

ANÁLISE DA NOVA ORDEM DE PAGAMENTO DE CREDORES NA FALÊNCIA ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM ESTUDO SOBRE A EXPECTATIVA DE TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO ÀS PEQUENAS EMPRESAS

ANALYSIS OF THE NEW PAYMENT ORDER OF CREDITORS IN BANKRUPTCY BEFORE THE FEDERAL CONSTITUTION. A STUDY ON THE EXPECTATION OF FAVORED AND DIFFERENTIAL TREATMENT FOR SMALL BUSINESSES

Saulo Bichara Mendonça*

Pablo Gonçalves e Arruda**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A pequena empresa. 2 Concurso de credores na falência. 3 As pequenas empresas como credoras com privilégio especial. 4 Alterações da lei de falência à luz da Constituição Federal de 1988. Considerações finais.

RESUMO: O presente estudo tem por fim perquirir se a Lei nº 14.112/2020 padece de inconstitucionalidade formal e material na parte que revoga a alínea d, do inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 que classificava, no concurso falimentar de credores, dentre os créditos com privilégio especial, aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte. A norma revogada havia sido incluída na lei de recuperação e falência de empresas pela Lei Complementar nº 147/2014 em atenção ao princípio da tutela à pequena empresa, consagrado na Constituição Federal de 1988 nos arts. 170, inciso IX e 179. O fato inspirou as seguintes questões: a Lei Complementar nº 147/2014 atribuiu à pequena empresa condição de crédito de privilégio especial na falência de seus devedores, concedendo-lhe o tratamento favorecido e diferenciado determinado pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, poderia a Lei Ordinária nº 14.112/2020 ter revogado a referida condição? A recondução da pequena empresa à condição de

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Atividade Empresária e Sustentabilidade Econômica.

** Doutorando e Mestre em Direito: Estado, Cidadanias e Mundialização das Relações Jurídicas (Universidade Veiga de Almeida). Pós-Graduado em Direito do Consumidor (PUC-RJ). Professor de Direito Empresarial: FGV, IBMEC, PUC-RJ, Damásio-SP, CEPUERJ/UERJ; Escolas da Magistratura: EMERJ, ESMAGES e ESMAFE/PR. Coordenador Acadêmico do Instituto Brasileiro do Direito da Empresa – IBDE. Membro efetivo do Turnaround Management Association do Brasil - TMA Brasil. Administrador Judicial do TJRJ. Sócio do SMGA Advogados, com atuação específica em Direito Empresarial.

Artigo recebido em 12/07/2021 e aceito em 30/08/2021.

Como citar: MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. Análise da nova ordem de pagamento de credores na falência ante a Constituição Federal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 235-251, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

credora quirografária, atribuída pela Lei nº 14.112/2020, fere os preceitos derivados do princípio constitucional da tutela à pequena empresa? As premissas iniciais, no sentido de que a revogação padece de inconstitucionalidade justifica a consideração ao final de que a alteração legal em tela contraria a norma segundo a qual as Pequenas Empresas devem ser tratadas de forma favorecida e diferenciada. No aspecto do Direito Constitucional, poderia Lei Ordinária revogar dispositivo de outra Lei Ordinária introduzido por Lei Complementar?

Palavras-chave: concurso de credores. falência. inconstitucionalidade. pequena empresa.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to investigate whether Law No. 14,112 / 2020 suffers from formal and material unconstitutionality in the part that revokes item d, item IV, of art. 83, of Law No. 11,101 / 2005, which classified, in the bankruptcy contest of creditors, among the credits with special privilege, those in favor of individual microentrepreneurs and micro and small businesses. The revoked rule had been included in the law on the recovery and bankruptcy of companies by Complementary Law No. 147/2014 in consideration of the principle of protection for small businesses, enshrined in the Federal Constitution of 1988 in arts. 170, items IX and 179. The fact inspired the following questions: Complementary Law nº 147/2014 attributed to the Small Company a credit status of special privilege in the bankruptcy of its debtors, granting it the favored and differentiated treatment determined by the Federal Constitution of 1988. In this way, could Ordinary Law No. 14,112 / 2020 have revoked that condition? Does the renewal of the small company to the status of unsecured creditor, attributed by Law No. 14,112 / 2020, violate the precepts derived from the constitutional principle of protection for the small company? The initial premises, in the sense that the revocation suffers from unconstitutionality, justifies the consideration at the end that the legal change on screen contradicts the rule according to which Small Businesses should be treated in a favored and differentiated manner. In the aspect of Constitutional Law, could Ordinary Law revoke a provision of another Ordinary Law introduced by a Complementary Law?*

Keywords: *creditors' competition. bankruptcy. unconstitutionality. small business.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a reflexão sobre possível inconstitucionalidade formal e material que atinge a Lei nº 14.112/2020 na parte que revoga a alínea *d*, do inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005, retirando das espécies que compõem o gênero pequena empresa (microempreendedores individuais, microempresa e empresa de pequeno porte) a condição de créditos com privilégio especial.

A excepcionalidade da situação da pequena empresa nesse contexto chamava atenção desde a alteração da Lei nº 11.101/2005 pela Lei Complementar nº 147/2014, sendo a primeira vez que a condição de crédito com privilégio especial foi atribuída de forma subjetiva a um tipo de credor. Em regra, esta condição se caracterizava pelo objeto que constituía o crédito em si, não seu titular.

Compreende-se que essa excepcionalidade se deve a idiosincrasia comum à pequena empresa, que deve ter, por força constitucional, um tratamento favorecido e diferenciado dispensado por parte dos entes federativos a fim de lhes permitir permanecer no mercado de forma

competitiva e isonômica, dado sua capacidade aquisitiva inferior, quando comparada as empresas, classificadas neste estudo como sendo de grande porte¹, assim identificadas aquelas que auferem receita bruta anual em montante superior à R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

A relevância da pequena empresa no contexto socioeconômico do país é ampla e notória, fato que justifica o tratamento diferenciado a ela destinado desde a década de 1980, quando conhecemos a primeira versão do Estatuto da Pequena Empresa. Em 1988 este segmento galgou *status* de instituto constitucionalmente tutelado, sendo o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” reconhecido como princípio básico da ordem econômica e financeira do Estado democrático de Direito (art. 170, inciso IX, CRFB/88).

A referida tutela constitucional nem sempre foi respeitada pelo legislador ordinário, a exemplo do plano especial de recuperação de pequenas empresas, previsto na Lei nº 11.101/2005 (arts. 70 à 72) que até prevê um tratamento diferenciado, mas diametralmente oposto da expectativa de ser favorecido². A ansiada reforma da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020 praticamente apresentou ao mundo uma nova lei sobre recuperação e falência de empresas. Dentre avanços e indagações acerca da efetividade das alterações postas, tem-se a revogação dos incisos IV e V do Artigo 83 e, no particular tema aqui proposto, da alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005.

A partir dessa mudança, os institutos que tratam do privilégio especial e geral em caso de concurso de credores, destacados, respectivamente, pelos Artigos 964 e 965 do Código Civil, deixam de

¹ A partir do não enquadramento no teto constante no art. 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, não existe uma definição geral sobre portes das empresas. Existem, entretanto, definições setoriais, como por exemplo o enquadramento para a ANVISA, a MP 2190-34/01 trata como empresas de pequeno porte as com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), médio porte as empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e mínimo de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), sendo as de grande porte as empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Detalhe que não são exatamente usadas as expressões “médio” e “grande” portes, mas assim são usualmente chamadas. Para a política nacional do meio ambiente, a divisão é de médio porte atenta ao limite de até R\$12.000.000,00 (doze milhões de reais) e grande porte as que tem faturamento superior a esse patamar.

² Até o advento da Lei Complementar nº 147/2014 havia ainda o prejuízo de ter a carência de 8 (oito) anos para poder requerer nova Recuperação Judicial, se e quando a pequena empresa optasse pelo plano especial de recuperação previsto nos arts. 70 à 72, da Lei nº 11.101/2005, conforme inciso III, do Art. 48, da mesma lei.

existir no plano do concurso falimentar, passando à equiparação, para todos os fins, aos créditos quirografários.

Em que pese o histórico dos créditos com privilégio especial atrelar essa natureza à coisa não gravada, diferente da garantia real (Art. 964, do Código Civil), sempre verificou-se a coisa como baliza para a concessão do privilegio especial. Isso até a Lei Complementar nº 147/2014, que permitiu que a pequena empresa alçasse à condição de privilegio especial no concurso falimentar, representando um marco histórico, onde, pela primeira vez, verificou-se o crédito atrelado a um critério subjetivo do titular do crédito e não por um critério objetivo da coisa a ser recebida, ou seja, pela natureza do credor e não pela natureza do crédito. Benefício posto que acabou de ser lançado por terra pela Lei nº 14.112/2020, que devolveu à pequena empresa ao status de credora quirografária, em flagrante lesão aos preceitos constitucionais da ordem econômica do Estado.

Desta forma, o estudo que se desenvolve, considerando os problemas postos, no sentido de aferir se a Lei nº 14.112/2020 poderia ter revogado a alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005, uma vez que esta última foi incluída na Lei de Recuperação e Falência pela Lei Complementar nº 147/2014, e se a recondução, pela Lei nº 14.112/2020, da pequena empresa à condição de credora quirografária fere os preceitos derivados do princípio constitucional da tutela à pequena empresa.

O estudo parte das hipóteses de que o instituto revogador padece de inconstitucionalidade formal, posto que a revogação a alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 lesiona o princípio constitucional da tutela da pequena empresa e promove alteração, por lei ordinária, de um dispositivo legal inserido por lei complementar.

1 A PEQUENA EMPRESA

O enfrentamento da questão posta demanda uma reflexão conceitual acerca da pequena empresa, visando evitar que uma interpretação meramente gramatical dos textos legais fomenta dúvidas acerca do instituto que se pretende ver tutelado nos moldes constitucionais.

Além da Lei nº 11.101/2005, cuja alínea *d*, inciso IV, do art. 83 representa o objeto do presente estudo, outros dispositivos legais fazem menção às espécies do gênero pequena empresa. Quais sejam: os arts. 3º e 68 da Lei Complementar nº 123/2006, que se reportam, respectivamente

à microempresa, empresa de pequeno porte e pequeno empresário, este último também é mencionado pelo art. 970 do Código Civil.

Todos estes dispositivos legais, incluindo o revogado pela Lei nº 14.112/2020, têm por fim tutelar a pequena empresa a partir do princípio constitucional contido nos arts. 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal.

Segundo Vicente Bagnoli (2013, p. 83), o favorecimento constitucional tem por fim nivelar a concorrência, assegurando às pequenas empresas condições isonômicas de competitividade ante concorrentes de maior envergadura. Neste mesmo sentido, lê-se:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido. 1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. 2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações. 3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência. 4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de

tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo. 5. Recurso extraordinário não provido. (RE 627543)

Ou seja, a pequena empresa representa o cerne de um regime de tutela que foi instituído para diferenciar, em iguais condições, os empresários que possuem menor poder econômico, instrumentalizando a isonomia, considerando iguais e desiguais na medida em que se igualam e desigualam.

Por esta razão, não se pode ler o inciso IX, do art. 170, da Constituição Federal de 1988 e pretender verificar um tratamento favorecido e diferenciado apenas às instituições enquadradas nos moldes do inciso II, do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006. O que se pretende com o referido princípio constitucional é a efetiva tutela de todas as espécies que compõem o gênero pequena empresa, ou seja, microempreendedor individual, microempresa e empresa de pequeno porte, os mesmos que possuíam tratamento diferenciado no concurso de credores na falência, nos moldes da revogada alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005.

Até mesmo por uma análise de escala de padrão, vê-se que a espécie microempreendedor individual está contida na espécie microempresa, que nessa graduação é seguida pela empresa de pequeno porte, razão pela qual compreende-se estes três institutos como espécies do gênero pequena empresa.

A definição deste gênero - pequena empresa - não pode ser confundido com a expressão pequeno empresário. É preciso ter em mente a distinção entre empresa e empresário, sendo a primeira a atividade desenvolvida pelo segundo. O empresário, a despeito do porte de sua atividade, é titular do direito que exerce sobre sua empresa, conseqüentemente a empresa pode, enquanto atividade exercida pelo empresário, ser reconhecida como objeto de direito deste.

Neste sentido, deve-se ler tanto o art. 68 da Lei Complementar nº 123/2006³ quanto o art. 970 do Código Civil, haja vista que, uma

³ No que se refere a expressão “pequeno empresário”, contida no art. 68, da Lei Complementar nº 123/2006, se faz necessário esclarecer que ela não se confunde com o gênero pequena empresa do qual são espécies o microempreendedor individual, a microempresa e a empresa de pequeno porte. Antes da atualização do Estatuto da Pequena Empresa pela Lei Complementar nº 155/2016, o referido artigo fazia menção ao empresário individual caracterizado como microempresa, caracterizado por ser pessoa natural, registrada na junta comercial, com receita bruta anual de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), não optante pelo simples, ou seja, o chamado pequeno empresário

interpretação sistemática das normas à luz da Constituição Federal de 1988 permite compreender que o objetivo das normas é mitigar as diferenças entre as instituições que possuam poder econômico distinto, razão pela qual, a Lei Complementar nº 147/2014 havia incluído a atualmente revogada alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005.

Compreendido que a pequena empresa (Art. 170, IX, CRFB) representa gênero composto pelas espécies microempendedor individual (Art. 18-A, §1º, LC 123/06), pequeno empresário (Art. 68, LC 123/06 e 970 do Código Civil), microempresa (Art. 3º, I, LC 123/06) e empresa de pequeno porte (Art. 3º, II, LC 123/06), tendo todas, até então, um tratamento específico pelo concurso de credores na falência, impõem-se a necessidade de compreender a sistemática da ordem de satisfação dos credores na falência.

2 CONCURSO DE CREDITORES NA FALÊNCIA

O processo falimentar é, por natureza, um “processo de execução coletiva contra o devedor insolvente” (ALMEIDA, 2008, p. 17). Não se trata do processo de execução nos termos do Livro II do Código de Processo Civil (arts. 771 e seguintes), mas um processo que visa a realização célere e eficaz do ativo para solução do passivo do falido. Apesar da distinção entre os institutos em tela, é comum adotar a expressão processo de execução concursal dos bens do devedor (falido), para fazer menção à natureza do processo falimentar.

O concurso de credores na falência é formado para que possam, coletivamente, receber o que lhes é devido de acordo com a capacidade de pagamento da massa falida. É para atender a este fim que o Administrador Judicial deve empenhar-se para obter uma avaliação fidedigna dos bens que compõem a massa falida, visando auferir a melhor quantia possível quando os bens forem levados a leilão (eletrônico, presencial ou híbrido).

Mas, realizado o ativo, é preciso que haja uma ordem para que os credores recebam suas quantias, daí entra a necessidade de estabelecer um concurso de credores.

era uma subespécie de microempresa. Com a atualização do referido estatuto instituiu-se o microempendedor individual, na forma do art. 18-A, sendo a esta variação da microempresa que se refere a expressão em questão. Esta observação se faz necessária para que não se confunda o pequeno empresário a que se refere o art. 68, da Lei Complementar nº 123/2006 com o gênero pequena empresa, do qual ele é subespécie da espécie microempresa.

A despeito de haver créditos que devem ser satisfeitos antes dos credores concursais da massa falida, a exemplo dos credores extraconcursais (art. 84 da Lei nº 11.101/2005), todo processo falimentar se desenrola, por essência, a fim de quitar as dívidas para com os credores que compõem o concurso de credores. Daí a ideia de execução concursal dos bens que compõem a massa falida.

Solucionar o passivo significa pagar os credores. Para que isso ocorra é necessário que esteja consolidado o quadro geral de credores e que estejam definidos os chamados créditos extraconcursais. Pagas as restituições e satisfeitos os créditos extraconcursais, a solução do passivo observará a classificação prevista no art. 83 [...] A solução do passivo depende da forma adotada da realização do ativo e da classificação dos créditos, assegurada sempre a primazia do princípio do tratamento equitativo dos credores. (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 355)

O tratamento equitativo dos credores em concurso implica no estabelecimento de uma ordem de pagamento que deveria ser estabelecida de acordo com a natureza de cada obrigação a pagar. “Para o estabelecimento da hierarquia que divide as classes de credores, o legislador teve que sopesar várias forças dentro do sistema mercadológico, definindo, assim, o grau de importância de cada uma.” (COSTA e MELO, 2021, p. 217)

Essa demanda, imposta ao legislador, até então era atendida com base nos princípios da *par conditio creditorum* e da relevância do interesse dos credores.

O primeiro deles determina o estabelecimento de uma forma de tratamento equitativa dos credores, impedindo que alguns deles venham exercer seu direito de forma individualizada e respeitando a preferência de um crédito sobre outro em razão da natureza dele. Ou seja, embora os credores estejam em posição de paridade, não há entre eles nivelamento. Já o segundo princípio fundamenta um procedimento no qual se verifica a viabilidade da solução proporcional do passivo.

Neste sentido, Waldo Fazzio Júnior sustenta que “a satisfação célere dos créditos deve observar os parâmetros da prelação adequada e de pagamentos satisfatórios” (2005, p. 33). Ou seja, deve haver equidade no tratamento dos credores, visando sempre alcançar a integral satisfação dos créditos.

Uma classe que esteja hierarquicamente inferior a outra, conforme a ordem prevista neste dispositivo legal, somente

começará a receber os pagamentos se os créditos da classe imediatamente anterior já estiverem integralmente satisfeitos ou reservados em separado. Por sua vez, os credores concursais (previstos nesse artigo) só começarão a receber os pagamentos após os credores extraconcursais (previstos no art. 84 dessa Lei) estarem integralmente satisfeitos. (COSTA e MELO, 2021, p. 217)

Apesar das diretrizes principiológicas apresentadas, a Lei nº 14.112/2020 alterou a classificação dos créditos na falência, mitigando o direito de alguns credores com a revogação dos incisos IV e V, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 e inclusão do parágrafo 6º que determina que os créditos com privilégio especial e os com privilégio geral integram a categoria de créditos quirografários.

A referida norma manteve a prioridade dos créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, ficando eventual saldo remanescente relegado a categoria de crédito quirografário, e os decorrentes de acidentes de trabalho. Um critério para limitação do crédito também foi utilizado para os credores titulares de créditos gravados com direito real, sendo que, neste caso a limitação se dá ao valor total do bem gravado como garantia. Os créditos tributários, por sua vez, sofrem limitação em relação as multas de toda sorte (sejam moratórias, sejam puramente administrativas, em atenção à súmula 565 do STF⁴), que já tiveram sua aplicabilidade superada com o advento da Lei nº 11.101/2005 que as classifica como créditos subquirografários, nos termos do inciso VII, do art. 83, da lei citada.

Em razão das alterações postas, após os três tipos de créditos citados, se apresentam os créditos quirografários, dentre eles os créditos com privilégio especial e os com privilégio geral, seguidos das multas em geral, como as contratuais e as penas pecuniárias por infração normas penais ou administrativas. Após, os créditos subordinados e, para além deles, os juros vencidos após a decretação da falência.

⁴ Na vigência do DL. 7.661/45, o STF entendeu, inicialmente, que a multa fiscal moratória seria exigível em falência (súmula STF 191), enquanto a multa meramente administrativa seria inexigível no concurso falimentar (súmula 192). Posteriormente, com a edição da súmula 565, o Supremo fixou tese no sentido de que a multa tributária moratória teria natureza de pena administrativa, passando, assim, a ser reconhecida como inexigível em falência, sendo cancelada a súmula STF 191. Com o advento da Lei 11.101/05 a celeuma sobre a exigibilidade da multa tributária em falência restou ultrapassada, visto que expressamente previsto tal crédito na ordem de pagamento dos credores concursais, na classe subquirografária. Porém, permanece hígida a afirmativa da súmula 565 no sentido de que a multa tributária moratória tem natureza de pena administrativa.

Nesse contexto de desconstrução do concurso de credores, mitigação da *par conditio creditorum* e supressão da relevância do interesse dos credores é que se faz necessária a revisão da revogação da condição de crédito com privilégio especial das Pequenas Empresas e sua releitura à luz do princípio constitucional da tutela da pequena empresa.

3 AS PEQUENAS EMPRESAS COMO CREDORAS COM PRIVILÉGIO ESPECIAL

O revogado inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 fazia menção aos créditos com privilégio especial, assim considerados nos termos do art. 964, do Código Civil, a exceção da alínea *d*, que incluiu no rol os créditos de titularidade dos microempreendedores, microempresas e empresas de pequeno porte, as espécies do gênero pequena empresa.

Créditos com privilégio especial são os considerados como decorrentes de direito de retenção sobre a coisa em função do crédito que com elas se relacionam. A inserção da alínea *d*, no citado inciso IV pela Lei Complementar nº 147/2014 não pode ser classificada como sendo de boa técnica legislativa, se considerada essa característica inata do privilégio especial.

Atribuição da característica de crédito com privilégio especial aos créditos dos microempreendedores, microempresas e empresas de pequeno porte mitigou a natureza dos créditos com privilégio especial no contexto da lei falimentar, posto que, até então, assim eram considerados apenas aqueles que “tem sua origem única e exclusiva na vontade da lei, que a concede a certos e determinados créditos por princípios de humanidade, equidade ou conveniência pública” (CAMPINHO, 2017, p. 378).

A atribuição aos créditos de titularidade das pequenas empresas como tendo privilégio especial acabou por criar diferença entre credores de uma mesma classe, fato que não passou despercebido pelos tribunais (processo nº. AI 0047396-88.2019.8.16.0000 PR 0047396-88.2019.8.16.0000).

O raciocínio fundado no art. 964, do Código Civil considera como titular de privilégio especial o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação, sobre a coisa arrecadada e liquidada; o credor por despesas de salvamento sobre a coisa salvada; o credor por benfeitorias necessárias ou úteis sobre a coisa beneficiada; o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou

melhoramento, sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções; o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita, sobre os frutos agrícolas; o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior, sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos; o autor ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado em contrato da edição; o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários e o credor por animais⁵, produtos do abate.

Note-se que os privilégios inscritos no art. 964 do Código Civil definem-se não sobre o patrimônio como um todo do falido, mas sobre bens em especial. Assim, o privilégio do crédito por benfeitorias necessárias ou úteis faz-se sobre a coisa beneficiada, da mesma forma que a preferência do crédito do titular do direito autoral, pelo crédito fundado no contrato da edição, faz-se sobre exemplares da obra existente na massa do editor. Vencidas as forças de bens ou direitos garantidores de tais relações, conforme o valor pelo qual tenham sido vendidos ou, se houve venda em bloco da empresa ou do estabelecimento, pelo valor de sua avaliação, o restante do crédito se classificará e será eventualmente pago como quirografário. (MAMEDE, 2018, p. 420).

Como se vê, a exceção dos créditos de titularidade das pequenas empresas, os demais créditos que eram incluídos no rol de credores como titulares de privilégio especial se caracterizavam pela natureza da obrigação constituída, não pela natureza do titular do crédito em si.

Apesar da atecnia que caracterizou a inserção do crédito de titularidade da pequena empresa no rol dos créditos com privilégio especial no concurso de credores da falência, há que se considerar sua importância ante ao princípio constitucional de tutela da pequena empresa. Ou seja, mesmo de forma pouco ortodoxa quanto à técnica desejável num processo legislativo, atendeu à expectativa decorrente do princípio constitucional de tutela da pequena empresa, atribuindo a esta, em certa medida, um tratamento favorecido e diferenciado; muito embora ela concorresse com os demais titulares de créditos incluídos na mesma categoria no concurso de credores (inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005), posto que, não havia entre eles nenhum tipo de privilégio ou preferência.

⁵ Ressalta-se que a questão da atribuição da condição de coisa aos animais tem sido objeto de discussão, como se verificam em estudos como FARIA, Luiza de.; MENDONÇA, Saulo Bichara. O direito civil brasileiro contemporâneo e a tutela jurídica dos animais. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 8, n. 2, p. 170-190, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1945>.

Dentre as alterações decorrentes da Lei nº 14.112/2020 o privilégio até então concedido à pequena empresa foi revogado e os credores que se enquadram neste segmento foram realocados no rol de credores para a categoria de credores quirografários, ou seja, “aquele que tem seu crédito representado unicamente por papéis, sem qualquer garantia especial” (BEZERRA FILHO, 2019, p. 332). Esse rol de credores foi agigantado com a alteração da lei falimentar.

Créditos que não tenham sido enquadrados em nenhuma outra classe, por exclusão, também integraram esta classe. Sendo assim, todos os créditos que eram anteriormente relacionados como créditos com privilégio especial (conforme o revogado inc. IV, do art. 83), após a reforma da Lei, devem ser classificados como quirografários (Lei 11.101/2005, art. 83, §6º), com exceção das custas judiciais e das despesas com a arrecadação e liquidação da massa, anteriormente relacionadas na Lei 11.101/2005, art. 83, “a”, e no CCB/2002, art. 965, II, e que agora constam como créditos extraconcursais (Lei 11.101/2005, art. 84, III e IV). (COSTA e MELO, 2021, p. 220)

A alteração em tela inspirou a reflexão acerca do eventual status constitucional do privilégio então contido no art. 83, inciso IV, alínea *d*, da Lei nº 11.101/2005).

3.1 Alterações da lei de falência à luz da Constituição Federal de 1988

A alínea *d* foi inserida no inciso IV do art. 83 da Lei nº 11.101/2005 pela Lei Complementar nº 147/2014. A época, verificou-se alteração da lei ordinária por lei complementar, regulamentando uma questão de natureza constitucional, apesar dos arts. 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal de 1988 não exigirem que o tema fosse tratado especificamente por lei complementar.

Ou seja, a Lei Complementar nº 147/2014 que alterou a Lei nº 11.101/2005 incluindo material com fundamento constitucional, qual seja, o reconhecimento de privilégio especial dos credores que se enquadram como pequena empresa. Isso porque a Lei Complementar nº 147/2014 é apenas formalmente uma lei complementar, mas materialmente é uma lei ordinária.

Desta forma, não houve nenhuma inconsistência formal na inserção da alínea *d*, no inciso IV, do art. 83 da Lei nº 11.101/2005 pela Lei Complementar nº 147/2014.

O tema tratado na da Lei Complementar nº 147/2014 poderia, perfeitamente ser tratado por lei ordinária, tal como o tema tratado pela Lei Complementar nº 123/2006, haja vista que os citados dispositivos constitucionais fazem menção apenas ao tratamento por lei, não especificando que sejam por lei complementar.

Quiçá o legislador tenha optado pela adoção do quórum qualificado de maioria absoluta (art. 69, Constituição Federal de 1988) ao invés do quórum simples (art. 47, Constituição Federal de 1988). Opção legítima, mas que não acarreta vício na regulação da material por um tipo de lei (complementar) quando poderia ser por outro (ordinária), tampouco altera a natureza da matéria tratada.

É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada e o decreto-lei) e a Constituição (e suas emendas). Não é só, porém, o argumento de autoridade que apoia essa tese; a própria lógica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma, [...] a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra elas, sendo inválidas as normas que a contradisserem. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 236-237).

Não há que se falar em inconstitucionalidade na revogação do art. 83, inciso IV, alínea *d* da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, pois está última é uma lei ordinária que revogou dispositivo inserido em outra lei ordinária por uma lei complementar que trata de um tema comum de lei ordinária; o legislador apenas adotou um quórum

qualificado quando do tratamento do tema, mas não alterou a natureza constitucional da matéria tratada.

A aludida Lei Complementar nº 147/2017 ao alterar a lei ordinária (Lei nº 11.101/2005) não infringiu a hierarquia legislativa, nem regulamentou matéria contrária à sua competência.

Quando da alteração da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, que revogou, dentre outros dispositivos, mas, em especial, a alínea *d*, do inciso IV, do art. 83, da lei de falência e recuperação de empresas, verificou-se a revogação por uma lei ordinária de um dispositivo inserido por lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária.

A despeito da Lei nº 14.112/2020 ter proporcionado uma desconstrução da ordem de satisfação de credores na falência, o concurso de credores em si não é matéria fundamentada em preceito constitucional, ele representa uma parte da lei que diz respeito à operacionalização da ordem de satisfação dos credores com fundamento nos citados princípios da *par conditio creditorum* e da relevância do interesse dos credores.

Por outro lado, se entender que o dispositivo revogado representa tema pautado em ordem de pagamento, estar-se-ia diante de matéria de direito comercial (art. 22, inciso I, Constituição Federal de 1988), fato que demandaria, por natureza, um tratamento por lei ordinária, colocando em questão a alteração realizada em 2014 pela Lei Complementar nº 147.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se construiu a partir da indagação posta a fim de verificar se a Lei nº 14.112/2020 poderia ter revogado a alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005, sem ferir a Constituição Federal de 1988, haja vista que a classificação do crédito de titularidade da pequena empresa, como créditos de privilégio especial, nos termos da alteração legislativa realizada pela Lei Complementar nº 147/2014.

A construção do metodológica deste raciocínio exigiu uma reflexão sobre a pequena empresa enquanto gênero do qual são espécies: o microempreendedor individual, a microempresa e a empresa de pequeno porte; assim inseridos, até então no rol do concurso de credores do processo falimentar, alterado pela Lei nº 14.112/2020 que, dentre outras alterações, modificou toda a classificação dos credores na falência.

A hipótese inicial posta no sentido de que o instituto revogador padece de inconstitucionalidade não foi verificada posto que tanto a

Lei Complementar nº 123/2006 e a Lei Complementar nº 147/2014 são, formalmente complementares, mas, materialmente, tratam de tema comum de lei ordinária, haja vista o teor dos arts. 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal de 1988.

Sob a ótica da pequena empresa, que deve ter tratamento privilegiado por força constitucional, percebeu-se a inserção de um privilégio por lei complementar que alterou lei ordinária em atenção a um anseio constitucional. Privilégio este que foi revogado recentemente, por lei ordinária que alterou conteúdo inserido por lei complementar.

Formalidades do processo legislativo a parte, há um prejuízo suportado pelos credores enquadrados como pequenas empresas, até então classificados como créditos com privilégio especial. Este prejuízo representa lesão aos termos constitucionais, haja vista que o tratamento favorecido e diferenciado que se deve atribuir às pequenas empresas foi sumariamente revogado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. P. **Curso de falência e recuperação de empresa:** de acordo com a Lei nº 11.101/2005. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEZERRA FILHO, M. J. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada.** 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. **Medida Provisória no 2.190-34, de 23 de agosto de 2001.** Altera dispositivos das Leis no 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e no 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2190-34.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp147.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1. Acesso em: 4 maio 2021.

BAGNOLI, V. Direito Econômico. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPINHO, S. Curso de direito comercial: Falência e recuperação de empresa. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, D. C.; MELO, A. C. N. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Nova lei de falência e recuperação de empresa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, M. G. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOTÍCIAS DO STF. **Supremo rejeita ação do PDT contra Lei de Recuperação Judicial**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108818>. Acesso em: 5 maio 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Processo nº. AI 0047396-88.2019.8.16.0000 PR 0047396-88.2019.8.16.0000 (Acórdão)**. 17^a Câmara Cível. Publicação: 18/05/2020. Julgamento: 12 de Maio de 2020. Relator Desembargador Lauri Caetano da Silva. Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919654679/processo-civil-e-do-trabalho-recursos-agrivos-agrivo-de-instrumento-ai-473968820198160000-pr-0047396-8820198160000-acordao/inteiro-teor-919657182>. Acesso em: 5 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 627543**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 30 out. 2013. Publicação: 29 out. 2014. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&is_repercussao_geral=true&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Art%20170%20inciso%20IX%20Constitui%C3%A7%C3%A3o&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 4 maio 2021.