

O princípio da preservação da empresa no direito tributário

André Mussalem

Introdução

Vou iniciar esse texto com um caso real que ilustra a inquietação que me fez querer discutir o tema proposto. Em um processo de reestruturação ampla para uma empresa que é uma das maiores na sua área de atuação nacionalmente. Na reestruturação, além da renegociação dos contratos com fornecedores e instituições financeiras, a empresa requereu um negócio jurídico processual junto à Procuradoria da Fazenda Nacional. Para obter um parcelamento mais alongado e uma parcela mais dentro das possibilidades orçamentárias para a empresa, foram apresentadas garantias imobiliárias e uma perspectiva de crescimento da empresa no médio prazo, o que levaria à amortização tranquila da dívida.

O negócio jurídico processual, regulado pela portaria PGFN 728/2018, só é possível quando o devedor está sofrendo execução fiscal, diferente de outros instrumentos de negociação como a transação tributária. A empresa, minha cliente, estava sofrendo com três execuções, nas quais foram oferecidas garantias, bens do estoque da empresa com alto valor de mercado. Além das garantias que haviam sido oferecidas, a empresa informou que estava em negociação com a Procuradoria da Fazenda, aguardando apenas o despacho do Procurador para a concessão ou não do parcelamento.

Como a Fazenda Nacional não aceitou os bens apresentados pela empresa, o juiz determinou o bloqueio das contas em que esta recebia os valores decorrentes de sua atividade empresarial sem sequer ouvir a Procuradoria sobre o andamento do negócio jurídico processual proposto. De nada adiantou o argumento de que o bloqueio das contas impossibilitaria a própria negociação com a Fazenda. Ou que uma determinação desse nível levaria a empresa para soluções que findariam na extinção da própria atividade empresarial. O magistrado seguiu a linha de decisões que são dadas em casos semelhantes, argumentando que um negócio proposto, mas não finalizado não é causa suspensiva do crédito tributário. Obviamente não se buscava a suspensão do crédito tributário para além daquilo que o Código Tributário Nacional preconiza; não havia interesse na suspensão da execução por parte da empresa, mas o diálogo entre as partes antes de uma medida constritiva que fatalmente paralisaria a atividade empresarial e o pagamento do próprio tributo.

Utilizei-me do caso narrado acima para ilustrar a falta de comunicação entre valores que informam subsistemas do direito. A decisão que determinou o bloqueio das contas não se justifica diante do princípio da preservação da empresa que é um argumento forte na estruturação dos argumentos decisórios em processos de recuperação judicial e extrajudicial. Por sua vez, a proteção do crédito tributário, que pode ser expressado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, parece se constituir como uma barreira absoluta que se apresenta como anti-diálogo em prol das receitas da coletividade. Embora os princípios constituintes do direito privado como a autonomia da vontade, a propriedade, a liberdade das relações não possam ser aplicados ao campo do direito público em que a indisponibilidade do crédito e a supremacia do interesse público estabelecem as premissas das decisões e das relações jurídicas constituídas sob seu pálio, é possível que haja, em determinadas circunstâncias, uma mediação principiológica entre as esferas no sentido de pacificação do direito em sua inteireza., sobretudo no âmbito da construção jurisprudencial. Com isso, quero dizer que é possível

um diálogo entre princípios que, muitas vezes parecem em total antagonismo. Defendo, no presente artigo, que o diálogo entre o princípio da preservação da empresa e da supremacia do interesse público possua uma mediação principiológica através da proporcionalidade.

O Princípio da Preservação da Empresa: Fundamentos, Alcance e Densidade Normativa

O princípio da preservação da empresa não nasce de um texto expresso e singular do ordenamento jurídico brasileiro. Sua existência normativa é resultado de uma construção hermenêutica progressiva, que parte de múltiplas fontes constitucionais e infraconstitucionais para convergir em um vetor interpretativo de aplicação transversal.

Embora ele estivesse entre nós, desde que houve uma decisão político-normativa de colocar a atividade empresarial como socialmente relevante dentro da constituição, sua aplicação e contextos de fato é bem mais recente.

Trata-se, nesse sentido, de um princípio de alta densidade axiológica, cuja legitimidade se extrai da leitura sistemática do ordenamento e cuja importância prática supera, em muitos casos, a de dispositivos expressamente positivados. A empresa, na ordem econômica constitucional, não é compreendida como mero instrumento de acumulação patrimonial privada. A Constituição Federal de 1988, ao estruturar os fundamentos da ordem econômica no artigo 170, estabelece como princípios basilares a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais. Esses vetores normativos não são ornamentos retóricos do texto constitucional — são mandamentos de otimização que vinculam a interpretação de todo o direito infraconstitucional e, particularmente, do direito empresarial e tributário. A empresa, inserida nesse quadro normativo, apresenta-se como uma realidade jurídico-econômica que ultrapassa os interesses de seus titulares e se projeta sobre a coletividade de modo amplo e difuso.

A premissa fundamental que orienta o sistema jurídico a implementar explicitamente um princípio de preservação empresarial é a de que a atividade empresarial, uma vez estabelecida, produz efeitos que transcendem a esfera jurídica do empresário ou da sociedade empresária. A empresa emprega trabalhadores, remunera fornecedores, recolhe tributos, gera renda em sua cadeia produtiva, contribui para o desenvolvimento regional e serve como instrumento de circulação de riqueza. A cessação dessa atividade, portanto, não é um evento neutro ou restrito ao universo patrimonial de seu titular — é um evento com externalidades negativas que atingem trabalhadores, credores, consumidores, o fisco e a própria comunidade em que a empresa está inserida. Daí a razão de ser do princípio: preservar a empresa não é proteger o empresário, mas proteger a função social que a atividade empresarial desempenha.

A positivação explícita desse princípio no direito brasileiro encontra-se na Lei n.º 11.101/2005, a Lei de Recuperação Judicial e Falências. O artigo 47, que abre o capítulo destinado à recuperação judicial, é categórico ao afirmar que o instituto tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. A escolha legislativa é reveladora: o legislador não colocou o pagamento dos credores como objetivo primeiro da recuperação judicial — colocou a preservação da empresa. O pagamento é consequência desejada de uma

empresa que se preserva e se reorganiza. Essa inversão de ênfase é juridicamente significativa e projeta efeitos para além do subsistema do direito falimentar.

A doutrina mais afinada com a teoria dos princípios compreende o princípio da preservação da empresa como dotado de um duplo aspecto. Em sua dimensão negativa, funciona como barreira à extinção prematura ou desnecessária da atividade empresarial: impõe ao intérprete e ao aplicador do direito o dever de evitar decisões que conduzam, de modo direto ou indireto, ao encerramento da empresa quando houver alternativas menos gravosas disponíveis. Em sua dimensão positiva, o princípio impõe o dever ativo de construção de soluções que viabilizem a continuidade empresarial, ainda que em condições distintas das originalmente estabelecidas. É essa dimensão positiva que sustenta institutos como a recuperação judicial, o plano de reestruturação, o *trespasse*, a UPI - unidade produtiva isolada.

Os autores de direito empresarial sempre ressaltaram a relatividade do princípio da preservação da empresa, até para justificar a existência do instituto da falência no sistema do direito empresarial. Não se pode preservar aquilo que não possui condições estruturais de permanência no mercado. Não há salvo-conduto para maus empresários ou para estruturas obsoletas e o direito não pode ser complacente com o empresário incapacitado ou a empresa sem salvação, para que todo o sistema econômico não sofra com obrigações econômicas e financeiras que não podem ser resolvidas.

A ideia de um Princípio da Preservação da Empresa no Direito Tributário

Em 2006, um ano após o advento da Lei de Recuperação e de Falência, a professora Misabel Derzi publicou, em uma coletânea editada pela Dialética, um artigo sobre o Princípio da Preservação das Empresas e o Direito à Economia de Imposto (sendo esse o título do artigo). Uma das questões principais colocadas por Derzi era a transaplicação do Princípio para além do microsistema do direito falimentar e recuperacional. Tanto o direito tributário quanto o direito do trabalho deveriam ser informados por este valor principiológico tendo em vista a mudança na percepção da empresa, sob o prisma institucional.

Em seguida, Derzi fez uma ligação entre os valores do microsistema recuperacional com mudanças na legislação tributária ocorridas naquele momento como a quebra da sucessão tributária na alienação de unidades produtivas isoladas ou a viabilização de parcelamentos especiais para empresas em Recuperação Judicial.

A professora Derzi identificou com precisão cirúrgica o paradoxo central do direito tributário brasileiro naquele momento: um sistema que proclamava a preservação da empresa como valor fundamental, mas que, fora dos momentos agudos de crise, operava na direção oposta, tributando prejuízos, adotando presunções absolutas de renda, ignorando a capacidade contributiva real das empresas e constringendo o planejamento fiscal legítimo com suspeitas de ilicitude. O diagnóstico era de uma inconsistência sistêmica profunda: o direito tributário preservava a empresa apenas quando ela já estava à beira do colapso, tratando o princípio como remédio de urgência, e não como vetor normativo permanente que devesse orientar a relação entre o Fisco e o contribuinte ao longo de toda a vida empresarial saudável.

Esse diagnóstico permanece válido em suas linhas estruturais. Mas o direito tributário brasileiro percorreu, nos vinte anos que nos separam da publicação do artigo de Derzi, um caminho relevante de transformação legislativa que, se não resolve as contradições apontadas pela autora, ao menos introduz novos instrumentos que apontam, ainda que timidamente e com ambiguidades, na direção de uma maior permeabilidade do sistema

tributário aos valores da preservação empresarial. O exame dessas transformações — especialmente a transação tributária em sua configuração atual e o negócio jurídico processual no âmbito das execuções fiscais — é indispensável para uma avaliação honesta do estado atual do princípio que aqui se discute. E, como se verá, esse exame conduz a uma conclusão que guarda notável proximidade com a inquietação original de Derzi: as mudanças legislativas são reais, mas sua assimilação pela prática decisória dos tribunais ainda é incipiente e fragmentada. O princípio da preservação da empresa permanece, no cotidiano do direito tributário contencioso, como uma espécie de corpo estranho — reconhecido no plano retórico, porém ignorado no momento em que sua aplicação se tornaria consequente e transformadora.

A Lei n.º 13.988, de 14 de abril de 2020, que regulamentou a transação tributária no âmbito da União Federal — prevista no artigo 171 do Código Tributário Nacional desde a sua edição original em 1966, mas mantida por décadas em estado de latência normativa pela ausência de legislação disciplinadora —, representou uma ruptura significativa com a tradição de rigidez absoluta que caracterizava a cobrança do crédito tributário no direito brasileiro. A transação, na formulação do CTN, é modalidade de extinção do crédito tributário que se opera mediante concessões mútuas, em processo contencioso ou não, conforme os termos e condições estabelecidos em lei. O longo período de inaplicabilidade do instituto não era acidental: refletia uma cultura jurídica tributária que compreendia a indisponibilidade do crédito como um dogma quase absoluto, derivado da supremacia do interesse público e da legalidade estrita, e que via em qualquer abertura negocial uma concessão indevida ao particular às expensas do erário.

A superação desse paradigma, ainda que parcial e assistemática, ocorreu por pressão de múltiplas frentes. A crise econômica de 2015-2016, o crescimento exponencial do contencioso tributário federal — que chegou a acumular um estoque de disputas correspondente a mais de um PIB nacional — e a percepção cada vez mais evidente de que o modelo de cobrança coercitiva pura produzia resultados irrisórios em termos de recuperação efetiva de créditos, combinaram-se para criar o ambiente político e técnico que viabilizou a edição da Lei n.º 13.988/2020. A norma instituiu três modalidades de transação: a transação por proposta individual, em que o contribuinte apresenta proposta específica para um débito determinado; a transação por adesão a editais, em que a Administração Tributária fixa, de forma geral e impessoal, os critérios de negociação para categorias específicas de devedores ou de créditos; e a transação no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica, que representa a hipótese mais inovadora e que maior discussão doutrinária tem suscitado.

O aspecto que mais interessa ao presente estudo é a forma como a Lei n.º 13.988/2020 incorporou, ainda que implicitamente e sem declará-lo de modo expresse, o princípio da preservação da empresa como um dos vetores materiais da transação tributária. O artigo 11 da norma elenca os critérios que devem orientar a Administração Tributária na avaliação das propostas de transação individual, e entre eles figuram, de modo expressivo, a capacidade de pagamento do contribuinte, a perspectiva de recuperação do crédito pela via coercitiva e, de modo particularmente revelador, o impacto da cobrança sobre a manutenção da fonte geradora de emprego e renda. Esse último critério é a formulação legislativa, ainda que velada, do princípio da preservação da empresa no campo da transação tributária: o legislador reconhece que a execução fiscal não pode ser avaliada exclusivamente por sua eficiência arrecadatória imediata, mas deve considerar os efeitos sistêmicos de uma cobrança que conduz à extinção da

atividade empresarial e, por consequência, à eliminação permanente de uma fonte futura de arrecadação.

Há, nesse movimento legislativo e regulatório, uma convergência com a análise que Derzi fizera em 2006 acerca das práticas então emergentes nos países europeus. A autora registrara, com aprovação, a experiência francesa das Comissões Departamentais de Impostos, que promoviam a conciliação entre o Fisco e os contribuintes em matéria de fato; e a experiência norte-americana do *effective tax administration*, modalidade de transação com o IRS que admitia negociação mesmo quando não havia dúvida sobre a existência ou a exigibilidade do crédito, desde que houvesse circunstância excepcional a justificá-la. A transação tributária brasileira, em sua versão atual, aproxima-se funcionalmente dessas experiências, ainda que com marcas próprias da tradição jurídica nacional, que impõe reservas mais severas à discricionariedade administrativa em matéria tributária.

Essa aproximação não é trivial. Ela representa uma revisão, ainda que não proclamada como tal, de um dos pilares da dogmática tributária brasileira: o entendimento de que a obrigação tributária, por ser *ex lege* e de natureza publicística, seria impermeável a qualquer forma de disposição negocial. O princípio da indisponibilidade do crédito tributário, que tanto peso exerceu na jurisprudência e na doutrina ao longo do século XX, cede, na transação tributária regulamentada, diante de uma compreensão mais pragmática e sistemicamente coerente da relação entre o Fisco e o contribuinte: a de que um crédito de cobrança inviável ou cuja execução provoca danos superiores aos benefícios arrecadatários não serve ao interesse público que a obrigação tributária pretende realizar. A transação deixa de ser concessão ilícita e passa a ser instrumento de eficiência e de equidade.

Não se pode, contudo, deixar de registrar as limitações que ainda cercam a transação tributária no direito brasileiro. A ausência de mecanismos adequados de proteção ao contribuinte no curso das negociações, a assimetria de informações entre as partes, a volatilidade das políticas de transação — que variam conforme a necessidade arrecadatória de curto prazo do governo, e não conforme critérios jurídicos estáveis —, e a ainda insuficiente transparência nos critérios de avaliação das propostas individuais são deficiências que comprometem a plena realização do potencial que o instituto carrega. A transação, nesses termos, oscila entre sua natureza jurídica de instrumento de pacificação fundado em critérios materiais e a tentação de se converter em programa de renúncia fiscal motivado por razões arrecadatórias de curto prazo, o que perverte sua lógica e reduz sua utilidade para os contribuintes mais vulneráveis — justamente aqueles que mais necessitariam de suas virtualidades protetivas.

Se a transação tributária representou a abertura do direito material tributário a uma lógica negocial, o negócio jurídico processual nas execuções fiscais introduziu essa mesma racionalidade no plano do processo tributário executivo. O negócio jurídico processual, previsto de modo geral no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, permite que as partes, observados certos requisitos, convençam sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, modificando as regras do procedimento segundo as especificidades do caso concreto. Embora o art. 1.º da Lei de Execuções Fiscais (Lei n.º 6.830/80) tenha sido historicamente interpretado como norma de exclusão da aplicação supletiva do CPC nas execuções fiscais — interpretação que a jurisprudência foi progressivamente flexibilizando —, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional regulamentou, por meio da Portaria PGFN n.º 742/2018 e de seus posteriores aperfeiçoamentos, a celebração de negócios jurídicos processuais nas execuções fiscais federais, instituindo o que ficou conhecido na prática forense como o *acordo de*

não perseguição fiscal processual ou, mais tecnicamente, como o Negócio Jurídico Processual de Execução Fiscal.

O instrumento tem um escopo específico: permite que o devedor, ao oferecer garantias adequadas e demonstrar capacidade de cumprimento de um plano de pagamento, celebre com a PGFN um acordo que suspende, por prazo determinado, os atos de constrição patrimonial na execução, enquanto vigora o cumprimento do plano negociado. Não se trata de suspensão do crédito tributário nos termos do artigo 151 do CTN — cuidado que a própria PGFN faz questão de ressaltar em seus atos normativos —, mas de uma autocontenção procedimental da Fazenda durante o período em que o devedor demonstra capacidade e vontade de adimplir. A distinção é relevante, mas não elimina o fato de que o negócio jurídico processual opera, na prática, como um mecanismo de tutela da atividade empresarial no curso da execução fiscal: ao impedir atos de constrição que poderiam paralisar a empresa antes que a negociação se conclua, ele introduz um elemento de proporcionalidade e de diálogo na relação executiva que, a rigor, deveria ter sido imposto pela jurisprudência como decorrência do próprio princípio da preservação da empresa.

A origem dessa iniciativa regulatória não foi espontânea. A PGFN, ao longo dos anos 2010, deparou-se sistematicamente com o paradoxo que o caso narrado na introdução deste artigo ilustra com precisão clínica: a execução fiscal, instrumento de satisfação do crédito tributário, produzia frequentemente o efeito inverso do desejado — ao sequestrar bens essenciais à operação empresarial, destruía a capacidade de pagamento que pretendia mobilizar. O bloqueio de contas bancárias, especialmente quando atingia contas de recebimento de uma empresa operante, não apenas inviabilizava o pagamento imediato do débito, mas eliminava a perspectiva de pagamento futuro. Executava-se até o osso, para descobrir que o osso não valia o preço da execução. Nesse quadro, o negócio jurídico processual surgiu como resposta pragmática a uma disfunção sistêmica que os instrumentos tradicionais de processo tributário não eram capazes de corrigir.

A regulamentação do negócio jurídico processual pela PGFN foi seguida, em âmbito estadual, por iniciativas similares de algumas Procuradorias Estaduais, embora com menor uniformidade e menor cobertura. A ausência de um marco normativo federal que discipline a transação tributária e o negócio jurídico processual para os créditos estaduais e municipais representa uma lacuna relevante, porque o contencioso tributário subnacional responde por parcela significativa dos débitos que pressionam as empresas em dificuldade. A fragmentação do sistema tributário brasileiro, com suas múltiplas esferas de competência, reproduz, no campo dos instrumentos de negociação, a mesma dispersão que caracteriza a tributação em si — e que frequentemente opera como fator multiplicador dos problemas de capacidade contributiva que o princípio da preservação deveria ajudar a mitigar.

As transformações legislativas descritas nos parágrafos precedentes — a transação tributária, o negócio jurídico processual, as sucessivas adaptações do CTN ao espírito da Lei de Recuperação Judicial e Falências — constituem evidência de que o legislador, ao longo das duas últimas décadas, progressivamente incorporou, ainda que de modo assistemático e por vezes contraditório, a premissa de que o direito tributário não pode ignorar os efeitos de sua aplicação sobre a viabilidade das empresas que constituem, paradoxalmente, sua principal fonte de arrecadação. Nesse sentido, poder-se-ia supor que o cenário que Derzi diagnosticou com preocupação em 2006 — o de uma ordem tributária que homenageia o princípio da preservação apenas no momento de crise terminal da empresa — teria sido, ao menos parcialmente, superado.

Essa suposição, contudo, não encontra respaldo quando se volta o olhar para a jurisprudência dos tribunais superiores e das cortes de segunda instância em matéria tributária.

Há, entre os avanços legislativos e a prática decisória, um descompasso que não pode ser atribuído apenas ao natural tempo de assimilação das mudanças normativas pelo Judiciário. Trata-se, antes, de uma postura hermenêutica estrutural que mantém o princípio da preservação da empresa confinado ao espaço do microssistema recuperacional — como se sua vitalidade normativa dependesse da decretação formal de uma recuperação judicial, e não da simples existência de uma empresa em funcionamento cujas condições de continuidade são ameaçadas pela cobrança tributária.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria de execução fiscal é ilustrativa dessa postura. O STJ consolidou, ao longo dos anos, o entendimento de que o bloqueio de contas bancárias pelo sistema BacenJud — e, mais recentemente, pelo SISBAJUD — é medida ordinária no âmbito das execuções fiscais, não sujeita ao requisito de exaurimento prévio de outras diligências, desde que o devedor não ofereça bens à penhora. Esse entendimento, assentado nos recursos repetitivos que definiram os Temas 425 e 442, e reiterado em inúmeros acórdãos posteriores, opera com uma lógica de proteção ao crédito tributário que não incorpora, como variável relevante na equação decisória, o impacto da constrição sobre a atividade empresarial do executado. A empresa que paga salários, que honra contratos com fornecedores, que mantém empregos e que está ativamente negociando um parcelamento com a Fazenda Nacional é tratada, nesse modelo jurisprudencial, de maneira idêntica àquela que dissipou seus bens fraudulentamente: ambas têm suas contas bloqueadas, sem que a situação concreta de cada uma seja sopesada na decisão.

O resultado prático é frequentemente o mesmo que se extrai do caso narrado na introdução deste artigo: a medida executiva que pretende satisfazer o crédito tributário produz, ao contrário, a destruição da base econômica que possibilitaria a satisfação desse mesmo crédito. O STJ chegou, em algumas decisões isoladas e não sistemáticas, a reconhecer que o bloqueio de contas de empresas em processo de recuperação judicial deve observar os limites impostos pelo artigo 6.º da Lei n.º 11.101/2005 — o que é correto, mas é insuficiente, porque restringe a proteção ao momento em que a crise empresarial já atingiu o patamar da recuperação judicial formalmente decretada. Para as empresas que se encontram em dificuldade, mas ainda não chegaram ao ponto de requerer a recuperação — ou seja, para a imensa maioria das empresas em situação de fragilidade —, o princípio da preservação simplesmente não é invocado como parâmetro decisório.

O Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho, embora operem em um campo de tensão diferente — o da prevalência dos créditos trabalhistas sobre o patrimônio empresarial —, reproduzem um problema estruturalmente análogo: a desconsideração sistemática dos efeitos que medidas constritivas de grande amplitude produzem sobre a capacidade de geração de emprego e de renda da empresa executada. A perspectiva é a de máxima satisfação do credor na menor quantidade de tempo possível, sem que a integridade econômica da empresa figure como parâmetro relevante do julgamento. Aqui também o princípio da preservação é recrutado, eventualmente, quando a empresa está em recuperação judicial — mas raramente antes disso.

No campo do direito tributário administrativo, a situação não é substancialmente distinta. Os Tribunais Administrativos Tributários — e o CARF em particular — reconhecem o princípio da preservação da empresa como argumento pertinente em discussões que envolvem a aplicação da Lei n.º 11.101/2005, mas raramente o empregam como vetor autônomo de interpretação em questões que não têm conexão direta com a recuperação judicial ou a falência. Discussões sobre multas confiscatórias, sobre a limitação à compensação de prejuízos fiscais — o mesmo tema que Derzi apontou há vinte anos como violação ao princípio da capacidade contributiva —, sobre a tributação de lucros fictícios ou sobre a desconsideração de atos jurídicos de planejamento fiscal legítimo continuam a ser decididas sem que o impacto sobre a viabilidade empresarial seja considerado como critério material de julgamento. O princípio da preservação da empresa, no âmbito do contencioso tributário administrativo e judicial, permanece confinado no subsistema que o nomeou expressamente — a Lei n.º 11.101/2005 —, como se sua incidência fora desse espaço dependesse de uma norma de posituação explícita que não existe e que, pela natureza dos princípios, não precisa existir.

Essa resistência jurisprudencial não é arbitrária — ela responde a razões que devem ser compreendidas para que possam ser adequadamente criticadas. A primeira razão é de ordem dogmática: o direito tributário brasileiro é construído sobre uma estrutura de legalidade estrita e de tipicidade fechada que, historicamente, desconfiou de critérios abertos e valorativos na aplicação das normas tributárias. A invocação de princípios como a preservação da empresa ou a proporcionalidade no campo tributário é frequentemente associada, na tradição jurídica brasileira, ao risco de arbitrariedade judicial e à insegurança jurídica — os valores que a tipicidade tributária pretende preservar. Esse raciocínio tem fundamento, mas contém uma falácia: ele parte da premissa de que a segurança jurídica do contribuinte seria ameaçada pelo emprego de princípios, quando, na realidade, a segurança que o contribuinte-empresa necessita — a segurança de não ver sua atividade destruída por uma medida executiva desproporcional — é exatamente o tipo de proteção que apenas os princípios podem oferecer.

A segunda razão é de ordem institucional: o Judiciário brasileiro enfrenta um volume de execuções fiscais de tal magnitude que qualquer abertura para a consideração de circunstâncias concretas da situação empresarial dos executados é percebida, pelos juízes e pelos tribunais, como convite à eternização dos processos e à proliferação de manobras dilatórias. A eficiência processual é invocada como argumento para a padronização das decisões, o que implica, na prática, a desconsideração das especificidades de cada caso. O problema é que essa padronização produz, nos casos em que a empresa é efetivamente viável e está em vias de equacionar seus débitos, um resultado tão ineficiente quanto o que pretende evitar: destruindo a empresa pela via da execução indiscriminada, o Judiciário sacrifica, em nome da celeridade processual, tanto a arrecadação futura quanto o emprego e a renda que a empresa geraria.

Há, portanto, uma convergência de fatores dogmáticos e institucionais que explica por que o princípio da preservação da empresa permanece, no cotidiano da jurisprudência tributária brasileira, como instrumento de retórica de segunda ordem — presente nos votos quando se fala de recuperação judicial, ausente quando se fala de execução fiscal de empresa em funcionamento. Essa disfunção é o problema central que o presente artigo se propõe a enfrentar, e a solução que se defende — a mediação pelo princípio da proporcionalidade — será desenvolvida no tópico seguinte.

O Princípio da Preservação da Empresa Fora do Microssistema Recuperacional: A Proporcionalidade como Mediação Necessária nas Medidas Constritivas das Execuções Fiscais

A tese que se sustenta neste tópico — e que constitui o ponto de chegada de toda a argumentação desenvolvida até aqui — é a seguinte: a expansão do princípio da preservação da empresa para além dos limites do microssistema recuperacional, de modo a incidir sobre o direito tributário contencioso em sua generalidade, requer uma mediação principiológica que o ancore no arsenal hermenêutico já sedimentado da jurisprudência tributária. Essa mediação é oferecida, com precisão e com legitimidade dogmática, pelo princípio da proporcionalidade — compreendido em sua tríplice estrutura de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tal como desenvolvida pela teoria dos direitos fundamentais e progressivamente assimilada pela jurisprudência constitucional brasileira.

É clássico o voto do Ministro Orizombo Nonato do STF quando, em 1953, lançou as bases para a vedação do confisco e estabeleceu ali as bases para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no direito tributário: “O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.”

Embora o voto seja sempre lembrado como uma manifestação contra o confisco tributário, a premissa “o poder de taxar não pode chegar à medida do poder de destruir” poder ser transposta para várias áreas em que o direito tributário incide de modo relacional como norma aplicável à solução de um conflito, seja no âmbito da própria administração pública fazendária seja na aplicação da norma pelo poder tributário.

A proporcionalidade aqui é dotada de um conteúdo ético de observância da relação entre os meios e os fins buscados pelo Estado (um valor autolimitante) sempre na busca daquela que seria a solução mais justa diante de um conflito intersubjetivo. Nesse aspecto, a proporcionalidade serve como um mediador na aplicação da norma, um modo de aplicação dentre várias possibilidades de satisfação deontológica, escolhendo-se aquela ou aquelas que menos efeitos colaterais causem aos sujeitos da relação, sem sacrificar a finalística da norma.

Quando se pensa na aplicação do direito tributário e do direito processual na busca pela satisfação do crédito tributário, sobretudo nas execuções fiscais, tem-se em mente os mecanismos utilizados pelo magistrado, a partir da solicitação da Fazenda Pública, para garantir que o valor devido ao Fisco seja, de algum modo, alcançado. Já fiz referência nesse artigo aos mecanismos constritivos que são necessários não apenas para a satisfação do crédito tributário, mas também pela efetividade da prestação jurisdicional. A questão que se coloca é: há possibilidade de inserção do Princípio da Preservação da Empresa nos argumentos que se desenvolvem no contencioso tributário, sobretudo diante da utilização de mecanismos constritivos?

A estrutura tríplice da proporcionalidade, tal como articulada pela teoria alemã dos direitos fundamentais e incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — especialmente a partir das contribuições doutrinárias de Robert Alexy e de sua recepção brasileira —, oferece um roteiro analítico preciso para essa avaliação. A adequação pergunta se a medida constritiva é apta a realizar o fim que a legitima — a satisfação do crédito tributário. A necessidade pergunta se, entre as medidas igualmente aptas, foi escolhida a menos gravosa ao sujeito passivo. A proporcionalidade em sentido estrito pergunta se o benefício obtido com a medida guarda equivalência razoável com o ônus imposto — ou seja, se a satisfação do crédito na execução justifica, em termos sistêmicos, o custo da destruição da empresa que a satisfaria.

É precisamente nessa terceira etapa, a proporcionalidade em sentido estrito, que o princípio da preservação da empresa encontra seu espaço de incidência mais consequente no direito tributário contencioso. Porque é aí que a análise abandona o plano da relação bilateral entre credor e devedor e ascende ao plano das consequências sistêmicas da decisão: a empresa que tem suas contas bloqueadas na véspera de um acordo com a Fazenda Nacional não apenas não paga o débito imediato, ela deixa de pagar todos os tributos futuros que geraria se sobrevivesse à execução, demite trabalhadores cujos direitos o próprio Estado terá de tutelar, desfaz cadeias de fornecimento, retira do mercado uma unidade produtiva que a ordem econômica constitucional, no artigo 170 da Constituição Federal, proclama como objeto de proteção. O custo sistêmico da medida excede, nesse quadro, o benefício arrecadatório imediato de modo tão manifesto que a proporcionalidade em sentido estrito simplesmente não seria satisfeita, se fosse efetivamente aplicada.

O problema, como se afirmou no tópico anterior, é que ela não é aplicada. E a razão pela qual não é aplicada, a desconfiança estrutural da tradição tributária brasileira em relação a critérios valorativos abertos, é precisamente o que a mediação pela proporcionalidade pretende superar. Porque a proporcionalidade não é um princípio estranho ao direito tributário nacional.

O que se propõe aqui é a extensão analógica dessa premissa do campo da criação da norma tributária para o campo de sua aplicação executiva. Se o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir no momento em que a lei institui o tributo, por razões que se expressam na vedação do confisco e na tutela da capacidade contributiva, é logicamente coerente sustentar que esse mesmo limite opera no momento em que o Estado, por meio do Judiciário e da Fazenda Pública, escolhe os instrumentos pelos quais fará valer a norma tributária em uma execução concreta. O poder de executar também não pode chegar à desmedida do poder de destruir, e essa extensão não é um artifício retórico, mas uma consequência necessária da premissa original, que o próprio Ministro Orozimbo Nonato deixou aberta ao fundamentar sua posição não apenas na letra da Constituição, mas em seu espírito, e ao invocar a doutrina do *détournement de pouvoir* como categoria disponível para o controle do exercício abusivo do poder fiscal.

A aplicação prática dessa mediação tem, contudo, uma condição que não pode ser ignorada sem que se caia na ingenuidade de transformar o princípio da preservação em salvo-conduto irrestrito. A inserção do argumento preservacionista no contencioso tributário e a consequente exigência de proporcionalidade nas medidas constritivas é mais fortemente justificada quando a empresa devedora demonstra, de modo concreto, um compromisso com instrumentos que o próprio ordenamento criou para a superação da crise empresarial e para a regularização de seus débitos tributários. Esse compromisso pode se manifestar por diferentes vias: a adesão a uma transação

tributária em curso, a celebração ou a proposta em andamento de um negócio jurídico processual com a PGFN, o oferecimento de garantias reais ou fidejussórias adequadas, ou mesmo o ingresso em um plano de recuperação extrajudicial que contemple o equacionamento dos créditos fiscais.

A racionalidade dessa condição é transparente, pois o princípio da preservação da empresa, mediado pela proporcionalidade, não protege indistintamente qualquer devedor fiscal. Protege o devedor que revela, por sua conduta processual e extrajudicial, que a manutenção de sua atividade é um bem juridicamente relevante que o ordenamento tem interesse em tutelar, e não o devedor que utiliza a retórica preservacionista para protelar indefinidamente o cumprimento de suas obrigações fiscais. A diferença entre os dois casos é empiricamente verificável e juridicamente relevante: no primeiro, há uma empresa viável, com compromissos em curso, que pode ser destruída por uma medida executiva desproporcional antes de ter a oportunidade de cumprir aquilo a que se propôs; no segundo, há um devedor que instrumentaliza os argumentos da preservação como técnica de resistência processual sem lastro em qualquer iniciativa concreta de regularização.

Essa distinção, quando incorporada ao raciocínio decisório, produz um resultado que pode ser descrito como solução de ganho total ou, para utilizar a terminologia da teoria dos jogos que progressivamente penetrou no vocabulário da análise econômica do direito, uma solução que se aproxima do ótimo de Pareto na relação entre o Fisco e o contribuinte empresarial. No modelo tradicional de execução fiscal indiscriminada, o resultado é frequentemente de perda bilateral: o crédito tributário não é satisfeito, porque a empresa é destruída antes de poder pagá-lo; a empresa perece, destruindo emprego, renda e arrecadação futura; e o Judiciário consome recursos processualmente para produzir uma execução sem bens. No modelo que se propõe, em que a proporcionalidade das medidas constritivas é avaliada em função da situação concreta da empresa e de seus compromissos com instrumentos de regularização, o resultado esperado é a preservação da empresa como fonte geradora de arrecadação e a satisfação do crédito tributário ao longo do tempo, dentro de um plano que reconhece a capacidade contributiva real do devedor e não a fictícia que a execução imediata pressupõe.

Esse modelo não é utópico. Ele já opera, de modo ainda fragmentado e dependente de iniciativas pessoais de procuradores e magistrados mais sensíveis ao problema, em uma série de casos que atravessam os tribunais brasileiros sem produzir jurisprudência consolidada. O que falta é que esse modo de operar seja elevado de prática ocasional à diretriz hermenêutica sistemática — e essa elevação é precisamente o que a mediação pela proporcionalidade pode oferecer. Porque a proporcionalidade, como princípio já reconhecido e operacionalizado na jurisprudência tributária brasileira, fornece o vocabulário e o método que permitem ao julgador incorporar o princípio da preservação da empresa em seu raciocínio decisório sem abandonar a segurança do arsenal dogmático que lhe é familiar. Não se trata de substituir o direito tributário pela teoria da empresa, nem de converter o juízo de execução fiscal em sede de discussão empresarial. Trata-se de exigir, dentro dos parâmetros que a própria tradição tributária brasileira já assentou desde o voto de 1953, que o exercício do poder executivo fiscal seja compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria que a Constituição tutela — e que essa compatibilidade seja avaliada não apenas no plano abstrato da lei que institui o tributo, mas no plano concreto da medida que pretende satisfazê-lo.

O caminho para que isso se torne jurisprudência estável é longo e não depende apenas de argumentação doutrinária, por mais sólida que seja. Depende de que os advogados que militam no contencioso tributário passem a construir suas peças a partir dessa articulação entre a preservação da empresa e a proporcionalidade, documentando com precisão o impacto das medidas constritivas sobre a atividade empresarial e conectando esse impacto à perda arrecadatória que a destruição da empresa representará para o próprio Fisco. Depende de que os procuradores fazendários internalizem a compreensão de que a transação e o negócio jurídico processual não são concessões ao inadimplente, mas instrumentos de otimização da arrecadação a médio e longo prazo. E depende, sobretudo, de que os tribunais — especialmente o Superior Tribunal de Justiça, cujo papel na uniformização da jurisprudência tributária federal é determinante — estejam dispostos a dar o passo que o legislador já deu: reconhecer que o princípio da preservação da empresa é um vetor normativo de aplicação transversal, que não depende da decretação de uma recuperação judicial para incidir sobre as relações entre o Estado fiscal e o contribuinte empresarial.

Esse é, em última análise, o desdobramento que o tempo ainda não produziu da intuição que Misabel Derzi registrou, com a clareza que caracteriza os juristas de primeira grandeza, em 2006: a de que o direito tributário, para ser coerente consigo mesmo e com os valores constitucionais que o fundam, precisa aprender a preservar a empresa não apenas quando ela já está morrendo, mas ao longo de toda a vida em que ela cumpre a função social que justifica sua existência e que justifica, também, a tributação que sobre ela incide. O princípio está no ordenamento. Os instrumentos normativos que o operacionalizam foram, progressivamente, criados. O que resta é que os tribunais façam o que os tribunais existem para fazer: aplicá-lo.