justificativa apresentada no âmbito desse projeto:

> "Assim, verifica-se a necessidade de obtenção destas informações para a incorporação de disposições previstas no Convênio ICMS 134, de 9 de dezembro de 2016. A alteração desta lei objetiva, também, trazer maior segurança jurídica e reafirmar o pacto federativo.
>
> Com relação à segurança jurídica, a alteração visa a afastar controvérsias jurídicas em tema tão tormentoso – sigilo das operações financeiras – e por consequência dar maior certeza quanto à aplicação da regra para todos envolvidos: instituições financeiras, contribuintes e administrações tributárias.
>
> No que se refere ao pacto federativo, a mudança o reafirma ao deixar expresso que as administrações tributárias dos Estados e do Distrito Federal, assim como a administração tributária da União, também são dotadas de instrumento tão eficiente (art. 37, caput, da Constituição Federal) para a fiscalização dos seus impostos, os quais são indispensáveis para a sua autonomia (art. 18, caput, da Constituição Federal).
>
> Salientamos que, existe também a necessidade do presente projeto de lei complementar alterar o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, autorizando a União a compartilhar informações de interesse das administrações tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com fundamento no art. 37, XXII, da Constituição Federal, e em harmonia com o art. 199, caput, do Código Tributário Nacional.
>
> A mudança tem por objetivo realizar o princípio da capacidade contributiva nos três níveis da federação e diminuir o encargo das instituições financeiras na colaboração com as administrações tributárias.
>
> Os meios de pagamento eletrônico são instrumentos de expressiva utilização na aquisição de bens e serviços. Logo as informações prestadas pelas instituições financeiras são também de interesse dos Estados e Municípios, pois possibilitam uma fiscalização mais eficiente dos seus impostos e, consequentemente, contribuem para a livre concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal).

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> Por outro lado, o compartilhamento das informações diminuiria o encargo das instituições financeiras, pois estas não teriam que enviar tais informações para todas as administrações tributárias estaduais e municipais.
>
> **Reiteramos que, a incorporação de disposições previstas no Convênio ICMS 134, de 9 de dezembro de 2016, ao texto da Lei objetiva, também, trazer maior segurança jurídica e reafirmar o pacto federativo.**
>
> Com relação à segurança jurídica, a alteração visa a afastar controvérsias jurídicas em tema tão tormentoso – sigilo das operações financeiras – e por consequência dar maior certeza quanto à aplicação da regra para todos envolvidos: instituições financeiras, contribuintes e administrações tributárias. **Nesse sentido, a autorização legislativa pretendida se mostra mais adequada do que a celebração de convênio**." (grifou-se)

Nessa linha de ideias, observa-se o intuito do legislador de justamente incorporar as disposições do Convênio ICMS 134, de 9 de dezembro de 2016, ao texto da lei, a fim de "t*razer maior segurança jurídica e reafirmar o pacto federativo*", afastando-se "*controvérsias jurídicas em tema tão tormentoso – sigilo das operações financeiras – e por consequência dar maior certeza quanto à aplicação da regra para todos envolvidos: instituições financeiras, contribuintes e administrações tributárias*".

Com efeito, o PLP 87/2021, ao acrescentar o inciso VIII ao § 3º do art. 1º da LC 105/2001, incluiria os Estados na regra que excepciona a quebra de sigilo. Além disso, o projeto sugere a alteração do referido art. 5º, bem assim a inclusão do § 2º no art. 6º, nos seguintes termos:

> "Art. 5º Os Poderes Executivos disciplinarão, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, **Estados e Distrito Federal** as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.
>
> […]
>
> Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (Regulamento)
>
> **§ 2º Nos casos de tratamento automático das informações por meio de monitoramento e malhas fiscais fica dispensada, aos Estados e ao Distrito Federal, a instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal.**"

Assim, nota-se que o legislador observou haver, efetivamente, uma ausência de previsão normativa em relação ao *acesso sistêmico* no âmbito das administrações fazendárias estaduais. **Nessa perspectiva, com a devida vênia, o Convênio em exame – norma infralegal – não seria capaz de suprir tal lacuna e, ao restringir direitos individuais sem qualquer previsão legal, acabou por violar os arts. 5º, inciso II, e 145, § 1º, do texto constitucional.**

Demais disso, a norma atacada também afronta as garantias constitucionais dos indivíduos fiscalizados, conforme será abordado.

2. Das violações às garantias individuais dos titulares das informações financeiras

De início, pontuo que a discussão travada nestes autos perpassa por algumas das premissas firmadas no julgamento conjunto da **ADI 6.649** e da **ADPF 695**, de minha relatoria, em que se debatia, em suma, a constitucionalidade do Decreto 10.046/2019. Tal norma instituiu o Cadastro Base do Cidadão (CBC), cujos objetivos, entre outros, eram os de "*facilitar o compartilhamento de dados cadastrais do cidadão entre os órgãos da administração pública*" e "*realizar o cruzamento de informações das bases de dados cadastrais oficiais a partir do número de inscrição do cidadão no CPF*" (art. 16, incisos V e VI).

Assim como no caso em tela, aquela controvérsia testava as possibilidades e os limites da proteção constitucional do direito à privacidade (art. 5º, inciso X, da CF), *vis-à-vis* os riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico que caracteriza a nossa sociedade da informação.

Consoante ponderei, na Era Digital, as novas tecnologias de comunicação se tornaram condições necessárias à realização de direitos básicos – como se faz evidente no campo da liberdade de expressão, de manifestação política e de liberdade religiosa. Contudo, verifica-se que esses mesmos avanços tecnológicos suscitam riscos generalizados de

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

violação de garantias constitucionais.

Assim, como ensina **Wolfgang Hoffmann-Riem**, é necessário que, diante das ameaças geradas pelo desenvolvimento da tecnologia, a jurisdição constitucional atue sempre como instrumento de inovação jurídica, visando à constante atualização da tutela dos direitos fundamentais:

> "As tecnologias oferecem um enorme potencial, e não é exagero referir-se às oportunidades decorrentes da sociedade da informação. Na maioria dos aspectos da vida diária, os cidadãos são hoje obrigados a utilizar as novas tecnologias para não serem social e economicamente marginalizados. Mas as novas tecnologias também trazem consigo um potencial de perigo: não só o de terceiros, incluindo o Estado, penetrando na esfera privada, mas também o desenvolvimento de um poder de comunicação e de poder econômico que impõe seus interesses seletivamente através de manipulação ou por outros meios." (tradução livre)
>
> (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la Sociedad de la Información. **Direito Público**, v. 12, n. 64, p. 40-61, jul./ago. 2015. p. 48-49)

Todo esse panorama nos indica que, em certas áreas, o processo artesanal de tomada de decisões críticas para o Estado de Direito tem sido progressivamente substituído por soluções automatizadas. Em decorrência dessas transformações, é inequívoco que, sob o influxo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, surge um dever estatal de proteção dos valores estruturantes do regime democrático, por meio da criação de salvaguardas institucionais que preservem a essência da cidadania.

É por isso que, diante dos riscos inerentes à sociedade da informação, cabe à Corte, de um lado, reconhecer que a disciplina jurídica do processamento e da utilização de dados pessoais acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo e, de outro, proceder a uma releitura de mecanismos clássicos de defesa das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito.

Esse ambiente faz com que os Tribunais Constitucionais tenham que proceder a uma constante reafirmação da força normativa da

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

Constituição, de modo a preservar garantias individuais que constituem a base do regime democrático e que, hoje, são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e os mecanismos de proteção da intimidade.

Feita essa contextualização, destaco que não se desconhece a utilidade das medidas previstas no Convênio Confaz 134/2016, as quais têm o propósito de fornecer à autoridade fazendária os subsídios – no caso, as informações – de que precisa para levar a cabo seu mister constitucional de fiscalizar e cobrar tributos.

Aliás, este é um aspecto que convém não esquecer. Quando discutirmos a permissão normativa para que a administração tributária tenha acesso aos dados relativos às operações bancárias dos contribuintes, o que está em debate não é exclusivamente o acesso, mas, sobretudo, o uso das informações.

Vale dizer, não se trata apenas de autorizar o Fisco a conhecer as operações financeiras dos contribuintes, mas de permitir que possa lançar mão desses dados para promover cruzamentos, averiguações e conferências com outros de que já dispõe e, ao fim, exigir os tributos que eventualmente tenham sido pagos a menor, se for o caso. Enfim, é fazer valer o dever geral de pagar impostos e de graduar essas exações conforme a capacidade econômica – *rectius*, contributiva – do sujeito passivo.

Aliás, essa tarefa vai ao encontro dos compromissos assumidos pelo país no cenário internacional, a exemplo do ***Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes***, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o qual, visando combater a evasão fiscal, estimula os procedimentos de troca de informações automáticas (*AEoI – Automatic Exchange of Information*; *cf*. OCDE. **Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters**. Paris: OECD Publishing, 2014).

E foi justamente devido ao reconhecimento desses propósitos legítimos que esta Suprema Corte concluiu que instrumentos como os previstos na Lei Complementar 105/2001 estão em consonância com o texto constitucional, eis que se destinam a conferir efetividade ao dever geral de pagar impostos e, sobretudo, a garantir que se faça de forma justa a repartição dos custos do Estado.

Assim, não se pretende inviabilizar o tratamento de dados pelos Estados. Essa atividade, como ensina **Miriam Wimmer**, está na "*essência das atividades do Poder Público e constitui condição indispensável para o*

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

cumprimento de suas missões" (WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. *In*: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 271-288. p. 271).

O Estado Fiscal como hoje o conhecemos depende de tributos para que possa existir e desempenhar as inúmeras tarefas/competências que lhe são atribuídas pelo texto constitucional (NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 192). Para tal finalidade, é imprescindível que sejam coletadas as informações referentes às atividades de seus contribuintes.

Nesse particular, as operações previstas no convênio examinado são de especial relevância para a fiscalização no âmbito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Afinal, a norma atacada determina que as instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), devem enviar aos Estados "*todas as informações relativas às operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos que utilizem os instrumentos de pagamento de que trata este convênio, conforme leiaute previsto em Ato COTEPE/ICMS*" (cláusula terceira).

São instrumentos de pagamento os "*cartões de débito, crédito, de loja (private label), transferência de recursos, transações eletrônicas do Sistema de Pagamento Instantâneo* [SPI]*, e demais instrumentos de pagamento eletrônico*" (cláusula segunda). Com o Convênio ICMS 166/2022, foi acrescido o § 5º-A à cláusula terceira, o qual também estabelece a obrigação de envio das transações via PIX de forma retroativa, desde o início dos serviços deste meio de pagamento.

Portanto, não é preciso nenhum esforço para concluir que o Convênio ICMS 134/2016 subsidia os Estados e o Distrito Federal com informações de grande relevância no interesse da apuração e da fiscalização de fatos geradores do ICMS.

Ocorre, contudo, que esse regramento não assegura o necessário equilíbrio entre o poder de vigilância e os mecanismos de proteção da intimidade. É dizer: para além da inconstitucionalidade formal do convênio – abordada anteriormente – a norma, ao deixar de prever regras para o procedimento de compartilhamento de informações albergadas pelo sigilo bancário, também viola as garantias individuais dos titulares desses dados.

Valendo-me do mesmo exame realizado no julgamento do

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

mencionado **Tema 225**, concluo que as regras do convênio não respeitam o núcleo essencial dos direitos à privacidade e ao sigilo de dados e não atendem à proporcionalidade em seu sentido estrito.

Rememoro, nesse ponto, que, conforme restou consignado no voto do Ministro Edson Fachin no julgamento desse *leading case*, "*do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira*".

Nessa toada, destaco a fala sempre incisiva do Professor **Ives Gandra**, que afirma em artigo doutrinário:

> "O sigilo bancário é uma defesa da privacidade, entendida esta como elemento da personalidade, que não diz respeito apenas a aspectos íntimos, mas também à externalidade, como, por exemplo, os dados patrimoniais.
>
> A terceiros que detenham tais informações não é dado revelá-las, sob risco de perderem a credibilidade e poderem ser acionados por danos patrimoniais e morais, inclusive.
>
> […]
>
> A maioria da sociedade não frequenta e nem deseja frequentar colunas sociais e espera que sua privacidade e intimidade, pessoal e patrimonial, sejam preservadas, incomodando-se sempre que atingidos pela publicidade indevida ou pela violação de seus direitos.
>
> A movimentação patrimonial de bens mobiliários que o sigilo bancário visa a proteger, portanto, diz respeito à intimidade e privacidade das pessoas."
>
> (MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo Bancário e Privacidade**. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Sigilos Bancário e Fiscal**: Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 89-90).

Assim, para que se possa mitigar os direitos à privacidade e ao sigilo bancário, é necessário que haja, antes, uma fundamentação adequada, com regras que impossibilitem o acesso direto e indiscriminado às informações financeiras dos cidadãos, bem assim que imponham deveres e penalidades aos agentes responsáveis por essas operações. Nesse sentido, rememoro os parâmetros fixados pelo Tribunal, no julgamento

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

da referida **ADI 6.649**, quanto ao compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública:

> "[...] 3. O tratamento de dados pessoais pelo Estado é essencial para a prestação de serviços públicos. Todavia, diferentemente do que assevera o ente público, a discussão sobre a privacidade nas relações com a Administração Estatal não deve partir de uma visão dicotômica que coloque o interesse público como bem jurídico a ser tutelado de forma totalmente distinta e em confronto com o valor constitucional da privacidade e proteção de dados pessoais.
>
> 4. Interpretação conforme à Constituição para subtrair do campo semântico da norma eventuais aplicações ou interpretações que conflitem com o direito fundamental à proteção de dados pessoais. O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública, pressupõe: **a) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); b) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II); c) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível com o setor público.**
>
> 5. O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos públicos pressupõe rigorosa observância do art. 23, inciso I, da Lei 13.709/2018, que determina seja dada a devida publicidade às hipóteses em que cada entidade governamental compartilha ou tem acesso a banco de dados pessoais, 'fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos'.
>
> 6. O compartilhamento de informações pessoais em atividades de inteligência deve observar a adoção de medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; a instauração de procedimento administrativo formal, acompanhado de prévia e exaustiva motivação, para permitir o controle de legalidade pelo Poder Judiciário; a utilização de sistemas eletrônicos de segurança e de registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> caso de abuso; e a observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular previstos na LGPD, no que for compatível com o exercício dessa função estatal.
>
> 7. O acesso ao Cadastro Base do Cidadão deve observar mecanismos rigorosos de controle, **condicionando o compartilhamento e tratamento dos dados pessoais à comprovação de propósitos legítimos, específicos e explícitos por parte dos órgãos e entidades do Poder Público**. A inclusão de novos dados na base integradora e a escolha de bases temáticas que comporão o Cadastro Base do Cidadão devem ser precedidas de justificativas formais, prévias e minudentes, cabendo ainda a observância de medidas de segurança compatíveis com os princípios de proteção da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, inclusive a criação de sistema eletrônico de registro de acesso, para fins de responsabilização em caso de abuso.
>
> 8. O tratamento de dados pessoais promovido por órgãos públicos que viole parâmetros legais e constitucionais, inclusive o dever de publicidade fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares, associada ao exercício do direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de dolo ou culpa. [...]
>
> (ADI 6.649, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19.6.2023 grifou-se)

Esse aresto, a partir da nova leitura do direito à privacidade sob o prisma da *autodeterminação informativa*, consignou relevantes critérios para que pudesse haver tal compartilhamento; quais sejam: (i) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); (ii) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II); (iii) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como (iv) o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível com o setor público.

Por seu turno, o convênio impugnado apenas determina o compartilhamento das informações financeiras que discrimina e discorre sobre a periodicidade do envio dos dados, sem prever requisitos, cautelas e procedimentos necessários à preservação do sigilo das informações bancárias obtidas, bem assim à salvaguarda dos direitos individuais dos

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

titulares.

Aliás, o armazenamento dos dados coletados, no bojo desse convênio, é disciplinado pelo Ato COTEPE/ICMS 38/2024, que determina o envio do resumo das informações contidas nos arquivos DIMP ("Declaração de Informações de Meios de Pagamentos") de todos os Estados para a Secretaria de Fazenda do Estado do Piauí; *in verbis*:

> "Art. 1º O Resumo de Compartilhado de Arquivos da Declaração de meios de Pagamentos – DIMP – RCAD Versão 04, conforme manual de orientação, que terá como chave de codificação digital a sequência ca11e38eb93e4120d663ed11a8500447, obtida com a aplicação do algoritmo MD5 – 'Message Digest 5', e disponibilizada no sítio eletrônico do CONFAZ (www.confaz.fazenda.gov.br), fica instituído.
>
> Parágrafo Único. O RCAD corresponde ao resumo das informações contidas no arquivo DIMP, gerado pela aplicação de validação e transmissão dos arquivos TED-TEF. Deverá ser encaminhado para a UF de destino do arquivo DIMP e também, em cópia, para a Secretaria de Fazenda do Estado do Piauí, que compilará as informações de todos os arquivos recebidos e disponibilizará, em ambiente seguro e restrito aos fiscos para análise de possíveis omissões ou erros de elaboração nos arquivos DIMP."

Esse regramento demonstra, uma vez mais, a ausência de balizas que imponham critérios transparentes atinentes à transmissão, à manutenção do sigilo e ao armazenamento de tais informações. Não há qualquer previsão quanto ao prazo de guarda do dados enviados, em linha com a manutenção da finalidade pública da administração tributária, o que é exigido, inclusive, pela Lei Geral de Proteção de Dados (arts. 23 e ss.).

Com todas essas considerações, reputo inconstitucional o convênio em exame, eis que veicula intervenção grave no direito à privacidade sem, contudo, prever os requisitos adequados de proteção das garantias constitucionais dos titulares dos dados. Nesse sentido, destaco a seguinte lição da Professora **Laura Schertel**:

> "Extrai-se, assim, como princípio básico para a limitação do direito à proteção de dados pessoais que, quanto mais grave

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> for a violação ao direito à privacidade do indivíduo, maiores devem ser os requisitos para a intervenção nesse direito e mais específica deve ser a lei que prevê essa intervenção."
>
> (MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 188-189)

Assim, concluo que o Convênio 134/2016 também viola os direitos à privacidade, ao sigilo de dados, ao devido processo legal e à proteção de dados pessoais insculpidos na Constituição Federal (art. 5º, incisos X, XII, LIV e LXXIX).

Portanto, com a mais respeitosa vênia, divirjo da eminente relatora para julgar procedente a presente ação direta e declarar a inconstitucionalidade formal e material das cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta, do Convênio ICMS 134/2016, editado pelo Confaz.

3. Modulação dos efeitos

Por derradeiro, diviso razões que justificam a postergação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ora pronunciada.

Note-se que a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo é um poder conferido ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 27 da Lei 9.868/1999, condicionado à presença de interesse social e à necessidade de garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Tal instituto busca evitar que a decisão proferida por esta Corte afete, de forma negativa e relevante, importantes valores sociais, especialmente os princípios da boa-fé e da confiança legítima, que, no caso, respaldam os lançamentos tributários já efetuados pelas administrações fazendárias estaduais no estrito cumprimento de suas competências legais e constitucionais.

Nessa perspectiva, pondero que, no presente caso, haveria evidente situação de avultada insegurança jurídica em relação às fiscalizações e apurações que ocorreram e que resultaram em lançamentos tributários de ICMS quando da vigência da norma questionada, o que ocasionaria impactos financeiros indesejados em desfavor dos Estados.

Ressalto que esta Corte já se pronunciou pela modulação dos efeitos em casos semelhantes ao dos autos, em que se buscou preservar, à luz da

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

segurança jurídica, as relações jurídico-tributárias anteriores à declaração de inconstitucionalidade.

Cito, a propósito, o julgamento do **Tema 201** da repercussão geral, no qual o Tribunal concluiu ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. No caso, foram modulados os efeitos do julgamento, a fim de que o precedente orientasse todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação daquele entendimento, **tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte**.

Menciono, ademais, o **Tema 745**, em se decidiu que discrepam do figurino constitucional alíquotas de ICMS sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. Naquela assentada, também foram modulados os efeitos da decisão, com efeitos *ex nunc*, a fim de se garantir que "*os impactos da decisão da Corte nas contas das unidades federadas serão amenizados em certa medida e num espaço de tempo adequado*".

Ressalto, ainda, os seguintes precedentes:

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Lei nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. ICMS-comunicação. Atividades-meio. Não incidência. Critério para definição de margem de valor agregado. Necessidade de lei. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda e padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão.
>
> [...]
>
> 7. Ação direta não conhecida no tocante aos arts. 2º, § 3º; 16, § 2º; e 22, parágrafo único, da Lei nº 7.098/98 do Estado de Mato Grosso; julgada prejudicada em relação ao art. 3º, § 3º, da

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

mesma lei; e, no mérito, julgada parcialmente procedente, declarando-se a inconstitucionalidade (i) das expressões "adesão, acesso, disponibilização, ativação, habilitação, assinatura" e "ainda que preparatórios", constantes do art. 2º, § 2º, I, da Lei nº 7.098/98, com a redação dada pela Lei nº 9.226/09; (ii) da expressão "observados os demais critérios determinados pelo regulamento", presente no art. 13, § 4º, da Lei nº 7.098/98; (iii) dos arts. 2º, § 1º, VI; e 6º, § 6º, da mesma lei.

8. Modulam-se os efeitos da decisão nos termos da ata do julgamento."

(ADI 1.945, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 20.5.2021 – grifou-se)

"Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. Pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado. Acolhimento.

1. A Corte fixou, no acórdão embargado, a tese de que '[i]ncide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira'.

2. A ausência de modulação dos efeitos da decisão ensejaria impactos financeiros indesejados em desfavor dos contribuintes, bem como dos estados e dos municípios, entes políticos cujas finanças já estão combalidas, e resultaria em grande insegurança jurídica, indo de encontro à boa-fé dos contribuintes que recolheram um tributo acreditando ser o correto.

3. Embargos de declaração acolhidos, modulando-se os efeitos da decisão embargada, bem como se estabelecendo que ela produza efeitos ex nunc a partir do dia da publicação da ata de julgamento do mérito, de modo a se convalidarem os recolhimentos de ICMS e de ISS efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral, ficando ressalvados: (i) as hipóteses de comprovada bitributação; (ii) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS ou o ISS devidos até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iv) as ações

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/08/2024

> judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito. Em todos esses casos, deverão ser observados o entendimento desta Corte, bem como o prazo decadencial e o prescricional."
>
> (RE 605.552 ED-segundos, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 12.4.2021 - grifou-se)

Por essas razões, entendo que estão presentes, *in casu*, as razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social para que a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas produza seus efeitos apenas a partir da publicação da ata deste julgamento.

4. Conclusão

Ante o exposto, acompanho a eminente relatora no sentido da conversão da apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito, bem como para conhecer parcialmente da presente ação direta de inconstitucionalidade apenas quanto às cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta do Convênio ICMS 134/2016.

Na parte conhecida, divirjo da relatora para julgar **procedente** o pleito apresentado na presente ação.

Por fim, proponho a **modulação dos efeitos** da decisão, a fim de determinar que a presente declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia apenas a partir da publicação da ata deste julgamento.