

Coordenador: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-chefe: Roberto Ferraz

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

36



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O SIGILO NA ARBITRAGEM E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES FISCAIS EM PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO

CONFIDENTIALITY IN ARBITRATION AND LIMITS IMPOSED TO TAX AUTHORITIES IN TAX INVESTIGATIONS

Elidie Palma Bifano

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela USP. Mestre e Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Professora no Curso de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo – FGV e nos Cursos de Especialização da Faculdade de Direito da PUC/SP, do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT e da Escola de Direito do CEU-IICS. Advogada em São Paulo. E-mail: epb@marizsiqueira.com.br.

Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela GVLaw. LLM em Direito Societário pelo Insper/IBMEC. Professora Convidada nos Cursos de Especialização e Atualização do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Advogada em São Paulo. E-mail: fcf@marizsiqueira.com.br.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar se os centros de arbitragem devem fornecer ao Fisco informações e documentos a respeito dos procedimentos arbitrais que estejam sob seus cuidados. O artigo analisa o art. 5º, incisos X, XI e XII, que dispõe sobre o direito à privacidade, à inviolabilidade domiciliar e ao sigilo de dados, o art. 197 do Código Tributário Nacional, que trata da apresentação de informações sobre terceiros às autoridades fiscais e a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que disciplina a arbitragem no Brasil. Trata-se de uma análise relevante e atual, sobretudo porque os debates em torno do sigilo se intensificaram internacionalmente e também no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: REFORMA FISCAL, IRS, ART. 16º, RESIDÊNCIA FISCAL PARCIAL

ABSTRACT

This paper aims to examine whether arbitration centers or institutions have to provide tax authorities with information and documents regarding arbitration proceedings. The paper analyses article 5, sections X, XI e XII, of the Brazilian Constitution, which establishes the right to privacy, non-violation of domicile and confidentiality of personal information, article 197 of Brazilian Tax Code, which regulates the presentation of third parties information to the tax authorities, and Law n. 9307, of 9.23.1996, which disciplines arbitration in Brazil. It is a relevant and contemporary analysis, especially because the debates around confidentiality have increased worldwide and also in the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: CONFIDENTIALITY, ARBITRATION, LAW N. 9307/96, ARTICLE 197 OF THE BRAZILIAN TAX CODE

I. INTRODUÇÃO

O instituto da arbitragem, introduzido pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, tem seu uso consagrado no Brasil. Entretanto, foi só após uma dura batalha travada pelos estudiosos da área que esse mecanismo, adotado em muitos países, de longa data, resultou inserido no direito pátrio. Por meio da arbitragem se resolvem, em curto prazo¹, questões de natureza patrimonial que, se levadas ao exame do Poder Judiciário, certamente demandariam anos. Dados divulgados em 2014, relativamente ao período de 2010 a 2013, indicam que as arbitragens processadas nas mais importantes câmaras e centros, no País, ascenderam a, aproximadamente, R\$ 16 bilhões² (dezesesseis bilhões de reais).

Quando, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar sobre a aplicação da Lei 9.307, em homologação de sentença estrangeira (Sentença Estrangeira 5.206, julgada em 12 de dezembro de 2001, pelo Tribunal Pleno), considerou que essa norma, além de constitucional, representava importante avanço no sentido de solucionar litígios sobre direitos patrimoniais, visto que o laudo arbitral resultante do acordo não precisaria ser homologado por uma autoridade judicial.

O procedimento a ser observado, na arbitragem, está contido na Lei 9.307. Para efeitos da análise que se pretende aqui desenvolver, é importante examinar, de forma breve, o seu art. 13, que dispõe sobre os árbitros, a saber:

“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

1 O prazo médio de solução das demandas é de 14 meses, de acordo com Ana Lucia Pereira, em palestra proferida em 19 de julho de 2012 intitulada O cenário atual da arbitragem no Brasil e os aspectos relevantes da arbitragem trabalhista, com divulgação do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (“CONIMA”), conforme se extrai do website <www.crasp.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2016.

2 Veja-se: LEMMES, Selma. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil, de 10.04.2014. Extraído do website <www.conjur.com.br>. Acesso em: 25 fev. 2016.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.”

O árbitro é a pessoa física escolhida pelas partes para dirimir a controvérsia. Estabelece o § 3º do art. 13 que as partes poderão, livremente, dispor sobre a forma de indicar o árbitro, podendo valer-se, também, de regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Esses órgãos e entidades especializados exercem a administração do processo de arbitragem e mediação, com funções similares àquelas desempenhadas pelos cartórios auxiliares do Poder Judiciário, nas hipóteses em que as partes optam por utilizar seu regulamento. Além disso, disponibilizam espaço adequado para instalação do tribunal arbitral e apoio estratégico e logístico para tanto. Por fim, cabe a esses órgãos e entidades, muitas vezes, a guarda e manutenção, em boas condições, dos documentos referentes a esses processos.

A questão que, a seguir, se passa a examinar diz respeito à atividade soberana do Estado de tributar e aos mecanismos de que se vale para fiscalizar os contribuintes e responsáveis, especialmente a validade constitucional de acessar os documentos que estão sob a guarda de órgãos e entidades especializados em arbitragem e mediação. Esse exame exige uma obrigatória incursão pelo complexo tema do sigilo de dados.

II. COLOCAÇÃO DO TEMA

O Fisco exerce atividade vinculada, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador e apurar a matéria tributável, quantificando-a na forma da lei e dos fatos, como determina o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Para que as autoridades fiscais possam desempenhar essa atividade que lhes é típica, e para que lhes seja viável fiscalizar o cumprimento da legislação tributária, os contribuintes, os responsáveis tributários e outros sujeitos de direito designados em lei devem agir em colaboração com o Fisco, prestando-lhe as informações pertinentes, que estiverem ao seu alcance e na esfera de sua competência.

Esse dever de colaboração, no entanto, não é irrestrito. Ele encontra limites na obrigação de alguns indivíduos de guardar segredo quanto a fatos, informações e documentos que estejam em seu poder, além de igualmente encontrar limites na garantia constitucional à privacidade e à inviolabilidade domiciliar e de sigilo.

O tema não é novo, tendo suscitado intensos debates nos últimos anos, inclusive à luz das disposições da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, que autorizou a quebra do sigilo bancário, pelas autoridades fiscais, de sujeitos passivos tributários.

Neste trabalho, a questão ficará circunscrita ao dever de confidencialidade que os órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas de arbitragem, que atuam no Brasil, devem guardar perante as partes que os procuram para a solução privada de litígios. Via de regra, esses órgãos e entidades atuam sob a designação de centros, câmaras e comitês de arbitragem, estando, muitas vezes, vinculados a entidades e associações representativas de interesses econômicos³.

Como se verá, a confidencialidade não pode ser olvidada ou mitigada, nem mesmo por imperativo da colaboração que deve existir para com o Fisco, porque, nos procedimentos arbitrais, o sigilo e a privacidade das respectivas informações e documentos é a regra, devendo, pois, prevalecer.

III. A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E OS DIREITOS AO SIGILO, À PRIVACIDADE E À INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Às autoridades fiscais foi outorgada competência para fiscalizar pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, mesmo que imunes ou isentas, de modo que o Fisco possa aferir a ocorrência do fato gerador, com a conseguinte constituição do crédito tributário mediante lançamento, quando for o caso, em estrito cumprimento à sua atividade vinculada e obrigatória, na forma do art. 142 do Código Tributário Nacional.

³ No Brasil os mais conhecidos dentre esses órgãos e entidades são: Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (“AMCHAM”); Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM/CCBC”); Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo – CIESP/FIESP (“CIESP/FIESP”); Câmara de Arbitragem do Mercado (“CAM”); Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (“CAM/FGV”); e Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (“CAMARB”).

O dever-poder⁴ de fiscalização é inerente ao Estado Democrático de Direito, na medida em que a vigilância que o Estado exerce assegura o cumprimento da ordem constitucional, além de também assegurar, agora em matéria tributária, a arrecadação fiscal, em prol do interesse público.

Esse dever-poder tem respaldo no art. 174, “caput”, da Constituição Federal, o qual autoriza o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, a exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização. Especificamente em matéria fiscal, o poder-dever de fiscalização ainda encontra esteio no art. 145 do texto constitucional, cujo § 1º, ao dispor sobre a capacidade contributiva do contribuinte e sobre a graduação dos tributos conforme os signos presuntivos de riqueza manifestados pelo contribuinte, estabeleceu que é “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”.

O dever-poder de fiscalização na seara tributária também vem estampado no art. 194 do Código Tributário Nacional, “in verbis”:

“Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.”

Ao lado do dever-poder das autoridades fiscais, situa-se o dever de colaboração dos contribuintes, responsáveis ou sujeitos de direito em geral, os quais, como regra, não podem se recusar a prestar informações ou apresentar documentos, quando solicitados no curso de procedimento de fiscalização.

De fato, as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, têm, para com as autoridades fiscais, um dever de colaboração, que lhes obriga a prestar informações, inclusive, e quando for o caso, de terceiros, de modo a auxiliar o Fisco em sua atividade vinculada de fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias. Isto porque, como explica Paulo de Barros Carvalho: “É da essência dos atos administrativos a finalidade de ordem pública, de

4 Sobre o uso e o significado do termo “dever-poder”, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que os agentes da Administração Pública exercem “função administrativa”, estando adstritos a satisfazer interesses públicos, isto é, interesses da coletividade. Por este motivo, o autor explica que: “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62-63)

modo que as colaborações prestadas aos agentes, no exercício regular de suas atribuições funcionais, se incorporam àquele objetivo que visa ao bem comum.”⁵

O descumprimento do dever de colaboração, de acordo com o Código Tributário Nacional, art. 200, permite, inclusive, que as autoridades administrativas federais requisitem auxílio da força pública quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, sem prejuízo de outras sanções ou mesmo implicações criminais⁶.

Contudo, esse dever-poder de fiscalização das autoridades fiscais não é ilimitado. Também não é ilimitado o dever de colaboração dos sujeitos passivos ou terceiros. Veja-se.

Há uma série de limites ao dever-poder de fiscalização. A primeira limitação a que se sujeitam as autoridades fiscais encontra-se estampada no art. 5º da Constituição Federal, cujos incisos X e XII consagram a inviolabilidade da privacidade e do sigilo de comunicações e dados em geral. Confira-se a redação destes dispositivos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal ; (...).”

Como se vê, os direitos à privacidade e ao sigilo espraiam do próprio texto constitucional, quando cuida da intimidade da pessoa, de seus dados e comunicações, limitando a atuação de terceiros e também do Estado, na defesa dos direitos e liberdades individuais de cada cidadão. Estes direitos, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior, “são uma peça fundante da própria cidadania, ao lado de outros direitos fundamentais ali expressos. O sigilo, nesse sentido, tem a ver com a segurança do cidadão, princípio cujo conteúdo valorativo diz respeito à exclusão do arbítrio, não só de parte da sociedade

5 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 534.

6 Na esfera federal, o embaraço ou resistência à fiscalização, caracterizados, em linhas gerais, pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos contábeis, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, ou pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades do sujeito passivo, ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade, sujeitam o contribuinte ou responsável tributário a regime especial de fiscalização, o qual pode compreender a redução do prazo de recolhimento de tributos, a fiscalização ininterrupta no estabelecimento do sujeito passivo, o agravamento da penalidade pecuniária, sem prejuízo de outras medidas sancionatórias, nos termos do art. 33 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

como, sobretudo, do Estado que só pode agir submisso à ordem normativa que o constitui.”⁷

A despeito da proteção conferida pela Constituição Federal, os direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo não são absolutos, devendo ceder diante do interesse público, do interesse da justiça e do interesse social, como apontou o Ministro Carlos Mário Velloso, na Pet-QO 577, de 25 de março de 1992, julgada em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal.

De fato, tais direitos devem ser sopesados à luz dos interesses da sociedade e do Estado e dos demais valores e direitos proclamados pela Constituição Federal. Tanto é assim que o próprio texto constitucional ressaltou a proteção ao sigilo, por exemplo, nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, sem prescindir de prévia ordem judicial.

O segredo há de ceder, entretanto, conforme reconheceu o Ministro Carlos Mário Velloso na mesma Pet-QO 577, *somente na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei*. Quer dizer, o segredo não é absoluto, mas sua quebra, ainda que parcial, apenas pode se dar dentro das balizas e dos limites previstos em lei e na Constituição Federal.

A fiscalização promovida pelo Estado é uma das formas pelas quais a privacidade e o sigilo sofrem temperamentos. Na seara fiscal, a fiscalização ocorre com a finalidade de assegurar o cumprimento da legislação tributária e para garantir a arrecadação, tudo em prol da supremacia do interesse público, frente ao qual aqueles direitos individuais acabam sendo mitigados. Por isto é que algumas pessoas, naturais ou jurídicas, devem, em virtude de seu ofício, prestar ao Fisco informações a respeito dos bens, negócios ou atividades de terceiros, nos termos do art. 197 do Código Tributário Nacional e do já citado art. 145, § 1º, da Constituição Federal, limitando, assim, a privacidade e o sigilo dos dados e informações pertinentes ao sujeito passivo.

Contudo, tal temperamento à privacidade e ao sigilo não é irrestrito. Se fosse assim, os cidadãos e sujeitos passivos estariam expostos a arbítrios e excessos por parte do Estado, na contramão do direito de liberdade e da segurança jurídica, consagrados pela Constituição Federal.

Não por outro motivo, o dever de informar não se aplica ao indivíduo que deva guardar sigilo, em virtude de função ou atividade que exerça. E por que isto ocorre? O sigilo profissional não existe à toa. Trata-se de garantia das partes e dos profissionais, pois, sem a segurança de que determinados fatos serão mantidos em segredo, os indivíduos não confiariam a solução de seus problemas a terceiros⁸. O sigilo profissional, neste contexto, é uma das formas de manifestação dos direitos à privacidade e ao sigilo do indivíduo

7 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: RT, v. 1, out.-dez. 1992, p. 152.

8 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil – parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1, p. 585.

cujos dados são franqueados a terceiros, nos termos dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, mas também é uma garantia do direito de liberdade profissional, igualmente consagrado pelo art. 5º, agora inciso XIII, como se vê abaixo:

“Art. 5º (...)

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...).”

À vista dessas colocações, e em resumo, os direitos à privacidade e ao sigilo, conquanto protegidos constitucionalmente, cedem no interesse da fiscalização tributária. Daí por que, por determinação legal, alguns sujeitos possuem o dever de prestar informações sobre bens, negócios ou atividades de terceiros, em cooperação com a fiscalização. Mas, nem por isto, este dever se torna irrestrito, ou aqueles direitos são aniquilados. Na verdade, o dever de informar sofre restrições na hipótese de o informante estar obrigado a proteger os dados que lhe foram confiados, o que ocorre por imperativo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e dos dados em geral de cada cidadão e, também, como garantia do direito de liberdade profissional, cujo exercício poderia restar comprometido, não fosse o sigilo profissional.

A propósito do dever de informar e de sua contraposição ao sigilo profissional, veja-se o teor do art. 197 do Código Tributário Nacional⁹:

“Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I – os tabeliães, escriturários e demais serventuários de ofício;

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III – as empresas de administração de bens;

IV – os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V – os inventariantes;

VI – os síndicos, comissários e liquidatários;

VII – quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente

9 De forma semelhante ao art. 197 do Código Tributário Nacional, o art. 12 da Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991, diz que: “Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC)”. Este dispositivo legal, no entanto, não tem a mesma amplitude do art. 197 do Código Tributário Nacional, na medida em que ele só admite a entrega de informações cadastrais dos usuários, e não toda e qualquer informação sobre seus bens, negócios ou atividades.

obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.”

Em sintonia com o disposto no parágrafo único do art. 197 do Código Tributário Nacional, o art. 229, inciso I, do Código Civil disciplina que: “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”¹⁰. No mesmo sentido, são os art. 347, inciso II, e 406, inciso II, do Código de Processo Civil, os quais encontram correspondência, respectivamente, nos arts. 388, inciso II, e 448, inciso II, do Novo Código de Processo Civil. Ainda, na esfera processual penal, o art. 207 do Código de Processo Penal declara que “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

Tamanha é a importância do direito à privacidade e ao sigilo, inclusive profissional, que o Código Penal, em seus arts. 153 e 154, tipifica como crimes a divulgação de segredo e a violação do segredo profissional, respectivamente, puníveis com pena de detenção ou multa, e constatáveis na hipótese de serem revelados o conteúdo de documentos confidenciais ou o segredo de que o infrator tiver ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão.

Por aí se vê que a atividade de fiscalização encontra limites, não podendo prescindir da proteção aos direitos individuais dos cidadãos e dos sujeitos passivos, estampados no texto constitucional, tampouco dos procedimentos e requisitos previstos em lei.

Logo, no exercício de seu dever-poder de fiscalização, as autoridades fiscais encontram-se jungidas a toda e qualquer restrição constitucional e legal à sua atuação, inclusive à norma do parágrafo único do art. 197 do Código Tributário Nacional, sendo-lhes vedada a requisição de informações protegidas por sigilo, mesmo que a pretexto de cumprir seu dever de ofício de fiscalizar os sujeitos passivos tributários.

Isso também é assim, porque, como a atividade de investigar o cumprimento de obrigações tributárias não é irrestrita, requer-se, sempre, como dito, razoabilidade e proporcionalidade nas exigências formuladas às partes intimadas, sem prejuízo da obediência à moralidade (art. 37, “caput”, da Constituição Federal).

Deveras, conforme anuncia o art. 2º da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹¹, as autoridades administrativas devem agir conforme a lei e o Direito, sem prescindir da busca do interesse público e de uma atuação ética, pautada na boa-fé, além de razoável, adequada e proporcional aos fins almejados, como seja:

¹⁰ Era o que já dizia o art. 144 do Código Civil de 1916.

¹¹ O Decreto 7.574, de 29 de setembro de 2011, reconhece a aplicação subsidiária da Lei 9.784/1999 aos processos administrativos federais em matéria tributária.

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I – atuação conforme a lei e o Direito;

II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...)

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (...).”

Logo, não é razoável supor que aqueles que se comprometem a resguardar sigilo a respeito de dados e informações devam quebrá-lo por simples requisição do Fisco.

Fosse assim, haveria violação ao art. 197, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, ao art. 229, inciso I, do Código Civil e ao art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, além de grave quebra da estabilidade, da segurança e da confiança das relações jurídicas nas quais impera a confidencialidade.

O C. Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, tendo rechaçado a tentativa do Fisco de obter informações protegidas por sigilo profissional, o que se denota a partir da transcrição da ementa do Recurso Extraordinário 86.420/RS, julgado em 16 de maio de 1978, pela 1ª Turma:

“Contabilista. Sigilo profissional. Inadmissibilidade de pretendida obrigação tributária acessória, de o contabilista informar ao fisco os atrasos de seus clientes no recolhimento do imposto. Irrelevância do fato de haverem os interessados desobrigado o profissional. Ilegitimidade da autuação e da imposição de penalidade. Segurança concedida. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Desse julgado, colhe-se importante excerto no sentido de que, mesmo quando o sujeito passivo autoriza o profissional que lhe presta assistência a fornecer informações ao Fisco a seu respeito, o profissional pode, ainda assim, invocar o dever de confidencialidade, ao qual deve obediência. Eis que foi decidido na ocasião:

“Dir-se-á – e o disse a autoridade informante, com a aquiescência das doudas instâncias ordinárias – que o dever de sigilo profissional foi, no caso, dispensado pelos próprios contribuintes, em favor dos quais estaria instituído.

Isso não basta, segundo penso, para que se imponha ao contabilista, cujos critérios deontológicos não se acham necessariamente subordinados às manifestações de vontade de seus clientes, a obrigação tributária, acessória, de informar com violação do sigilo profissional.”

Essas colocações evidenciam que o Fisco não pode fazer exigências despropositadas e que atentem contra o sigilo de dados, inclusive o profissional. Sua atuação encontra limites no ordenamento jurídico. Até mesmo o dever de colaboração dos sujeitos passivos ou de terceiros encontra limites no ordenamento jurídico.

Ora, colaborar é apoiar, cooperar ou assistir para que a fiscalização levada a efeito pelas autoridades seja suficiente e satisfatória, em prol de um interesse maior, que é o público. Isto não justifica nem autoriza que a ajuda solicitada pelas autoridades fiscais aos contribuintes, responsáveis tributários ou terceiros seja imoderada, excessiva, ou de difícil cumprimento. Em qualquer caso, deve-se obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por imperativo do direito fundamental à liberdade e do princípio da segurança jurídica.

Nem mesmo os responsáveis tributários, que integram a relação jurídica tributária, na qualidade de sujeitos passivos, nos termos do art. 121, parágrafo único, inciso II, do Código Tributário Nacional, e que têm o dever de providenciar o recolhimento do tributo devido na forma da lei, sem prejuízo do cumprimento das correspondentes obrigações acessórias, podem receber atribuições inviáveis, excessivamente onerosas, desarrazoadas ou desproporcionais.

Isso porque o dever do responsável tributário é de índole instrumental, agindo em colaboração com o Fisco, restringindo-se sua obrigação ao recolhimento do tributo, tal como devido, à época do fato gerador, e nada mais. Neste sentido, confira-se o seguinte excerto do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no RE 603.191/MT, de 1º de agosto de 2011, quando se examinou a constitucionalidade da retenção de 11%, a título de contribuição previdenciária, sobre o valor da nota fiscal, objeto do art. 31 da Lei 8.212, de 1991:

“A validade de tal mecanismo pressupõe que não se olvide seu caráter meramente instrumental, em que o substituto figura como simples colaborador do Fisco. Substitui o contribuinte no ato de efetuar o pagamento, mas não na obrigação de contribuir para as despesas públicas.

(...)

Essa colaboração deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não se pode impor a alguém, a título de substituição tributária, deveres inviáveis, excessivamente onerosos.

(...)

Frise-se, também, que o mecanismo da retenção assegura por completo e sem delongas que o substituto cumpra seus deveres de colaboração sem precisar despender seus recursos próprios, não comprometendo, assim, seu patrimônio. O dever de colaboração se restringe à retenção e ao recolhimento, esgotando-se então.”

Se a razoabilidade e a proporcionalidade devem imperar mesmo para o responsável tributário que integra a relação jurídica tributária, de modo que não lhe sejam impostas obrigações inviáveis, excessivamente onerosas, ou de difícil cumprimento, com muito mais razão, para os terceiros que não ingressam, tampouco são partícipes desta relação jurídica, não podem ser feitas exigências descabidas, desmedidas ou desarrazoadas, nem mesmo sob o pretexto de que tais exigências decorrem do dever de cooperação com a fiscalização.

Nessas condições, vê-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e as garantias da inviolabilidade da privacidade, do sigilo de dados e da liberdade profissional norteiam e limitam o dever-poder de fiscalização, além de funcionarem como balizas do dever de colaboração dos sujeitos passivos e de terceiros.

É interessante notar que os fundamentos até aqui expostos foram acolhidos pelo C. Supremo Tribunal Federal ao analisar a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, a qual autorizou, em seu art. 1º, § 3º, inciso VI, combinado com o art. 6º¹², a quebra de sigilo bancário pelas autoridades fiscais, independentemente de prévia autorização judicial.

De fato, no Recurso Extraordinário 389.808/PR, julgado em 15 de dezembro de 2010 pelo Plenário daquela E. Corte, entendeu-se que a quebra do sigilo bancário, tal como introduzida pela Lei Complementar 105, seria ilegítima, porque a atuação do Fisco não pode ser arbitrária, nem desmedida, sujeitando-se a prévia autorização do Poder Judiciário, em matéria de quebra de sigilo, dado que as autoridades fiscais não ocupam posição equidistante em relação aos sujeitos passivos das obrigações tributárias. Veja-se o que assentou o Ministro Celso de Mello na ocasião:

“A controvérsia instaurada na presente causa suscita algumas reflexões em torno do tema pertinente ao alcance da norma inscrita no art. 5º, X e XII, da Constituição, que, ao consagrar a tutela jurídica da intimidade (e, também, da privacidade), dispõe que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)’ (grifei) .

Esse tema ganha ainda maior relevo, se se considerar o círculo de proteção que o ordenamento constitucional estabeleceu em torno das pessoas, notadamente dos contribuintes do Fisco, objetivando protegê-los contra ações eventualmente

12 O art. 6º possui a seguinte redação: “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 tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da administração tributária, *o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável, em situações como a dos autos, a necessidade de autorização judicial, cabendo ao juiz, e não à administração tributária, a quebra do sigilo bancário.*

É que os órgãos estatais da administração tributária *não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância nem dispõem do atributo (apenas inerente à jurisdição) da 'terzietà', o que põe em destaque o sentido tutelar da cláusula inscrita no §1º do art. 145 de nossa Lei Fundamental.*" (Destaques do original)

Em outra passagem de seu voto, o Ministro Celso de Mello afirmou, com acerto e precisão, que os poderes-deveres de fiscalização, conferidos às autoridades administrativas, não são absolutos, encontrando limites nos direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular (art. 145, § 1º, da Constituição Federal), inclusive no direito à privacidade e ao sigilo de informações e dados. Eis o que restou dito a tal respeito:

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

(...)

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

(...)

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

asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular.” (Destaques do original).

Como se pode observar, conquanto tratando da questão afeta à quebra do sigilo bancário, o C. Supremo Tribunal Federal assentou que a atividade vinculada da fiscalização encontra limites nos direitos individuais dos cidadãos e dos sujeitos passivos tributários, dentre os quais se destacam as garantias à privacidade e à inviolabilidade do sigilo de informações e dados.

É bem verdade que, em recentíssimo julgamento, concluído em 24 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, revendo sua posição anterior, declarou, por maioria de votos, no Recurso Extraordinário 601.314/SP, submetido à sistemática da repercussão geral, que a quebra do sigilo bancário, em fiscalização procedida pela Administração Tributária, não padece de inconstitucionalidade.

A decisão¹³ considerou que a quebra do sigilo garante e dá eficácia ao dever-poder das autoridades de fiscalizar o cumprimento da legislação e a extinção do crédito tributário. O Ministro Dias Toffoli considerou que a autorização de quebra do sigilo bancário representa confluência entre o “dever fundamental do contribuinte de pagar tributos” e os deveres do Fisco de bem tributar e fiscalizar¹⁴.

O chamado “dever fundamental de pagar tributos”, defendido pelo jurista português José Casalta Nabais, assenta-se na premissa de que a tributação é instrumento de realização da ordem econômica, capaz de viabilizar a “justiça distributiva”, traduzida na redistribuição dos rendimentos dos contribuintes para os que não o sejam¹⁵, por não manifestarem capacidade contributiva. Ou seja, embora todos sejam destinatários do dever fundamental de pagar impostos, este dever é exercido nos limites da capacidade contributiva, propiciando, assim, a satisfação da solidariedade social.

Ora, no Brasil, a tributação obedece a regras rígidas de competência estabelecidas na Constituição Federal, concebidas pelo constituinte sem olvidar de valores como a igualdade, a solidariedade e a capacidade contributiva, conforme anunciado no preâmbulo e nos arts. 3º, inciso I, e 5º, “caput”, da Carta Magna. Logo, a pretensão de afastar ou mitigar tais regras, inclusive aquelas que estabelecem direitos fundamentais dos cidadãos, como o sigilo de dados, não encontra guarida no nosso sistema constitucional, tampouco tem autorização no interesse de arrecadar.

Além de invocar o chamado “dever fundamental de pagar tributos”, o Ministro Dias Toffoli também defendeu a validade da quebra do sigilo bancário com base nos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil quanto à troca de informações. Na

13 Até a finalização deste estudo, a decisão ainda não havia sido formalizada, embora alguns votos proferidos estivessem disponíveis para consulta.

14 Informações extraídas do website do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo815.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

15 Cf. NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 128-129.

mesma toada, o Ministro Ricardo Lewandowski, modificando o entendimento que havia adotado em 2010, no julgamento do Recurso Extraordinário 389.808/PR, destacou que sua nova posição considerou a necessidade de fortalecimento dos instrumentos necessários à fiscalização e ao combate de atividades ilícitas, ao afirmar que “o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, delitos que exigem uma ação mais eficaz do Estado, que precisa ter instrumentos para acessar o sigilo para evitar ações ilícitas”¹⁶.

A troca de informações entre países, mais do que fomentada, já é uma realidade entre nós. Prova disto é “Foreign Account Tax Compliance Act” (“FATCA”), proposto pelos Estados Unidos da América, com o objetivo de detectar e combater a evasão fiscal e melhorar o cumprimento das regras pelos contribuintes, mediante a concessão de ferramentas administrativas à Receita Federal americana voltadas a detectar e dissuadir os abusos fiscais no exterior¹⁷. A ação 11 do BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”), na mesma trilha, busca estabelecer metodologias internacionais para a coleta e a análise de dados sobre fenômenos econômicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros, sem prejuízo de propor ações para remediá-los.

As medidas voltadas à troca de informações são louváveis, tendo em vista que permitem o aprimoramento da fiscalização tributária e criminal. Contudo, o uso dessas medidas, em qualquer caso, deve ser sopesado à luz de direitos fundamentais, como a liberdade e o sigilo, sob pena de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Não à toa, um dos desafios da troca de informações internacional é, justamente, a garantia do direito à privacidade do contribuinte. Daí por que, ao lado de qualquer regra de transparência que viabilize a cooperação internacional, deve haver também regras gerais de proteção aos contribuintes¹⁸.

Pois bem. Feitas essas breves considerações sobre o chamado “dever fundamental de pagar tributos” e sobre a troca de informações internacional, podemos afirmar que o novo posicionamento da Corte Suprema, embora alinhado à tendência mundial de melhoria e intensificação da atividade de controle e fiscalização, é condenável, não só porque a mudança de orientação jurisprudencial, por si só, gera insegurança e instabilidade, como também porque, a partir deste novo posicionamento, estará autorizado que o Fisco tenha acesso a dados que, como regra, contam com a proteção constitucional do sigilo, e cuja quebra só deveria ser admitida mediante autorização de órgão isento e equidistante¹⁹: o

16 Cf. notícia divulgada no website do Supremo Tribunal Federal: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 fev. 2016.

17 Cf. PRICEWATERHOUSECOOPERS. A nova regulamentação proposta do FATCA: visão geral, de 19.07.2012. Extraído do website <www.pwc.com.br>. Acesso em: 26 fev. 2016.

18 Foi o que defendeu, por exemplo, Xavier Oberson (cf. OBERSON, Xavier. General report. Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities. Cahiers de Droit Fiscal International. International Fiscal Association, p. 57).

19 É interessante notar que mesmo os Ministros que votaram pela constitucionalidade das disposições da Lei Complementar 105 manifestaram preocupação com eventuais abusos do Fisco ao destacarem que a quebra do sigilo deve ocorrer em atenção aos procedimentos previamente descritos e disciplinados por cada Estado e Município, como fez a União Federal por meio do Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal confiou a tarefa de tutelar os direitos dos cidadãos, inclusive contra arbítrios do Fisco.

Ora, o Fisco nunca esteve impedido de obter informações financeiras dos cidadãos. Para cumprir seu dever-poder de fiscalização, ele apenas estava jungido à prévia autorização judicial, de modo a preservar o sigilo e evitar excessos e abusos por parte das autoridades. Quer dizer, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no anterior Recurso Extraordinário 389.808/PR, além de resguardar a proteção constitucional ao sigilo, não prejudicava a atividade fiscalizatória, submetendo-a, apenas, a prévia manifestação do Poder Judiciário quando envolvesse informações confidenciais.

No Recurso Extraordinário 601.314/SP, o Ministro Celso de Mello destacou o caráter “regressista” da nova interpretação da legislação dada pelo Supremo Tribunal Federal, suscetível que ela é de ofender as liberdades fundamentais consagradas no texto constitucional, bem como o regime democrático, mediante atos de autoridade dos agentes estatais, que oprimem os indivíduos, convertendo-se em “*instrumento de indiscriminada e ordinária devassa* da vida financeira das pessoas em geral” (destaques do original). Eis o que, com precisão, afirmou o Ministro em uma das passagens de seu voto²⁰:

“Entendo, Senhor Presidente, e já o disse neste Tribunal, que a majestade da Constituição não pode ser transgredida nem degradada pela potestade do Estado, pois, em um regime de perfil democrático, ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode pretender-se acima e além do alcance da normatividade subordinante dos grandes princípios que informam e dão essência à Lei Fundamental da República.

Por tal razão, votarei vencido neste caso, que se soma aos dois julgamentos realizados na semana passada em cujo âmbito registrou-se – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País.” (Destaques do original)

A despeito da mudança da orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da validade das disposições da Lei Complementar 105/2001, para efeito do presente estudo, a nova orientação não altera a conclusão de que as autoridades fiscais não estão autorizadas a quebrar o sigilo profissional a que se sujeitam certos indivíduos ou entidades. É que, diferentemente do que ocorre com o sigilo bancário, para o qual há norma expressa autorizando sua quebra pelas autoridades fiscais, os profissionais e entidades que devam guardar sigilo não se submetem a qualquer obrigação legal de prestar informações ao Fisco a respeito de seus clientes, nem mesmo ao art. 6º da Lei Complementar 105/2001,

20 O voto do Ministro foi disponibilizado pelo Tribunal antes da formalização e publicação do acórdão.

estando, portanto, sob a proteção do parágrafo único do art. 197 do Código Tributário Nacional.

Nem se diga que ao ensejo dessa decisão do Supremo Tribunal Federal podem as autoridades, a pretexto de fiscalizar as entidades voltadas à arbitragem, fundamentar suas ações na Lei Complementar 105 e, assim, atingir as partes envolvidas em processos arbitrais, visto que a tais entidades não se aplicam essas determinações legais, nem o negócio de arbitragem se insere no âmbito das atividades financeiras.

Portanto, em que pesem as conclusões tomadas no Recurso Extraordinário 601.314/SP, elas não alteram, enfraquecem ou fazem sucumbir o sigilo de dados e a liberdade profissional de certos órgãos e entidades, como é o caso dos centros de arbitragem, conforme será destacado no tópico vindouro.

Mas não é só.

Lembre-se que o C. Supremo Tribunal Federal já decidiu que, como os poderes-deveres dos agentes fiscais não são irrestritos, a fiscalização não pode se arvorar na tentativa de ingressar em escritórios profissionais, independentemente de ordem judicial, dada a inviolabilidade de que eles se revestem.

No entender da Corte Suprema, a garantia estatuída no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal (“Art. 5º (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”) abrange não apenas as casas em que os indivíduos residem, como também os espaços em que desempenham seu labor. Logo, a inviolabilidade domiciliar abarca, também, os escritórios profissionais, estando o Fisco coibido de fazer incursões indevidas nestes locais na busca de informações e documentos de terceiros.

É o que revela a ementa do Recurso Extraordinário 82.788/RJ, julgado em 12 de abril de 2005, pela 2ª Turma, da qual se retira que a atividade de fiscalização encontra limitações, submetendo-se a prévia autorização do Poder Judiciário, quando puder resultar em transgressão a direitos individuais, a exemplo da inviolabilidade de locais privados, não abertos ao público:

“(…) Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar,

‘respeitados os direitos individuais e nos termos da lei’ (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. (...) *Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (Nelson Hungria). Doutrina. Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (‘invito domini’), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). – O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do ‘privilège du préalable’, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.” (Destacou-se)*

Por imperativo da inviolabilidade domiciliar, o Fisco não pode ingressar em locais privados, não abertos ao público, no que se incluem os escritórios profissionais. Trata-se de garantia constitucional que preserva cidadãos, contribuintes ou não, profissionais e sujeitos de direito em geral contra o arbítrio de autoridades fiscais, cujo dever-poder poderia ser desviado ou malversado, não fosse a limitação que encontra, em decorrência das garantias individuais, constitucionalmente previstas, e aplicáveis, inclusive, em matéria tributária.

Essas breves considerações sobre o sigilo, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar, a liberdade profissional e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são suficientes para o encaminhamento do tema a que se propõe este estudo: o sigilo nas arbitragens, cuja inviolabilidade deve ser obedecida, também, pelas autoridades fiscais no exercício de seu dever-poder de fiscalização. Vejamos.

IV. O SIGILO NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

De acordo com o art. 21 da Lei 9.307, a arbitragem deve se desenvolver em obediência ao procedimento estabelecido na respectiva convenção, a qual poderá se reportar às regras de um órgão arbitral ou entidade especializada. Veja-se:

“Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” (Destacou-se)

A mesma orientação pode ser colhida nos art. 5º e 13 – já citado – da mesma Lei 9.307, segundo os quais as partes, quando assim se manifestarem, ficarão submetidas às regras de órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Confirma-se o art. 5º e repita-se art. 13, § 3º:

“Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.”

*“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.
(...)”*

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.”

À luz desses regramentos, pode-se afirmar que os órgãos e entidades especializados em arbitragem, aos quais as partes podem acorrer, possuem certa dose de liberdade para disciplinar as regras aplicáveis aos procedimentos arbitrais desenvolvidos sob seus auspícios, assim como para disciplinar os limites da atuação dos partícipes dos procedimentos arbitrais, ficando as partes que aderem a seus regramentos, bem como árbitros, peritos e intervenientes que dela participam, adstritos às regras e aos procedimentos definidos no regulamento do respectivo órgão ou entidade de arbitragem.

No exercício dessa liberdade de disciplinar os procedimentos arbitrais que ficam sob sua administração, as principais entidades de arbitragem do Brasil, em seus regulamentos,

consignam uma série de regras que norteiam as arbitragens, merecendo destaque, dentre essas regras, e para os fins a que se propõe este estudo, aquela que cuida do sigilo.

Sobre o tema do sigilo na arbitragem, esclarece Carlos Alberto Carmona²¹:

“É preciso, de qualquer forma, lembrar que a arbitragem no Brasil não é obrigatoriamente sigilosa. Os regulamentos arbitrais é que tendem a determinar que o procedimento seja recoberto pelo segredo. O ponto é importante, na medida em que cresce a tendência de levar à solução arbitral questões que envolvem entidades públicas (autarquias, empresas públicas), sujeitas a controles externos que não ficam absolutamente vetados...”.

Como adiante se comenta, não é apenas a adoção da arbitragem em disputas que envolvem entidades com participação do governo que recomenda uma reflexão sobre a necessidade ou não de incluir cláusulas de segredo nos regulamentos, mas também os valores sob discussão que vêm crescendo e interesses variados que nascem em torno deles, inclusive das autoridades.

Assim, se por um lado o sigilo não é de adoção obrigatória pelas entidades especializadas em arbitragem, além de poder ceder em procedimentos envolvendo a Administração Pública, diante do princípio da publicidade a que se sujeita, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, de outro lado, é certo que tais entidades estão autorizadas a inserir a confidencialidade em seus regulamentos, o que atende ao espírito da Lei 9.307 e às suas disposições, notadamente àquelas que tratam da liberdade de criação de seus próprios regulamentos e dos limites de atuação dos árbitros.

De se observar que nos regulamentos das principais entidades de arbitragem, no País, a confidencialidade é nota característica dos procedimentos arbitrais.

No regulamento CAM/CCBC, por exemplo, está dito que o sigilo deve circundar os procedimentos arbitrais, de modo que qualquer partícipe ou interveniente está coibido de divulgar informações pertinentes aos processos em que tiverem atuado. É o que se encontra estatuído no art. 14 do regulamento²²:

“Artigo 14 – Sigilo

14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.

(...)

14.2. É vedado aos membros do CAM/CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral.”

21 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 246.

22 Regulamento extraído do website <<http://ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Na mediação não é diferente, consoante revela o item 5.5 da Seção 5 do Roteiro de Mediação do CAM/CCBC, baixado por Anexo ao art. 16 do Regulamento do CAM/CCBC:

“5.5. O procedimento de mediação é rigorosamente sigiloso, sendo vedado aos membros do Centro, ao mediador e às próprias partes ou seus advogados divulgar quaisquer dados ou informações relacionadas com ele, a que tenham acesso em decorrência de ofício ou de participação no referido procedimento.”

Cumprir registrar que o sigilo dos procedimentos arbitrais ou de mediação sempre imperou no CAM/CCBC, consoante fazem prova os itens 5.5 e 9.8 de seu regimento anterior²³, que vigorou de 1998 a 2011, até a entrada em vigor, em 1º de janeiro de 2012, do atual regulamento²⁴:

“5.5. O procedimento de mediação é rigorosamente sigiloso, sendo vedado aos membros do Centro, ao mediador e às próprias partes ou seus advogados divulgar quaisquer dados ou informações relacionadas com ele, a que tenham acesso em decorrência de ofício ou de participação no referido procedimento.

(...)

9.8. O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, dele participando somente as pessoas que tenham legítimo interesse. Nas audiências o presidente do Tribunal Arbitral diligenciará para que qualquer testemunha se retire do recinto da audiência durante o depoimento das partes ou de outras testemunhas.”

O sigilo igualmente marca os procedimentos arbitrais conduzidos pelo Centro de Arbitragem vinculado à AMCHAM (“American Chamber of Commerce”), consoante revelam, respectivamente, o art. 10 de seu estatuto, o art. 18 do regulamento de arbitragem e o art. 8 do regulamento de mediação²⁵:

“Artigo 10

Sigilo

Todos os trabalhos e documentos do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, incluindo audiências, sessões do Conselho Consultivo etc., têm caráter confidencial. O caráter confidencial dos trabalhos e dos documentos do Centro será respeitado por todos os membros do Centro, os membros do Conselho Consultivo, assim como por todas as pessoas que tenham acesso aos trabalhos do Centro.”

“Artigo 18

Sigilo e Responsabilidade

18.1. Salvo acordo entre as Partes ou decisão do Tribunal Arbitral em sentido contrário, o procedimento arbitral é sigiloso, sendo vedado a todos os membros do

²³ Regulamento extraído do website <<http://ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

²⁴ De se ressaltar que Carlos Alberto Carmona, na obra aqui citada, faz destaque na nota de rodapé 32, p. 246, ao tratamento cuidadoso que a CCBC dá a essa matéria no Regulamento de seu Centro de Arbitragem.

²⁵ Todos esses documentos foram extraídos do website <<http://www.amcham.com.br/centro-de-arbitragem-e-mediacao/arquivos/regulamentos-arbitragem-e-mediacao-2015>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, aos árbitros, às Partes e a quaisquer outros eventualmente envolvidos divulgar quaisquer informações a ele relacionadas, salvo mediante autorização escrita de todas as Partes.”

“Artigo 8

Sigilo e Responsabilidade

8.1 As sessões de mediação e as comunicações relacionadas a elas são privadas e confidenciais. Mediante o acordo das Partes, outras pessoas podem participar nas sessões de mediação.

8.2 Salvo acordo entre as Partes, o procedimento de mediação, o acordo entre as Partes e qualquer informação ou documento revelado pelas Partes ou por outros participantes serão e permanecerão confidenciais.

8.3 Salvo com o acordo expresso das Partes ou a lei aplicável, informações, documentos, opiniões, sugestões, ou reconhecimentos feitos durante o procedimento de mediação não poderão ser utilizados como prova em processos judiciais, arbitrais ou de qualquer outra natureza.”

Também é assim na Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, nos termos dos arts. 61 e 62 de seu regulamento²⁶, abaixo reproduzidos:

“Seção VII – Sigilo

Art. 61 – Os processos de conciliação e arbitragem deverão transcorrer em absoluto sigilo, sendo vedado aos membros da Câmara FGV, aos conciliadores, aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento.

Art. 62 – A sentença arbitral e as condições da transação a que alude o artigo 21, letra (b), deste Regulamento somente poderão ser divulgadas mediante autorização de todas as partes ou quando necessário à respectiva execução.”

Na mesma toada, o regulamento da CAMARB²⁷, em sua cláusula 12.1, disciplina que:

“O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros e às próprias partes divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes, ressalvados os casos em que haja obrigação legal de publicidade.”

A cláusula 10.6 do regulamento da CIESP/FIESP²⁸, no mesmo sentido, estabelece que: “É vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às partes divulgar informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral, salvo em atendimento a determinação legal.”

26 Regulamento extraído do website <<http://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-conciliacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

27 Regulamento extraído do website <<http://competicao.camarb.com.br/downloads/regulamento.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

28 Regulamento extraído do website <<http://www.camaradearbitragemsp.com.br>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

Não é diferente no regulamento do CAM, da BM&FBOVESPA²⁹, consoante revelam as seguintes cláusulas:

“9. Disposições Gerais

9.1 Sigilo. O procedimento arbitral é sigiloso, devendo as partes, árbitros e membros da Câmara de Arbitragem abster-se de divulgar informações sobre seu conteúdo, exceto em cumprimento a normas dos órgãos reguladores, ou previsão legal.

9.1.1 Os terceiros que participarem do procedimento arbitral na condição de testemunha, perito ou assistente técnico deverão obedecer a idêntico dever de sigilo, sendo essa participação limitada ao cumprimento de sua função específica no procedimento arbitral.

9.1.2 A divulgação das informações na forma do item 7.10 não representará violação ao sigilo do procedimento arbitral.

7. Sentença Arbitral

(...)

7.10 Periodicamente, a Câmara de Arbitragem produzirá a publicação de Ementário das Sentenças Arbitrais proferidas, agrupadas por temas tratados, as quais poderão ser levadas em conta pelos árbitros, como simples referencial, a fim de orientar suas decisões. A publicação das sentenças suprimirá qualquer elemento que possibilite a identificação do procedimento.”

Como é possível observar, nos procedimentos de arbitragem e mediação, como regra, deve-se atender à confidencialidade, sendo vedada a divulgação de informações pertinentes às causas debatidas e decididas no âmbito das entidades de arbitragem.

A confidencialidade somente pode ser mitigada ou quando a lei o exigir de forma expressa, ou quando as partes o desejarem, ou por necessidade de proteção de uma das partes.

A mitigação do sigilo também seria cabível, por imperativo do interesse público e da publicidade, em eventual arbitragem da qual o Estado participasse – isto se se admitisse, evidentemente, seu ingresso em procedimentos arbitrais. Contudo, como ponderou Carlos Alberto Carmona, mesmo nesses casos deve-se preservar “o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral”³⁰.

Se, mesmo nesses casos, a publicidade não é plena, com muito mais razão não se há de admitir a quebra do sigilo se as partes não tiverem convencionado a publicidade dos procedimentos arbitrais de que participem, ou se elas não estiverem obrigadas por lei ou pelo interesse público à mesma publicidade.

²⁹ Regulamento extraído do website <<http://www.bmfbovespa.com.br>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

³⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52.

A quebra do sigilo deve ser coibida, rechaçada, porquanto as arbitragens, como regra, são orientadas pela confidencialidade, o que significa dizer que o teor das discussões travadas nas arbitragens ou nas mediações não pode ser divulgado a terceiros, nem mesmo pelos membros dos centros de arbitragem ou pelos árbitros ou mediadores. Pelos mesmos motivos, o laudo arbitral, fruto da arbitragem, somente às partes cabe conhecer, não se tratando de documento público. Como incumbe às entidades que se especializam em arbitragem manter arquivo e boa guarda dos documentos referentes aos processos arbitrais, nessas circunstâncias, o segredo a elas também se estende.

É comum e mesmo natural que o sigilo vigore nos procedimentos arbitrais, podendo-se, até mesmo, afirmar que ele é nota marcante nas arbitragens.

É que, quando elegem a arbitragem como mecanismo hábil a dirimir seus conflitos, as partes geralmente o fazem para proteger informações confidenciais e estratégicas envolvendo seus negócios. Com efeito, a confidencialidade, comumente, norteia a escolha da arbitragem, na medida em que no procedimento arbitral podem ser resguardadas informações sobre a atividade das partes envolvidas, estratégias de negócios, clientela, tecnologia, *know-how* etc.

Eis o que ponderou Adriana Braguetta³¹, ao anotar que a confidencialidade é traço característico do procedimento arbitral, prestando-se a preservar o sigilo de certas atividades e das relações comerciais entre as partes, como também a preservar os segredos de negócios de dadas empresas:

“A confidencialidade é tida por muitos como uma característica inerente ao procedimento arbitral. Trata-se de uma diferença marcante entre o procedimento judicial, público na sua essência, e o procedimento arbitral, no qual as partes, na grande maioria das vezes, contratam a confidencialidade.

A confidencialidade é uma decorrência natural de a arbitragem ser um processo privado de solução de disputa. Da mesma forma que as partes podem sentar numa mesa de negociação e assinar um acordo sobre uma disputa sobre direito disponível e concordar em que tudo seja confidencial – o que absolutamente corriqueiro –, também podem levar essa disputa para solução sigilosa no âmbito da arbitragem.

São vários os aspectos que demonstram a importância da confidencialidade na arbitragem. Primeiro, as questões levadas à disputa são de natureza privada, só interessando às próprias partes. Mais ainda: como na arbitragem há uma ampla produção de prova, é comum que se discuta a forma de atuação das empresas num determinado setor, sua estratégia, clientes, sistemas, logística, senão outras informações extremamente sensíveis, como *know-how* e tecnologia, entre tantas outras informações. Muitos desses dados, evidentemente, são segredos de negócio da empresa e merecem o respeito à confidencialidade acordada entre as partes.”

31 BRAGUETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. Revista do Advogado, n. 119, ano XXXIII, AASP, p. 7-8.

Na mesma direção, cite-se José Emílio Nunes Pinto, quem consente que a confidencialidade é inerente ao procedimento arbitral, servindo, inclusive, como justificativa para que muitos interessados busquem esse mecanismo privado de solução de controvérsias. Veja-se o que disse o autor³², inclusive quanto à extensão do sigilo:

“Dessa forma, admitindo-se que a confidencialidade é inerente ao procedimento arbitral, as partes elegem essa via com essa finalidade específica, a despeito de outras características que se ajustam a seus interesses, como é o caso da celeridade e da especialização do árbitro.

(...)

Conseqüentemente, a divulgação, publicação ou o uso não autorizado de dados, informações e documentos sob a titularidade de uma das partes e que venham ao conhecimento da outra e de todos os que participem desse procedimento em razão do próprio procedimento arbitral devem ser mantidos restritos ao contexto arbitral e protegidos pelo sigilo. A violação desse dever poderá trazer danos ao patrimônio da parte afetada, rompendo-se o que tinha como comportamento leal, fundado na confiança. Portanto, em razão dos deveres laterais da boa-fé, impostos a ambas as partes contratantes, entendemos existir, no direito brasileiro, um dever de sigilo, sendo este da essência da própria arbitragem e em relação a dados, informações e documentos trazidos ao procedimento arbitral por qualquer das partes. Corolário desse *standard* de comportamento exigido das partes é o dever de manter confidencial a respectiva sentença arbitral proferida.”

Foi o que também aduziu Arnaldo Wald, citando Bruno Oppetit, ao dizer que: “Não há publicidade nas decisões arbitrais.”³³ O mesmo autor, em outra passagem, acenando para a importância da arbitragem enquanto “instrumento de paz social”, pontuou que: “Pela confidencialidade, pelo tipo de relacionamento que se cria, procura-se encontrar não só o ressarcimento, a reparação do prejuízo, mas também uma forma de convivência futura aceitável para ambas as partes.”³⁴

O sigilo não é fruto, apenas, de disposições regulamentares dos centros de arbitragem. Na verdade, ele está contido na própria Lei 9.307, cujo art. 13, § 6º, determina que incumbe aos árbitros agir, sempre, com discrição, como seja:

“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...)

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Como observou Carlos Alberto Carmona, “quer-se do árbitro discrição, já que entre as vantagens da solução arbitral está o sigilo, que permite às partes a escolha de foro

32 NUNES PINTO, José Emílio. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6.

33 WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 23, ano 12, IASP, p. 27.

34 WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 23, ano 12, IASP, p. 29.

reservado para tratar de suas disputas. É natural que o árbitro deva comportar-se de conformidade com o ambiente discreto em que atua, furtando-se a comentar os atos praticados durante o processo arbitral.”³⁵

A confidencialidade, mais do que um dever de discrição pelo qual os árbitros devem zelar, é de observância obrigatória por todos os demais partícipes ou intervenientes da arbitragem, porque, do contrário, não se justificaria falar em sigilo, já que as informações e os dados afetos aos procedimentos arbitrais poderiam ser divulgados, se não pelos árbitros, por qualquer indivíduo conhecedor do procedimento arbitral. Justamente para evitar que se mitigue ou que se afaste por completo a confidencialidade é que este dever é extensível a todos os partícipes e intervenientes da arbitragem, conforme destacou Luiz Olavo Baptista³⁶:

“Quando há o dever de confidencialidade, este se aplica, via de regra, a todas as personagens da arbitragem. Estas são as partes, seus respectivos advogados e todos aqueles que dão suporte administrativo à arbitragem, desde a organização que a administra e todos os seus funcionários, até as pessoas que venham a ser contratadas para prestar serviços, tais como estenógrafos, tradutores e etc.”

É interessante notar, antes de arrematar, que o Novo Código de Processo Civil, buscando concretizar o direito do indivíduo de autorregramento³⁷ e, ainda, buscando mitigar o acúmulo de processos judiciais e a morosidade do Poder Judiciário³⁸, dispôs que o *Estado deve promover*, sempre que possível, *a solução consensual dos conflitos*, a qual deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Os procedimentos arbitrais funcionam como mecanismos alternativos de solução de conflitos, capazes de atingir os mesmos desideratos acima apontados. Mas, a par dos procedimentos arbitrais, o Novo Código disciplinou a criação, pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165).

À semelhança dos procedimentos arbitrais, na mediação e conciliação do Novo Código, os conciliadores e mediadores – erigidos à condição de auxiliares da justiça (art. 149) – têm o dever de manter segredo sobre as informações que lhes são prestadas no curso do procedimento. Trata-se de verdadeiro sigilo profissional, consoante revela o art. 166 daquele Código:

35 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 246.

36 BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial. Almedina, 2012, p. 200.

37 Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil – introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 280.

38 Além de desencorajar o acesso ao sistema jurisdicional, a morosidade ainda atenta contra o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantem a celeridade de sua tramitação, assegurado pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

“Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.”

A norma do art. 166 do Novo Código de Processo Civil, ao dispor sobre a confidencialidade, viabiliza que as negociações e discussões havidas entre as partes no curso da mediação e conciliação ocorram de forma livre, ampla e segura, constituindo, por decorrência, fonte de estímulo ao uso de soluções alternativas de resolução de conflitos.

Para Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa Neto, o objetivo da confidencialidade na mediação e conciliação do Novo Código é propiciar um ambiente em que as negociações e discussões possam se desenvolver com franqueza; do contrário, “a discussão seria falseada pela estratégia jurídica traçada para a vitória na fase litigiosa, impedindo a negociação, não se estabelecendo um mínimo de franqueza entre as partes”³⁹. Os mesmos autores ainda arremataram dizendo que “o objetivo de uma solução consensual não é aplicar a lei ao caso, mas compor interesses, acomodando intenções das partes. Daí a importância da confidencialidade.”⁴⁰

Esses mesmos motivos justificam a confidencialidade nos procedimentos arbitrais. É que o sigilo, nestes casos, propicia um ambiente marcado pela liberdade nos debates necessários à composição de interesses. Tal liberdade é importantíssima em discussões de alta complexidade, grande vulto ou que envolvam segredos comerciais ou industriais, ou estratégias de negócios, comumente travadas nos centros ou câmaras de arbitragem e mediação. Sem ela, talvez não se justificasse a procura por esse mecanismo alternativo de solução de conflitos, em detrimento do acesso ao Poder Judiciário.

A partir dessas considerações a propósito da confidencialidade na arbitragem, assim como dos apontamentos anteriores acerca do sigilo, do direito à privacidade, da inviolabilidade domiciliar, do sigilo profissional e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pode-se afirmar que as entidades de arbitragem não estão obrigadas a fornecer às autoridades fiscais o conteúdo, os dados e as informações atinentes a procedimentos arbitrais que tiverem sido ou que estejam sendo conduzidos sob seus auspícios, tendo em vista o sigilo que impera em procedimentos desta natureza.

39 CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 269-270.

40 CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 270.

Com efeito, sendo os procedimentos arbitrais e de mediação marcados pela confidencialidade, os respectivos fatos, informações e dados em geral estão abrangidos pelo parágrafo único do art. 197 do Código Tributário Nacional e pelo art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, pelo que são invioláveis, ficando coibida qualquer ação ou pretensão do Fisco de ter acesso a esses elementos mediante requisição junto aos centros de arbitragem.

A mesma proibição se justifica em razão de as dependências das entidades de arbitragem serem invioláveis, admitindo-se sua fiscalização pelas autoridades administrativas somente mediante prévia autorização judicial, conforme assegura o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Não se quer dizer, com isso, que as entidades e associações que mantêm centros e câmaras de arbitragem estejam desobrigadas da apresentação de *todo e qualquer* esclarecimento ou informação às autoridades fiscais. Cumpre-lhes contribuir para a fiscalização, sem que isto represente violação ao sigilo de dados, ao direito à privacidade, à inviolabilidade domiciliar, ao sigilo profissional e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Mas, então, como contribuir para o procedimento fiscal sem violar tais garantias e princípios?

As entidades de arbitragem devem apresentar esclarecimentos e informações que não estejam protegidos pela confidencialidade dos procedimentos arbitrais.

Quanto a outros documentos e informações de interesse da fiscalização, protegidos pela confidencialidade dos procedimentos arbitrais, sua requisição deve ocorrer junto ao sujeito passivo, e não às entidades e associações que mantêm centros e câmaras de arbitragem. Ora, não se pode olvidar que as autoridades fiscais possuem elementos de sobra para fiscalizar, de forma legítima, os sujeitos passivos que foram parte em arbitragens, não necessitando valer-se das entidades de arbitragem para obter, de forma enviesada e não admitida em lei, dados que não lhes podem ser franqueados. Não há que se confundir a fiscalização dessas entidades e de suas atividades com a fiscalização das partes que a elas acorrem em busca de solução de pendências patrimoniais.

Dessa forma, em situações como essas, os agentes do Fisco sempre poderão coletar documentos e informações junto às partes envolvidas nos procedimentos arbitrais, cumprindo com seu dever-poder de fiscalização em prol do interesse da arrecadação, e sem qualquer prejuízo ao desempenho desta atividade, agindo, se assim o fizerem, sem violação à confidencialidade característica dos procedimentos arbitrais, assim como sem violação ao sigilo de dados, ao direito à privacidade, à inviolabilidade domiciliar, ao sigilo profissional ou aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

V. APONTAMENTOS FINAIS E CONCLUSÃO

Conforme analisado acima, como regra, as informações e os documentos afetos aos procedimentos arbitrais estão abrangidos por sigilo. Trata-se de nota marcante das arbitragens no Brasil, que as tornam vantajosas e atrativas aos interessados na solução privada de seus litígios.

Por esse motivo, os centros de arbitragem não estão jungidos à entrega dos dados e documentos relativos aos procedimentos arbitrais que tenham conduzido, mesmo quando demandados pelas autoridades fiscais. Não fosse assim, mitigado estaria o sigilo das arbitragens, o que muito provavelmente ocasionaria desestímulo ao uso destes procedimentos na solução de conflitos.

Somente haverá obrigação dos centros de arbitragem de informar se a requisição do Fisco estiver lastreada em mandado judicial.

Do contrário, isto é, sem autorização do Poder Judiciário, as informações concernentes aos procedimentos arbitrais não poderão nem deverão ser apresentadas ao Fisco.

Qualquer pretensão das autoridades administrativas de requisitar essas informações junto aos centros de arbitragem certamente extrapolaria o dever de colaboração que se deve ter para com o Fisco, constituindo obrigação desarrazoada, cujo cumprimento implicaria, para os centros de arbitragem, transgressão, quando fosse o caso, do respectivo regulamento e desobediência ao art. 197, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, ao art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal e ao art. 229, inciso I, do Código Civil, sem prejuízo da aplicação das sanções penais porventura cabíveis, cominadas em lei (arts. 153 e 154 do Código Penal).

Some-se a isso que, se os espaços privados, não abertos ao público, no que se incluem, por exemplo, os escritórios profissionais, são invioláveis, na forma do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, é certo que não pode o Fisco fazer incursões nas dependências das entidades de arbitragem, tampouco solicitar que o inteiro teor de procedimentos arbitrais conduzidos sob sua administração sejam deixados à sua disposição, sob pena de desrespeito à proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar.

Tudo isso demonstra que, a todo rigor, os centros e câmaras de arbitragem devem resguardar o segredo das informações que lhes são confiadas, ou afetas aos procedimentos arbitrais cuja administração lhes compete, não estando vinculados à sua apresentação se demandados pelas autoridades fiscais, salvo se a requisição estiver lastreada em ordem judicial.

Isso não significa dizer que os fatos submetidos à apreciação dessas entidades de arbitragem estejam imunes ou indenes de apreciação do Fisco. Nem poderia ser assim, sob pena de sobreposição do interesse privado, em detrimento do interesse público, refletido no dever-poder do Estado de fiscalização do crédito tributário, necessário à

garantia e à preservação da arrecadação fiscal. Na verdade, em situações como a ora examinada, cabe ao Fisco perquirir junto às partes envolvidas no procedimento arbitral as informações que lhe são afetas e que interessam às autoridades fiscais. Somente assim resultam atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e as garantias do sigilo de dados, da inviolabilidade à privacidade e ao domicílio e da liberdade profissional, tutelados constitucionalmente.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*. Almedina, 2012.

BRAGUETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 119, ano XXXIII, AASP.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e no Novo Código de Processo Civil. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC doutrina selecionada*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil – introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, v. 1, out.-dez. 1992.

LEMMES, Selma. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil, de 10.04.2014. Extraído do *website* <www.conjur.com.br>. Acesso em: 25 fev. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. *In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (coords.). Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NUNES PINTO, José Emílio. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6.

OBERSON, Xavier. General report. Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association.

PEREIRA, Ana Lucia. *O cenário atual da arbitragem no Brasil e os aspectos relevantes da arbitragem trabalhista*. Palestra proferida em 19 de julho de 2012, com divulgação do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (“CONIMA”). Extraída do *website* <www.crasp.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2016.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. A nova regulamentação proposta do FATCA: visão geral, de 19.07.2012. Extraído do *website* <www.pwc.com.br>. Acesso em: 26 fev. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.

WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 23, ano 12, IASP.

Data de recebimento: 02/08/2016.

Data de aprovação do artigo: 18/09/2016.