

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF contra o disposto nas cláusulas segunda, terceira, quarta e sexta, parágrafo único, do Convênio ICMS 134/2016, editado pelo CONFAZ, e de sua regulamentação infralegal, por alegada ofensa 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.

O convênio impõe obrigações acessórias às instituições financeiras e intermediadores de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, relativas ao fornecimento de informações das operações financeiras realizadas por pessoas jurídicas ou pessoas físicas, ainda que não inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS.

A Requerente sustenta, em síntese, que: (i) as obrigações instituídas pelo Convênio ICMS 134/2016 veiculam matéria relacionada ao sistema financeiro nacional e, por isso, devem ser regulada por lei complementar, conforme art. 192 da Constituição da República; (ii) o fornecimento dos dados pelas instituições financeiras para a administração tributária estadual e distrital configuraria quebra de sigilo bancário das informações repassadas; e (iii) o art. 5º da Lei Complementar 105/2001 dirige-se exclusivamente à administração tributária federal.

A Relatora Ministra Cármen Lúcia não conheceu da ação direta relativamente à declaração de inconstitucionalidade dos atos infralegais regulamentadores do Convênio ICMS 134/2016, diante da ausência de “densidade normativa autorizadora do controle abstrato de constitucionalidade na via processual adotada”. Por sua vez, quanto à alegação de inconstitucionalidade do Convênio ICMS 134/2016, entendeu Sua Excelência que estão “presentes os requisitos de generalidade, abstração e autonomia que o tornam apto a possibilitar o controle abstrato de constitucionalidade pretendido”.

No mérito, a Ministra Cármen Lúcia votou pela improcedência do pleito apresentado na presente ação. Para a Relatora, a norma questionada é de natureza tributária, não dispondo sobre o sistema

financeiro nacional e, assim, não atraindo o comando do art. 192 da Constituição da República, que exige lei complementar para dispor sobre tal matéria.

Para a Ministra Cármen Lúcia, o Convênio CONFAZ 134/2016 está em harmonia com as disposições do Código Tributário Nacional sobre o assunto, pois: (i) é uma norma complementar que integra a legislação tributária, nos termos dos arts. 96, 100, inc. IV, do Código Tributário Nacional (CTN); (ii) impõe às instituições financeiras e intermediadores de pagamento uma obrigação assessória, a qual, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN, não se sujeita à legalidade estrita, e pode ser instituída pela “legislação tributária”; e (iii) foi instituído nos termos do art. 37, inc. XXII, da Constituição Federal, e do art. 199 do CTN, que autorizam a assistência mútua entre as administrações tributárias dos entes federados.

Ademais, a Relatora entende que o Convênio questionado também respeita os direitos à privacidade e ao sigilo bancário previstos na Constituição Federal.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia apresenta um profundo histórico do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o conflito entre o sigilo bancário e o compartilhamento de dados com as autoridades fiscais. Afirma que no julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, DJe 21/10/2016, o Tribunal assentou que a transferência de dados bancários por instituições financeiras à administração tributária não configura ofensa ao direito fundamental à intimidade. Tal entendimento também foi afirmado no RE n. 601.314/SP, paradigma do Tema 225 de Repercussão Geral, DJe 16/9/2016, objeto da seguinte tese:

I - 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 traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Sobre a alegação da Requerente de que o art. 5º da Lei Complementar 105/2001 dirige-se exclusivamente à administração tributária federal, a Ministra Cármen Lúcia pondera que essa

interpretação “representaria inequívoca ofensa à autonomia e isonomia que deve prevalecer entre os entes federado”. Em suas palavras:

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. 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 descumpra 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, afirmo 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.” (grifei)

Com base nessa fundamentação, a Relatora conhece parcialmente da ação direta e, na parte conhecida, vota pela improcedência dos pedidos, nos seguintes termos:

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.

Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes apresentou entendimento divergente. Para Sua Excelência, o art. 5º da Lei Complementar 105/01 foi expresso ao conferir exclusivamente para a administração tributária da União o chamado “acesso sistêmico”, segundo o qual as instituições financeiras prestarão informações relativas às diversas operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. Por sua vez, o art. 6º da referida lei complementar dispõe que Estados e Municípios, quando existente prévio processo administrativo ou procedimento fiscal, podem examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras.

Conforme destaca o Ministro Gilmar Mendes, a existência de diferentes graus de acesso às informações financeiras dos contribuintes foi reconhecida e validada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Assim, Sua Excelência conclui pela “ausência de disciplina legal em relação ao acesso sistêmico pelas administrações tributárias estaduais”, de sorte que o Convênio ICMS n. 134/2016, ao restringir direitos individuais sem qualquer previsão legal, viola os arts. 5º, inciso II, e 145, § 1º, da Constituição Federal.

Ademais, para o Ministro Gilmar Mendes, o Convênio ICMS 134/2016 violou as garantias individuais dos titulares das informações financeiras, em virtude da “ausência de balizas que imponham critérios transparentes atinentes à transmissão, à manutenção do sigilo e ao armazenamento de tais informações.”. Por isso, entende que o Convênio

134/2016 viola os direitos à privacidade, ao sigilo de dados, ao devido processo legal e à proteção de dados pessoais previstos na Constituição Federal (art. 5º, incisos X, XII, LIV e LXXIX). Ao final, Sua Excelência vota nos seguintes termos:

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.

Pois bem.

Peço vênia para, respeitosamente, divergir da Ministra Cármen Lúcia. Entendo que a presente ação direta deve ser julgada procedente, diante da inconstitucionalidade das disposições do Convênio ICMS 134/2016. Adiro, assim, ao voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, com os acréscimos de fundamentação apresentados abaixo.

Em primeiro lugar, entendo importante estabelecer como premissa que, assim como assentado nos votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a transferência de dados bancários por instituições financeiras à administração tributária não configura ofensa ao direito fundamental à privacidade. No julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, a Corte entendeu que a prestação de informações bancárias às autoridades fiscais, em verdade, “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”. (ADI 2859, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJE 20/10/2016; grifei)

Em segundo lugar, comungo do entendimento do Ministro Decano, no sentido de que o art. 5º da Lei Complementar 105/01 conferiu o intitulado “acesso sistêmico” exclusivamente às autoridades tributárias da União. Os Estados e Municípios devem se valer dos instrumentos conferidos pelo art. 6º do diploma legal para acessarem os dados

financeiros de seus contribuintes. Nesse sentido, transcrevo trechos do acórdão prolatado no julgamento conjunto das ADIs nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859:

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 lembrar o art. 5º; é fundamental lembrar 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 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.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -
Identificado, não é, Ministro?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Justificado, fundamentado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Todas identificadas, inclusive dos servidores. (ADI 2859, Rel. Min.

Ainda naquele julgamento, trago à colação excerto do voto do Ministro Luís Roberto Barroso em que Sua Excelência menciona parâmetros que devem ser observados pelas autoridades tributárias dos entes subnacionais, inclusive condicionando tal acesso a existência de uma “pertinência temática”, no sentido de que a “informação bancária tenha alguma relevância para o tributo que esteja sendo cobrado”.
Transcrevo:

Portanto, Presidente e eminente Relator, eu imaginaria que o acesso por autoridades estaduais e municipais fica condicionado, a meu ver, primeiro, a uma "pertinência temática" - é preciso que aquela informação bancária tenha alguma relevância para o tributo que esteja sendo cobrado. É a primeira informação relevante.

(...)

No geral, estou acompanhando o Ministro Toffoli, mas eu confiro interpretação conforme à Constituição, ao artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista depende de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação, em que se assegure, tal como se dá quanto à União, por força da Lei nº 9.784/99 e do Decreto nº 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias. E aí vem:

- a) a notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos;**
- b) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente;**
- c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso;**
- d) por fim, estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.**

Portanto, eu considero a Lei constitucional e nisso estou de pleno acordo com o Ministro Dias Toffoli e acho que ninguém diverge disso. Apenas, no meu voto, eu faço questão de explicitar essas exigências, porque são cinco mil Municípios, mais de cinco mil Municípios” (ADI 2859, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 20/10/2016; p. 99 - grifei)

Ademais, no julgamento do RE 601.314/SP, paradigma do Tema 225

de Repercussão Geral (DJe 16/9/2016), o Supremo Tribunal Federal, o Plenário firmou a seguinte tese de repercussão geral relativa à constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 105/01:

I - 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 traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal validou as disposições do arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001, que estabelecem importante mecanismo de atuação das autoridades fiscais para a concretização do princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

Diante do exposto, e na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, entendo que o Convênio ICMS 134/2016, ao impor às instituições financeiras e intermediadores de pagamento a obrigação de fornecer dados de pagamentos realizados por meio eletrônico às Secretárias da Fazenda dos Estados, viola os parâmetros firmados na jurisprudência da Suprema Corte sobre a controvérsia.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia sustenta que o art. 5º da Lei Complementar n. 105/01 deve abranger, também, as autoridades tributárias dos Estados. Para a Relatora, restringir os poderes fiscalizatórios ali previstos à União “configuraria inequívoca ofensa à autonomia e isonomia que deve prevalecer entre os entes federados.”. Como fundamento, cita a ADPF n. 357/DF, em que o Plenário declarou não recepcionada pela Constituição Federal as normas previstas no parágrafo único do art. 187 do CTN e no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/1980.

Naquele julgamento, como se sabe, prevaleceu o entendimento de que “a definição de hierarquia na cobrança judicial dos créditos da dívida pública da União aos Estados e Distrito Federal e esses aos Municípios descumpra o princípio federativo e contraria o inc. III do art. 19 da Constituição da República de 1988” (ADPF 357/DF, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 7/10/21)

Com a devida vênia ao entendimento da Relatora, não me parece que, *in casu*, estamos diante de um conflito federativo com potencialidade de pôr em risco a autonomia dos entes federados e a isonomia que deve prevalecer entre eles. A atribuição de competência fiscalizatória diversa para os entes federados não implica reconhecer a predominância de um sobre o outro.

Consoante consta da própria ementa prolatada na ADPF n. 357/DF, “a autonomia dos entes federados e a isonomia que deve prevalecer entre eles, **respeitadas as competências estabelecidas pela Constituição**, é fundamento da Federação.” Em outras palavras, a atribuição de poderes e faculdades distintas para os entes federados que decorra da repartição de competência prevista na Constituição Federal está em conformidade com o pacto federativo.

Assim, a previsão legal que estabeleça hierarquia na cobrança judicial dos créditos da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios fere o pacto federativo. Não há qualquer comando constitucional relativo à competência dos entes federados que sirva de fundamento para essa discriminação. Por outro lado, é justamente em razão das competências previstas no texto constitucional, que atribuem à União competências legislativa, tributária e regulatória específicas, que permitem que essa entidade - e somente ela - tenha um amplo poder fiscalizatório referente às operações financeiras e semelhantes.

É relevante, assim, que a Constituição Federal, no art. 153, inc. III e V, atribui à União a competência para instituir o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e o imposto sobre as operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). A competência relativa ao IOF, vale destacar, está em plena harmonia com a competência material da própria União para emitir moeda, administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada (art. 21, inc. VII e VIII da CRFB). Serve o IOF, ainda, como importante instrumento de natureza tributária para a atuação regulatória da União no Sistema Financeiro Nacional (art. 192 da CRFB).

Nessa toada, ao consagrar o princípio da capacidade contributiva, o § 1º do art. 145 da Constituição Federal também prevê os poderes da administração tributária, que poderá identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 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.** (grifei)

Ao analisar o dispositivo, ensina Luís Eduardo Schoueri que, “no regime constitucional brasileiro, a atividade de fiscalização foi prevista como corolário do Princípio da Capacidade Contributiva”. E conclui:

Objeto da fiscalização é a identificação do patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte.

Conforme a competência tributária de cada ente, um ou outro desses elementos ganhará maior relevância. Por exemplo, não se justifica que a fiscalização do IPTU pretenda averiguar se o contribuinte possui veículos automotores. O poder de fiscalizar decore do poder de tributar e com este deve ser harmônico.

Afinal, por força da distribuição de competências em matéria de impostos, as diversas manifestações de capacidade contributiva foram distribuídas entre as Pessoas Jurídicas de Direito Público: cada qual tem um quinhão de seu interesse. Daí que o objeto da fiscalização é a identificação do patrimônio rendimentos e atividades econômicas de competência da respectiva autoridade tributária.

A harmonia não implica que seja o poder de fiscalizar contido pelo poder de tributar: não é necessário que haja um tributo devido para que surja o poder de fiscalizar; ao contrário, da fiscalização pode-se concluir que nenhum tributo é devido. Mas, justamente para que se tenha tal certeza, ha- verá a

fiscalização. Assim, por exemplo, um ente imune está sujeito à fiscalização, que investigará se os requisitos constitucionais ou da Lei Complementar, se for o caso, foram preenchidos.

Por outro lado, **é a mesma harmonia que indicará os limites da fiscalização: quanto mais distante estiver a situação fiscalizada da competência do ente tributante, tanto menor será a justificativa para a atuação da Administração Tributária.** (Schoueri, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraivajur, 2023. p. 936 - grifei)

Portanto, a competência tributária da entidade política, tal como repartida pela Constituição Federal, irá atuar como limite aos poderes fiscalizatórios da respectiva administração tributária. Nesse mesmo sentido, Roque Antônio Carrazza leciona que “nenhum ente tributante pode exigir, de contribuinte ou de terceira pessoa a ele relacionada, o cumprimento de deveres instrumentais concernentes a tributo que não lhe compete” (Carrazza, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 287).

Nessa ordem de ideias, o comando do § 1º do art. 145 da Constituição Federal fixa os parâmetros daquilo que o CTN, ao dispor sobre as obrigações acessórias – instituto inerente às atividades da fiscalização tributária -, implementou em sede de lei complementar: o caráter instrumental das obrigações acessórias, que devem ser instituídas “no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”, *litteris*:

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.** (grifei)

A doutrina, ao analisar o dispositivo, é bastante clara em destacar a instrumentalidade das obrigações acessórias, que servem para viabilizar a cobrança de determinado tributo. Há inegável correlação entre o objeto do tributo cobrado e a respectiva obrigação acessória. Para Hugo de Brito Machado, “é importante insistir em que a obrigação tributária acessória não é apenas um dever que a Administração impõe ao sujeito passivo da obrigação tributária principal. É essencialmente um dever instrumental,

que nenhuma finalidade pode ter, além daquela de viabilizar o controle do adimplemento da obrigação principal.” (Machado, Hugo de Brito. *Obrigação tributária acessória e abuso do poder-dever de fiscalizar*. In. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 24. p. 61)

Em síntese, a administração tributária, no exercício da atividade fiscalizatória - instrumento para concretização do princípio da capacidade contributiva - deve atuar dentro dos limites da sua competência impositiva. Daí que as obrigações acessórias devem estar minimamente relacionadas ao objeto da obrigação principal. E, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz, esse caráter finalístico das obrigações acessórias permite o controle de sua consistência jurídica:

Sua acessoriedade não tem, como à primeira vista poderia parecer, o sentido de ligação a uma específica obrigação principal, da qual dependa. Na verdade, ela subsiste ainda quando a principal (à qual se liga ou parece ligar-se) seja inexistente em face de alguma imunidade, isenção ou não incidência. **A marca de sua acessoriedade está, antes, na instrumentalidade para controle de cumprimento, sendo, pois, uma imposição de fazer ou não fazer de caráter finalístico. E, em face desse caráter, sujeita-se à relação meio/fim, o que é nuclear, isto sim, para o exame da sua consistência jurídica.**

(...)

Tratando-se de uma relação finalista, é óbvia sua submissão à razoabilidade, donde a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da prestação exigida em face da finalidade visada. (Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado*. In: Ferraz, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 268)

Nesse contexto, a leitura atenta da Lei Complementar n. 105/01 revela que o legislador, ciente do comando previsto no § 1º do art. 145 da Constituição Federal, conferiu poderes diversos para as administrações tributárias da União, de um lado, e dos Estados e Municípios, de outro lado. O fundamento para esse tratamento é a repartição da competência tributária delineada no texto constitucional e os distintos interesses das

administrações tributárias das entidades federadas.

Ressalto, assim, um ponto de fundamental importância para o presente caso: a Constituição Federal, no art. 153, inc. III e V, atribui à União a competência para instituir o imposto de renda e o IOF. Do poder de tributar as operações financeiras, e da renda eventualmente auferida através dessas transações, surge o poder de fiscalizá-las. O “acesso sistêmico” previsto no art. 5º da Lei Complementar 105/01 é importante instrumento a serviço da União para a fiscalização do imposto de renda e do IOF, e busca concretizar o princípio da capacidade contributiva para esses impostos.

Ademais, cumpre lembrar que, à época em que editada a Lei Complementar n. 105/01, ainda estava em vigor a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), prevista no art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Regulada pela Lei n. 9.311/96, a CPMF incidia sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeiras realizadas pelas instituições financeiras e entidades previstas no art. 2º do diploma legal.

Nessa linha, Roberto Quiroga Mosquera, escrevendo sobre a CPMF, reconhece a validade dos poderes fiscalizatórios da União previstos na Lei Complementar n. 105/01 e na Lei n. 9.311/96, enquanto instrumento para que tal ente possa exercer a competência tributária plena desse tributo:

Se o Texto Constitucional atribuiu competência tributária à União para instituir a CPMF, que apresenta como critério de materialidade para sua incidência a circulação da moeda, como impedir que a referida entidade estatal tenha conhecimento das respectivas operações, com o intuito de fiscalizar e fazer cumprir o mandamento das respectivas competências exercidas? Parece-nos que, no caso, dois princípios estão plenamente confrontados, o princípio da proteção do sigilo bancário e o princípio do exercício pleno da competência tributária. Porém, o confronto não quer dizer infringência a um ou a outro princípio. Um princípio amolda-se ao outro para que não ocorra a mitigação recíproca. (Mosquera, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 273)

Nesse quadro, o *caput* do art. 5º da Lei Complementar n. 105/01 determina que as instituições financeiras informarão à administração tributária da União dados sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. Por sua vez, as “operações financeiras” mencionadas nos incisos do § 1º do dispositivo refletem, na verdade, diversas operações financeiras passíveis de gerar acréscimo patrimonial ou rendimento tributáveis pelo imposto de renda. Essas “operações financeiras” também denotam indícios de transações que são potencialmente tributadas pelo IOF – quando não representam o próprio fato gerador desse imposto. Também constam nesses incisos diversas operações que, na época da edição da Lei, eram passíveis de tributação pela extinta CPMF. Pela pertinência, transcrevo o dispositivo:

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.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII – operações com ouro, ativo financeiro;

XIII - operações com cartão de crédito;

XIV - operações de arrendamento mercantil; e

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2o As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3o Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4o Recebidas as informações de que trata este artigo, se 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.

§ 5o As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Por todo o exposto, na minha compreensão, o “acesso sistêmico” previsto no art. 5º da Lei Complementar 105/01 foi conferido exclusivamente à União em razão da sua competência tributária relativa ao imposto de renda e ao IOF (e à extinta CPMF). Na perspectiva da União, há inegável consistência jurídica na obrigação acessória que impõe, às instituições financeiras, a obrigação de informarem dados relativos às operações realizadas pelos usuários de seus serviços e que potencialmente estão sujeitas aos tributos de sua competência.

Por sua vez, franquear aos Estados o acesso incondicional às informações relativas às operações financeiras previstas no art. 5º da Lei Complementar n. 105/01, como proposto pela Ministra Relatora Cármen Lúcia em seu voto, não atende ao previsto no § 1º do art. 145 da Constituição Federal.

No caso concreto, o Convênio ICMS 134/2016 impõe às instituições financeiras e intermediadores de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, obrigações acessórias relativas ao

fornecimento de informações das operações financeiras realizadas por pessoas jurídicas ou pessoas físicas, ainda que não inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS. Na petição inicial, o Requerente afirmou o seguinte sobre as informações que devem ser informados às autoridades fiscais estaduais pelas instituições financeiras:

5. Esse Convênio CONFAZ e o Manual de Orientação elaborado pela COTEPE regulam a obrigação acessória a que se denomina Declaração de Informações de Meios de Pagamentos (DIMP), que alcança os bancos de qualquer espécie e estabelece a obrigatoriedade de prestação mensal e automática de informações sobre pagamentos (ex.: boletos), transferências de recursos (ex.: Transferência Eletrônica Disponível/TED e Documento de Crédito/DOC) e transações eletrônicas do Sistema de Pagamento Instantâneo (PIX) realizadas, tendo por destino dos recursos os por seus clientes, sem a previa constituição o de processo administrativo regular.

6. Precisamente, no caso das instituições financeiras bancárias, as informações a serem prestadas abrangem créditos nas contas correntes de seus clientes ou usuários (operações passivas dos bancos), que não necessariamente tem relação com transações mercantis, comerciais ou de prestação de serviços sujeitas a incidência do ICMS, tributo objeto do referido Convênio (sob a presunção de possível relação com a exigência do tributo, pretende-se acesso a informações de quaisquer créditos verificados nas contas das pessoas físicas ou jurídicas depositantes das instituições financeiras). (documento eletrônico 1, p. 5)

Verifico, assim, que as informações requeridas pelo Convênio ultrapassam os limites do art. 145, § 1º, da Constituição Federal. Afinal, o objeto da fiscalização é a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas dos impostos de competência da respectiva autoridade tributária. A imposição de obrigação acessória relativa à dados de operações financeiras realizadas pelo contribuinte do ICMS, quando muito, está apenas remotamente vinculada à materialidade desse imposto, que incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

A exorbitância das informações exigidas no Convênio ICMS 134/2016

se mostra ainda mais clara quando contrastada com a obrigação de documentar a operação ou prestação sujeita ao ICMS por meio da emissão de nota fiscal, “documento onde se estampa o valor da operação ou prestação realizada e, por via de consequência, o valor do ICMS a pagar” (Carrazza, Roque Antonio. *ICMS*. 19. Ed. São Paulo: Malheiro/Juspodvm, 2022. p. 733-734). Como se vê, a obrigação de emissão de nota fiscal objetiva justamente municiar as autoridades fiscais estaduais de informações relativas à ocorrência do fato gerador do ICMS, atendendo à finalidade instrumental das obrigações acessórias e da própria fiscalização tributária.

Por sua vez, o Convênio ICMS 134/2016, bem como o “acesso sistêmico” previsto no art. 5º da Lei Complementar 105/01, contém informações que não são diretamente ligadas à materialidade do ICMS. Extrapolam, portanto, os limites impostos pelo § 1º do art. 145 da Constituição Federal.

Ademais, o Convênio versa sobre informações sensíveis, cujo sigilo é protegido pela Constituição Federal, que consagra o direito à privacidade, ao sigilo de dados, ao devido processo legal e à proteção de dados pessoais. Assim, na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, a estipulação da obrigação de prestar essas informações em norma infralegal também viola o disposto nos artigos art. 5º, incisos II, X, XII, LIV e LXXIX do texto constitucional.

Dito isso, compartilho das preocupações externadas no voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que a concretização do princípio da capacidade contributiva demanda que as autoridades fiscais tenham instrumentos para atender ao comando constitucional. Eis trecho do voto de Sua Excelência:

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.

De toda forma, não me parece que o exercício pleno da competência impositiva dos Estados relativa ao ICMS é impossibilitado pela declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS 134/16. O art. 6º da Lei Complementar 105/01 confere aos Estados instrumento adequado para a fiscalização de seus contribuintes. Caso constatada, em uma fiscalização relativa ao ICMS, a necessidade de examinar as operações financeiras do contribuinte ou do responsável, cabe às autoridades tributárias estaduais atuarem conforme o dispositivo e dentro dos parâmetros estabelecidos por este Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ações diretas 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, e do RE n. 601.314/SP, paradigma do Tema 225/RG.

Posto isso, conheço parcialmente da presente ação direta e, na parte conhecida, divirjo, respeitosamente, da Relatora Ministra Cármen Lúcia, para acompanhar a posição inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes, e julgar procedente a ação direta, com a declaração de inconstitucionalidade das cláusulas segunda, terceira, quarta e parágrafo único da cláusula sexta, do Convênio ICMS n. 134/2016. Adiro à modulação de efeitos propostas pelo Ministro Gilmar Mendes.

É como voto.