
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FRENTE À LEI FALIMENTAR

Eduardo Dorfmann Aranovich

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Discrepa a jurisprudência dos tribunais pátrios, a propósito do cabimento de condenação em verba honorária no processo falimentar. Essa divergência refere-se ao que respeita à condenação em honorários no pedido de falência, seja em processo acessório ou em processo principal de falência.

Deixemos de lado, por ora, os julgados que entendem cabíveis os ônus de sucumbência frente aos processos regidos pela Lei de Falências e tratemos daquele que negam este princípio.

A esfera de onde os MM. Julgadores obtêm o conteúdo de suas razões, para negação da verba honorária, assenta-se no que dispõe o § 2º do art. 208 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, a chamada Lei de Falências.

Firme no pensamento de que o direito se fundamenta em um sistema binário, segundo o qual as normas jurídicas não podem ser examinadas isoladamente, mas sim emparelhadamente, isto é, duas a duas, com a obtenção da resultante final, a mais consentânea com a exegese que o caso requeira, passa-se ao exame de aspectos atinentes ao Instituto de Falência e suas normas.

NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE FALÊNCIAS

Em dado momento histórico, entendeu-se que o devedor não mais deveria ficar escravizado a sua dívida e leva - lá pelo resto de seus dias como uma pecha infâmia. Passou-se, desde aí, a dar-se importância quase que exclusiva ao aspecto econômico do patrimônio do devedor.

Esse aspecto econômico nada mais é que reflexo da situação em que se encontram os direitos (massa ativa) do devedor, em relação as suas obrigações (massa passiva), isto na logicidade de que os bens do devedor se constituem na garantia dos credores.

Com efeito, toda a pessoa, seja ela natural ou jurídica, possui, em regra, um patrimônio que o Código Civil Brasileiro, em seu art. 57, define como uma universalidade.

Encaremos, pois, esse patrimônio (universalidade) objetivamente, em seus elementos constitutivos, sob o aspecto por que se revela na falência, *“como sendo a pluralidade de direitos e obrigações, de valor pecuniário”*, segundo excelente ensinamento de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (in A Falência no direito Brasileiro. Freitas Bastos, Rio, 1931. Vol. I 1ª parte, p. 31).

O mesmo ilustre comercialista, tratando do assunto acima enfocado, diz que o patrimônio sofre múltiplas transformações no decorrer dos negócios, os quais atuam sobre os direitos ou obrigações e exteriorizam-se em três posições: (a) enriquecimento, que se coaduna com a prosperidade (uma grande massa ativa – direitos – e uma pequena massa passiva – obrigações); (b) equilíbrio, que diz com o enfraquecimento (massa passiva mais acentuada que a massa ativa) e (c) o empobrecimento, que é a ruína do patrimônio (uma massa passiva muitas vezes superior à massa ativa).

“Economicamente – ensina ainda TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE – só a última situação positiva a impossibilidade em que se encontra o dono do patrimônio de movimentar, com regularidade, os seus negócios, pois a massa ativa (direitos), de que dispõe, não cobre a massa passiva (obrigações), que precisa solver. Há, no cômputo total dos valores ativos e passivos, um saldo devedor, que não pode ser eliminados com os próprios recursos patrimoniais. Mas, enquanto a pluralidade dos direitos apresenta caráter heterogêneo, pela intrínseca diversidade de todos ou de laguna dos direitos que Forman a massa ativa, a pluralidade das obrigações, que constitui a massa passiva, tem aspecto homogêneo, por corresponder, unicamente, a direitos

creditórios, pertencentes a outros patrimônios, e derivantes das relações de negócio que os aproximaram. Há, no caso em apreço, desequilíbrio interno do patrimônio, que vai repercutir naqueles que com ele estavam relacionados. Surge, então, o conflito de interesses que o instituto de falência tem por objetivo resolver, definindo a posição jurídica de cada um dos interessados no desenvolvimento do processo até seu termo final” (grifamos) – (Op. cit. p. 32).

O último aspecto focado por VALVERDE, ou seja, o conflito de interesses que o instituto da falência tem por objetivo resolver traduz-se, também, no princípio falimentar da *par conditio creditorum* que, por sua vez, consiste em dar tratamento igualitário a todos os créditos – guardando-se a igualdade entre os iguais – dos credores do devedor insolvente. Nesse particular, é de ser observado o princípio da universalidade do Juízo da falência, extraído dos arts. 7º e 23 da lei em questão.

Repita-se que a lamentável situação econômica em que se encontra o devedor comerciante clama, em tais circunstâncias por uma liquidação geral de seu patrimônio avariado, em benefício dos credores e até do próprio devedor; urge o decreto judicial de falência.

Com a declaração judicial da falência, pois, tem início a *execução coletiva*, onde todos os credores “do devedor comum, comerciais ou civis” deverão comparecer ao processo, “alegando e provando seus direitos”, para obterem a satisfação, valendo-se, para tal, dos bens do devedor comum.

Ao comparecerem ao processo concursal – ou simplesmente concurso de credores – sujeitam-se à execução coletiva universal, pois que abrange todos os bens do devedor (universalidade objetiva) e se estende a todos os credores do devedor comerciante executado (universalidade subjetiva).

Assim, no dizer de FRIEDRICH LENT, é fundamento da falência a circunstancia de que, não podendo os credores obter integral

pagamento, deve ser satisfeitos na mesma medida, constituindo uma espécie de comunhão de destino e de perdas (LENT, Friedrich. Zwangsvollstreckungs-und konkursrecht. Neubearbeitet Von Otmar Jaurig. C.H.Beck'Sche Verlagsbuchandlung, München uns Berlim, 1963,p. 115, 38;1).

Acrescente-se, agora, que o direito falimentar pátrio assenta a figura da insolvência do comerciante em uma presunção de insolvência que se extrai da impontualidade que, por sua vez, acontece quando aquele tem titulo protestado por falta de pagamento (art.11 da LF), ou ainda da ocorrência de circunstancia equivalente (casos do art. 2º da LF), para podermos dizer, como R. PROVINCIALI, que falência " é o procedimento que, baseado no pressuposto do estado de insolvência, dá lugar à execução coletiva, ou seja, à execução promovida no interesse da universalidade dos credores e que incide sobre todos os bens do devedor; uma execução, pois, universal(subjetiva e objetivamente)". (Novíssimo Digesto Italiano, 3ª. ed., Torinese, Torino-Itália, 1967, verbete Fallimento).

Cabe, pois, indagar se o instituto da falência, que visa evitar um conflito de interesses, dando tratamento igualitário a todos os credores do devedor comum em um procedimento de execução coletiva universal, descansa em uma legislação puramente de direito substantivo ou puramente de direito processual.

Antes de passarmos ao exame do supra questionado, não é demais repetir que o Decreto-Lei nº 7.661/45 é uma Lei Especial colocada dentro de um Direito Especial, o Direito Comercial.

É sabido que, na legislação brasileira de antanho, existia uma separação relativa às partes substantiva e adjetiva, porquanto o Decreto (Regulamento) nº 737, de 25 de novembro de 1850, regulava o respectivo processo (intitulado "O Processo das Quebras"). A Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, também foi seguida de um regulamento, mandado observar pelo Decreto nº 4.855, de 2 de junho de 1903.

Com a Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, ocorreu a unificação da parte material com a formal, pois a mesma determinou que ela própria não dependeria de nenhum regulamento, dizendo finalmente que todas as reclamações e ações relativas ao juízo da falência "*serão processadas na forma que se determina nesta lei*".

Esse dispositivo da Lei 2.024/08 – elaborada com a colaboração de J.X.CARVALHO DE MENDONÇA- foi mantido no Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, que antecedeu ao atual Decreto-Lei nº 7.661.

A atual Lei Falitória conservou o princípio editado primeiramente na Lei 2.024/08, ao dispor no §2º do art. 7º que: "O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da *massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nessa lei*".

Um exame, ainda que perfunctório, da lei Falimentar, leva-nos a encontrar ora regras de direito material ora regras de direito formal.

Diante disso, exsurge novamente a pergunta: É o Direito Falimentar um Instituto de direito material ou de direito processual? E mais: É um direito autônomo?

Para J.X.CARVALHO DE MENDONÇA, mestre do Direito Comercial, as respostas são singelas: é impossível separar-se a Lei de Falências em diplomas legislativos distintos, ou seja, a parte formal da material, originando-se daí a autonomia do Direito Falimentar (in Tratado do Direito Comercial Brasileiro, 7ª ed., Freitas Bastos, Rio-SP, 1964, vol. 7º, PP. 29 a 31).

Para BENTO DE FARIA, o pensamento de CARVALHO DE MENDONÇA, aliado aos ensinamentos de V. THALLER condizem com a realidade, aduzindo que "o direito falencial pode ser considerado o

conjunto de normas especiais reguladoras não somente dos efeitos da falência sobre a pessoa, o patrimônio e relações obrigacionais do devedor falido, *como também de ordem processual estabelecida para essa forma de execução coletiva e o funcionamento de seus órgãos.* Certo que por ele não se criam direitos, mas apenas se os reconhece, para subordiná-los à determinada forma de satisfazê-los, com respeito às garantias preexistentes e respectiva gradação. Nele se encontram, portanto, uma parte material (direito substantivo) e outra formal (direito adjetivo), *formando, porém, um regime indivisível,* tais as relações íntimas que vinculam as regras de fundo às disposições processuais” (inDireito Comercial – Falências e Concordatas, Coelho Branco Filho, Rio, 1947, vol.IV, 1ª parte, p. 57, nº 8).

Temos, pois, que o direito falimentar é um instituto eminentemente mercantil, o qual possui regras de fundo e forma, as quais, dando tratamento igualitário a todos os credores (*par conditio creditorum*), visam resolver uma nova situação jurídica criada (extraída) pela insolvência (presunção de).

Claro temos, pois que, para solução de qualquer questão relativa a caso que envolva falência, somente poderemos buscá-la na Lei Falimentar, exceção feita às ações em que a massa for autora ou litisconsorte (art.7º, § 3º).

DO PROCESSO PRELIMINAR

1.Sabe-se que a sentença que decreta a falência é *sui generis*, vez que, enquanto as outras encerram uma demanda, esta dá início a uma ação. Porém, para que essa sentença possa vir a existir, é necessário que lhe preceda um *processo inicial*, segundo ditames processuais estabelecidos na Lei de Falências. O processo preliminar pode ser movimentado de três formas, a saber: (a) processo preliminar de pedido de autofalência; (b) processo preliminar de pedido de falência do devedor comerciante, com fundamento no art. 1º e processo preliminar de pedido de falência do devedor comerciante, com fundamento no art. 2º (c).

O processo a ser seguido no caso (a) é o do art. 8º da LF, anotando-se, ao propósito, apenas o fato de que o Juiz poderá não decretar a quebra, uma vez fique provado que o requerente não é comerciante.

No segundo caso, (b), o processo seguirá o rito estabelecido no art. 11 e seus parágrafos.

E, finalmente, quando o pedido de quebra fundar-se em um dos casos previstos no art. 2º, deverá ser observado o rito previsto no art. 12 e seus parágrafos.

Asseverando, enquanto estiver tramitando o processo preliminar, não se poderá falar em falência, isto é, em devedor comercialmente falido.

2. Vamos deixar assentado, desde já, que o devedor comerciante poderá afastar a figura da presunção de insolvência, através do depósito da quantia que corresponda ao valor do crédito que venha a embasar o pedido de bancarrota; o chamado depósito *elisivo* de previsão do §2º do art. 11. Feito o depósito, a falência não poderá ser decretada.

Acontece, entretanto, que o *depósito elisivo somente tem cabida* nos pedidos de falência formulados com fulcro no art. 1º da LF, ou com esteio no inc. I do art. 2º; nos demais casos é incabível.

DA SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO PRELIMINAR

1. Neste particular, devemos enfrentar duas hipóteses: (1ª) quando o devedor comerciante, citado de um pedido de falência contra si formulado, requer o pagamento de débito e não oferece defesa (arqüição de relevante razão de direito para não cumprir com a obrigação – art. 4º da LF); (2º) quando o devedor comerciante, citado de um pedido de falência contra si formulado, efetua o depósito da

quantia que é fundamento do pedido e oferece defesa calcada em relevante razão de direito.

Quanto à *primeira* hipótese, devemos tomar em linha de conta que o devedor não pôs em discussão a legitimidade da obrigação, ou seja, não apresenta relevante razão de direito para não pagar porque não a tem. Com o pagamento, busca apenas saldar a obrigação e afastar a presunção de insolvência e, por via de consequência, o decreto de quebra.

Quanto à *segunda* hipótese, o devedor comerciante deixou de satisfazer a obrigação quando do protesto, porque entendia ter razões fundadas para não pagar. Oferece então, defesa fundada em relevante razão de direito e, “por cautela”, efetua o depósito da quantia correspondente ao crédito reclamado, para que, não acolhida suas razões, a falência não seja declarada.

2. Na *primeira hipótese* supra argüida, verificamos que o devedor, como pagamento que oferece outra coisa não faz do que *purgar a mora*, para afastar a presunção de insolvência fixada em lei.

3. Com o mesmo acontecimento relativamente à *segunda hipótese*, isto é, o devedor comerciante, através do depósito elisivo, visa acautelar-se de uma decisão judicial que não venha a conceder-lhe razão. Assim, a presunção de insolvência fica afastada porque a *mora foi purgada*.

4. Criemos, muito embora ao início não mencionado, mais um caso, qual seja de o devedor comerciante – citado de um pedido de falência com fundamento no art. 1º ou com base no inc. I do art. 2º - não oferecer pagamento, não efetuar o depósito elisivo e nem apresentar defesa. Obviamente, sua falência será decretada.

Daí pergunta-se sobre a possibilidade de haver condenação, nesse caso, em despesas judiciais, custas processuais e honorários advocatícios?

A situação é simples, pois verifica-se que o § 2º do art. 208 da Lei de Falências engloba na expressão custas tudo o que respeita aos *prejuízos que a mora der causa*, ou seja, despesas judiciais, custas processuais, *honorários advocatícios* (deixando-se de lado os juros, eis que há disposição expressa quanto a sua exigibilidade, desde que exista falência decretada – art. 26 da LF). Assim, pois, quando enfrentamos na Lei Falimentar, dispositivo que trate de satisfação de custas – *mutatis mutandis* – deveremos entender aí englobadas as demais parcelas antes mencionadas.

Sendo assim, vamos recorrer à gradação estabelecida no art. 102, que respeita à classificação dos créditos que compareceram ao processo de execução coletiva, e lá encontraremos a prioridade, no recebimento de pagamento, dos *credores por encargos ou dívidas da massa*.

Para sabermos o que a Lei entende por encargos ou dívidas da massa, deveremos nos socorrer das disposições contidas no art. 124 e seus parágrafos e incisos.

Dentre eles encontraremos, no inciso I do § 2º, o que interessa ao caso em exame: “*São dívidas da massa: as custas pagas pelo credor que requereu a falência*”.

Desta forma, constata-se que o credor que requerer a falência do devedor comum tem o direito de receber da massa (da qual também vai fazer parte), *os prejuízos a que a mora deu causa*, devendo somar-se a isto o fato de que não seria justo que viesse a arcar sozinho com as despesas efetuadas em benefício de todos os credores; para tal ato, contratou serviços de um Advogado, que deve ser remunerado pelos serviços que prestou e também teve gastos referentes a despesas judiciais para o bom andamento do processo falimentar.

5. Ao tratar-se do tema atinente à “natureza jurídica da Lei de Falências”, ao final, ficou consignado que “ para solução de qualquer questão relativa a caso que envolva falência, somente poderemos buscar essa solução na Lei Falimentar...”.

Fiéis a esse princípio, devemos registrar o fato de que a Lei de Quebras é silente a respeito da condenação nas penas da sucumbência no que respeita ao processo preliminar em que não houver decreto de quebra.

Essa assertiva poderá parecer contraditória, dado que, no item anterior, aplicamos ao problema proposto solução buscada dentro da Lei Falimentar. Isto, porém, deu-se de forma analógica, assim como os Julgados contrários à aplicação da sucumbência assentam-se no princípio da equidade (se a massa não paga, também não poderá receber).

Mas voltando ao problema, a Lei Falimentar é omissa no que respeita à sucumbência em processo preliminar em que o pagamento é requerido, ou realizado o depósito elisivo. Tanto que, para o problema colocado no item 4 anterior, buscou-se uma interpretação analógica e, por que não dizer também, em princípios de equidade.

“Nem sempre é fácil estabelecer a diferença entre o silêncio propositado, que significa recusa de ação, e a deficiência ocasional, que se deve suprir pelos meios regulares – analogia, Direito subsidiário, equidade”, como nos ensina o festejado CARLOS MAXIMILIANO em sua *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª Ed. Forense, Rio, 1979, p.52, nº 56. Ainda mais que, em tais casos, não existe processo de falência; *não existe massa falida*.

Portanto, diante do silêncio da lei de Quebras sobre a sucumbência no processo preliminar, é correto aplicar-se, analógica e equidodosamente a regra do art. 124, § 2º, I?

A alguém poderá parecer que é meridiano assim concluir, isto é, aplicar-se aqueles dispositivos falimentares por equidade e analogia; para outros, não.

Foi dito, ao início deste item 5, que somente na Lei Falimentar é lícito buscar-se solução para os casos que envolvem matéria de falências. Também foi dito anteriormente que a Lei de Falências é uma Lei Especial dentro de um Direito Especial (ver item 2 do tema "Natureza Jurídica").

Frente a isso, devemos buscar as fontes que nos informam do Direito Mercantil.

Diante do que dispunha o art. 1º do revogado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1980, "todo o Tribunal ou juiz que conhecer os negócios e causas comerciais, todo árbitro ou arbitrador, experto ou perito, que tiver de decidir sobre objetos, atos ou obrigações comerciais, é obrigado a fazer aplicação da legislação comercial aos casos ocorrentes". Destarte, é necessário saber-se o que é legislação comercial, o que, aliás, vinha dito no art. 2º do mencionado Regulamento: "Constituem legislação comercial o Código do Comércio, e *subsidiariamente* os usos comerciais e as leis civis. Os usos comerciais preferem as leis civis somente nas questões sociais e nos casos expressos no Código". É óbvio que a este último dispositivo devemos acrescentar as leis comerciais posteriores ao Código do Comércio.

Parece indiscutível que todo aquele comerciante que, em pedido de falência, pede para pagar ou deposita em consignação para não ver a falência declarada, outra coisa não faz do que *purgar a mora*.

O conceito de *mora* não está dentro da lei de Falências, mas está dentro do Código Comercial, fonte primeira do Direito Mercantil.

O art. 428 do Código Comercial não trata da mora mas , como acontece de outras vezes, remete à Lei Civil como fonte subsidiária integrativa da legislação comercial.

Ao tratar da *mora*, o Código Civil (agora legislação comercial), diz em seu art. 959:“ Purga-se a mora: I – Por parte do devedor, oferecendo este a prestação, *mais* a importância dos *prejuízos decorrentes até o dia da oferta*”.

O que se entende por prejuízos?

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA o vocábulo *prejuízo* “é, assim, empregado na equivalência de dano, mal ou ofensa, seja de ordem material ou moral, que possa acarretar uma perda, uma danificação ou um *desfalque ao patrimônio da pessoa*. Nesta razão, praticamente, *prejuízo, sendo o resultado do mal ou do dano praticado, revela-se na perda ou no desequilíbrio econômico trazido ao patrimônio da pessoa*. E, por isso, propriamente equivale a *desfalque, a diminuição de valor, a desvantagem, a mau resultado, a destruição, malogro, frustração, insucesso, que possam advir de ato mau ou ofensa atirada à pessoa, para ferir seu patrimônio, ou às coisas, que lhe pertencem, como de qualquer outro ato ou fato, que possa produzir uma perda ou uma alteração na ordem patrimonial da pessoa*”. (grifamos e sublinhamos) (Vocabulário Jurídico, 4ª Ed., Forense, Rio-SP, 1975, vol. III, p. 1203: verbete Prejuízo).

Vê-se então que toda vez que o devedor não cumpre a obrigação no tempo e modo devidos (art. 138 do Cód. Com.), está obrigado a reparar o prejuízo que a mora deu causa, ou seja, colocar o patrimônio do credor no mesmo estado em que se encontrava antes do desfalque sofrido.

Assim, se o devedor, espontaneamente, pagar o principal, os juros de mora, purgará a mora.

Mas se o devedor da obrigação, para sua satisfação, tiver de ser compelido a realizá-la em juízo, aí também terá que satisfazer os prejuízos decorrentes da mora. Tais prejuízos referem-se aos juros da mora, despesas judiciais, custas processuais e reembolso das despesas que efetuou para contratar um Advogado para propor a demanda (honorários advocatícios).

Somente com o recebimento de tais parcelas, o patrimônio do credor *será recolocado na situação em que se encontrava antes de sofrer a diminuição que o inadimplemento do devedor deu causa*, para, assim, fazer-se Justiça e Direito.

Ora, o princípio da “sucumbência” estabelecido na Lei Processual (arts. 20 e seguintes do CPC) nada mais é do que a adjetivação do direito material contido na regra de direito civil-comercial, antes invocada.

Em conclusão, pelo até aqui demonstrado, clara resta a possibilidade de condenação nas penas de estilo, no processo preliminar de pedido de falência.

EFEITOS CONSTITUTIVOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA

1. De grande valia as investigações realizadas por PONTES DE MIRANDA, no que respeita a “Eficácia em geral da Sentença de Decretação de Abertura de Falência” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, 3ª. Ed., Borsoi, Rio, 1971, T. XXVIII, PP. 149 a 154, § 3.316).

“A opinião mais corrente – diz o Jurista – é a que tem a sentença de decretação de falência como declarativa. Para isso concorrem, enormemente, dois equívocos, o de ver-se na expressão “falência”, ou

na expressão “sentença de falência”, ou “sentença de decretação de falência”, alusão ao estado de insolvência, ao estar faticamente falido o devedor, de modo que se declararia esse fato; o de se usar, de ordinário, para se nomear tal sentença, a expressão “sentença declaratória de falência”, sem se haver excogitado quanto ao conteúdo da expressão, isto é, sem se atender a que “declaração” ora significa tornar clara qualquer situação jurídica ou qualquer relação jurídica, ora declarar a existência ou inexistência de relação jurídica, sentido que é o da expressão sentença declarativa, em se tratando de classificação de sentenças (declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas). A par desses dois equívocos, apontar-se a sentença de falência como declarativa é *partir-se de outras premissas falsas e deixar-se de atender à análise científica da sentença*”. (grifo nosso, ao final). (Ibid, p.149).

Após exame de outras “cargas”, conclui resolutivo e incisivo o grande tratadista: “A força da sentença de decretação de falência é constitutiva. A declaração de insolvência é enunciado de fato, em que se baseia a decisão constitutiva. Todos os efeitos quanto à pessoa do falido, quanto aos bens do falido e de relações sociais são constitutivos; só a decisão os produz, mesmo se ex tunc tais efeitos. O que se produz não existia antes da sentença e só existe porque sobreveio à sentença. São efeitos próprios da sentença e, por sua preponderância, caracterizam-na. Reduzi-los a efeitos reflexos, como alguns aventuram (e.g., G. CRISTO-FOLINI, La dichiarazione Del próprio dissesto, Rivista di Diritto Processuale Civile, VIII, Parte I, 326) seria absurdo. São efeitos próprios e preponderantes. Ao fixar o termo legal da falência, a sentença constitui, não declara preponderantemente; o elemento declaratório entra aqui como fundamento da decisão, não é decisão. A *sentença muda o mundo jurídico*, no que concerne ao trato da pessoa e interesses do devedor e dos credores, bem como em relação a terceiros. Tornar relativamente ineficazes atos jurídicos que antes se praticaram é efeito da constitutividade da sentença. Não se declarou

apenas o que ocorreu, para que daí se pudessem invocar regras jurídicas que aludem a *eventus damni* aos credores; dispôs que são ineficazes, porque a sentença decretou falência” (sublinhamos e grifamos) (Ibid. p. 151).

2. O mérito das investigações produzidas por PONTES DE MIRANDA no campo da eficácia da sentença de decretação de abertura da falência reside no fato de ter clarificado os aspectos atinentes à mudança que ocorre no mundo jurídico.

Com efeito, a superveniência da falência em relação ao comerciante faz com que ele perca esta condição, em outras palavras, deixa de ser ele comerciante – como era reconhecido pelo mundo jurídico – para se constituir, juridicamente, em “comerciante falido”. Sem entrar no mérito das discussões doutrinárias, com quebra da sociedade, reputa-se a mesma dissolvida (art. 335, 2, do C. Com.). E o efeito – que reputamos principal – da constituição de uma “*universitas júris*”, A MASSA FALIDA. Merece especial exame esse efeito, que julgamos como principal.

3. Foi o mentor da atual Lei de Falências, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ainda quando vigorava o Decreto nº 5.746/29, quem, até hoje, melhor tratou da constituição da “massa falida” em virtude do decreto de quebra.

Assim principia o festejado comercialista: “A manifesta, mas nem sempre reconhecida, autonomia da massa falida leva inisignes escritores a considerá-la uma pessoa jurídica. Na variedade dos conceitos, princípios, requisitos, que constituem as diversas teorias sobre as pessoas Moraes, coletivas ou jurídicas, havia de encontrar a massa falida um lugar ao sol. As dificuldades não são poucas, porém. A massa falida não é como as associações, corporações, fundações, etc., o resultado de um *concurso voluntário de indivíduos, com certo objetivo, mas a conseqüência inevitável da aplicação da lei a determinados atos, ou fatos*. Ela surgirá contra a vontade de todos,

menos um: o devedor ou credor que provocar seu aparecimento na esfera jurídica. É também a massa falida de natureza temporária e tem a sua própria dissolução, no seu desagregamento, o fim que a lei lhe traça. Não perde, por outra, o devedor, a propriedade dos bens executados. Faltam-lhe, pois, uns tantos requisitos havidos como indispensáveis para a corporificação das pessoas jurídicas. Somente a lei poderia, sem qualquer razão de ordem jurídica, ou meramente utilitária que o justificasse, incluir a massa falida na categoria de pessoas jurídicas. (omissis). Todavia, as teorias formuladas para explicar o funcionamento da organização falimentar, se não chegam a conceituar, claramente, a massa falida, como pessoa jurídica, não deixam, contudo, de considerar a chamada massa dos credores como sujeito de direito, a quem compete a administração dos bens do devedor, por meio de seus representantes ou mandatários, o síndico e o liquidatário. Não é, entretanto, continuam a afirmar, uma pessoa jurídica, “mas uma personagem autônoma, com direitos que lhe são próprios”. (MIRANDA VALVERDE, Trajano. *A Falência no Direito Brasileiro*. Freitas Bastos, Rio, 1931, V. I, PP. 142/143).

E conclui o citado mestre do direito comercial: “Mil vezes preferível seria a sustentação, logicamente deduzida, da tese impugnada, do que essa impropriedade de linguagem que confunde e baralha as idéias jurídicas. Ora, já vimos que o falido, não perdendo a prioridade e, para usar a terminologia do nosso direito, a posse indireta dos bens compreendidos na falência, perde, porém, a posse direta desses bens (art. 40 da Lei em vigor) que fica com o síndico e após com o liquidatário (atualmente somente com o síndico). A eles, igualmente, compete a sua administração, “sob a imediata direção e superintendência do Juiz”. É certo que a lei inclui entre os devedores do síndico e do liquidatário o de” representar a massa dos credores, em juízo, co-autora, mesmo em processos penais, ou como ré”. Essa idéia de representação (anotamo-nos: aliás, mantida na atual Lei, no art. 63, XVI) é absolutamente falsa, e a ela se opõe o sistema jurídico

consagrado na própria lei. Mas, como sinala CARVALHO DE MENDONÇA, “nem sempre se pode exigir em uma lei correção absoluta de linguagem” (grifamos). (Ibid, PP. 143/144).

É dever, ainda, registrar a seguinte passagem extraída da citada obra de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE: “A massa falida não é outra coisa, repetimos, senão o patrimônio do falido submetido a um novo regime legal. Enquanto, como administrador, mantinha o falido, dentro da lei, o equilíbrio das relações jurídicas patrimoniais, não era lícito a nenhum credor, sob qualquer pretexto, intervir em seus negócios, para averiguar o estado dos mesmos, a situação real do patrimônio. Positivada, porém, a falência desse patrimônio, por sinais exteriores, atos, ou fatos previstos na lei, a consequência lógica e jurídica da declaração da falência havia de ser para o falido a perda do direito de administrar o seu patrimônio, porquanto neste não figuram somente seus bens, mas igualmente bens, valores, interesses de terceiros, uma parte mesmo, diremos, do patrimônio dos credores, que o falido não soube, ou não conseguiu acautelar. Esse patrimônio, restrito aos direitos e obrigações compreendidos na falência, constitui a massa falida, pelo que, é evidente, nesta se hão de encontrar todos os elementos daquele, elementos que autorizam e justificam as medidas legais tendentes a assegurar a equitativa liquidação do patrimônio do devedor. E essa liquidação se consegue por meio de uma variante do processo das execuções – o processo falimentar –, de caráter geral, coletivo, por abranger, justamente, o patrimônio todo, sem restrições, do falido, em se tratando de pessoa jurídica, com as exceções especialmente determinadas na lei, na hipótese de pessoa natural” (Ibid., p.148).

É quantum satis.

4. Com o decreto de bancarrota, como vimos, constitui-se a massa falida que, como disse TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, é um patrimônio restrito aos direitos e obrigações compreendidas na falência.

Porém, para que algum credor possa participar do concurso (ser considerado parte integrante da massa falida), é necessário que declare seu crédito frente ao juízo competente (conforme art. 23) e obtenha “decisão judicial de sua admissão ao concurso” (art.96).

Desta sorte, enquanto não tiver seu crédito julgado habilitado, o declarante não fará parte da massa falida; é estranho em relação a ela.

5. Embora constituído “falido”, o comerciante perde, apenas, o “direito de administrar os seus bens e deles dispor”, mas não perde a capacidade jurídica, seja ele pessoa natural ou pessoa jurídica.

A Seção II, do título II, é dedicada exclusivamente aos efeitos da falência “quanto à pessoa do falido”, e lhe confere, entre outros, direito-dever de “examinar as declarações de crédito apresentadas (art. 34, VIII) e o de fiscalizar a administração da massa e requerer providencias conservatórias dos bens arrecadados e o que for bem dos seus direitos e interesses, podendo intervir, como assistente, nos processos em que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis (art. 36)”. Da mesma forma, a lei concede-lhe o direito de impugnar os créditos que querem se habilitar no concurso (§1º do art.84 e § único do art. 87 – ver também art. 97).

Registre-se, por importante, que embora a sociedade com a falência seja reputada dissolvida, não perde ela a sua personalidade jurídica, assim como não perde tal qualidade as sociedades em liquidação, que dela estarão investidas até que se ultimem os atos de liquidação e sejam extintas.

Registre-se mais: as sociedades falidas serão representadas na falência pelos seus administradores, que ficarão sujeitos a todas as obrigações e penalidades que a lei impõe ao devedor falido (art. 36).

Como antes assinalado, segundo conteúdo do art. 36, o falido pode intervir como assistente nos processos em que a massa seja parte

ou interessada (deve cogitar-se também dos processos em que o falido – ou sócio-gerente tenha interesse: v.g. em processo onde é apontado ato ou fato que leva à cominação de pena privativa da liberdade), e esse conceito ou definição de assistente não está contido na Lei das Bancarrotas. Utiliza-se, pois, o mesmo sistema antes empregado na busca das fontes do direito mercantil, para buscar no Código de Processo Civil tal conceito. A matéria vem regulada nos artigos 50 e seguintes do estatuto processual, cabendo destacar o conteúdo do art. 52 que sujeita o assistente aos mesmos ônus processuais que o assistido.

Portanto, se o falido vier a assistir a massa, estará sujeito aos mesmos ônus impostos a ela.

6. Passarão a existir, quando do decreto de falência, não só o comerciante falido, a massa falida, os terceiros credores (considerados aqueles que não tiverem seus créditos habilitados no concurso), como também os terceiros propriamente ditos. São esses terceiros aqueles que, com o decreto de quebra, não estando sujeitos a compor a massa falida, vão dela buscar a restituição de coisas suas que foram arrecadadas pelo síndico e que lhes são devidas em virtude de direito real, contrato ou ainda por decorrência expressa da lei.

EFEITOS DA SENTENÇA DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA, QUANTO AOS DIREITOS DOS CREDITORES DECLARANTES, DOS TERCEIROS E DOS FALIDOS

1. Como dito acima, aqueles que efetuarem declaração de seu crédito, para certos efeitos serão considerados como integrados no concurso (art. 30 e seus incisos), mas somente estarão habilitados na falência após obterem sentença neste sentido.

Desta forma, as despesas que, “individualmente”, realizarem para tornarem-se parte integrante do processo de falência (integrar a massa falida), não poderão ser exigidas, isto por decorrência do que dispõe o

inciso II do § único do art. 23, assim expressado: “ as *despesas* que os credores *individualmente* fizerem para *tomar parte na falência*, salvo *custas judiciais em litígio com a massa*”.

Lógico, se tais credores despenderam para integrarem a massa, não poderão querer haver de si próprios, ou dos outros credores que quiserem acompanhá-los, o valor de tal desembolso.

Igualmente, tais credores para tomarem parte na falência não serão reembolsados das despesas havidas com a contratação de procuradores (entre eles incluídos os Advogados), isto porque a Lei de Falências permite que os credores-declarantes façam isso pessoalmente, consoante norma expressa do art. 82. Justifica-se, desta forma, a previsão do § 2º do art. 208, verbis: “A *massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido*”. Tal dispositivo é de direito processual falimentar, e não de direito material falimentar que se haja colocado heterotopicamente na Lei Falimentar, mas de regra jurídica de direito processual falimentar posta no lugar próprio.

2. Atende-se, porém, para o caso de alguém entender ser credor, privilegiado ou não, do falido e buscar participar no concurso e ter impugnada sua pretensão, pelo falido, pelo síndico ou por qualquer dos credores admitido ao concurso (tendo em vista a inércia do representante da massa: o síndico).

Passa, então, tal credor, a litigar com a massa falida que não quer admitir no concurso, por inexistência de crédito, ou não o quer no concurso na posição e/ou graduação pretendida.

Esse credor: declarante-litigante, segundo deflui da parte final do inc. II do § único do art. 23, se vier a obter êxito no litígio, deverá ser reembolsado das custas que despendeu (aí entendidos os honorários advocatícios, segundo o significado de custas na Lei Falimentar), que serão tidas como *encargos da massa* (art. 124, § 1º, I).

Examine-se, agora, a situação do impugnante. Prevê o art. 89 que o impugnante, "ao desistir da impugnação, deverá pagar as custas e despesas" atendidas pelo impugnado, de onde, por princípio da equidade, a recíproca é verdadeira. Desta sorte, se a impugnação for só do falido, deverá ele atender ao pagamento das custas e despesas (essa situação adiante será melhor examinada); se a impugnação for somente realizada pela massa, que dela desistir, esta deverá pagar as custas e despesas que serão tidas como "encargos de massa" (art. 124, § 1º, I); se, por algum credor, este, individualmente, arcará com o ônus da desistência; finalmente, se por todos (falido, síndico, credor e/ou credores), todos deverão satisfazer as penas a que está sujeito quem desistir da impugnação.

3. Quanto aos "terceiros", de que tratam os arts. 76 e seguintes, não terão direito igualmente de reembolso das despesas e custas realizadas para obterem a restituição e/ou a cessação da turbação ou esbulho.

Todavia, isso não irá ocorrer na hipótese de, por parte do falido, do síndico ou qualquer credor, ocorrer contestação. Incidirá aí a regra do § 7º do art. 77 que, claramente, determina que o vencido, em processo de restituição, deverá satisfazer o pagamento das despesas do processo.

Deverá entender-se compreendido, na expressão despesas, as referentes as despesas judiciais, custas processuais e honorários advocatícios, sob pena de incorrerem em ilogismo. Explica-se: se aquele que reclama, por disposição expressa da lei, não tem direito ao reembolso das despesas, se vencido for, nenhum ônus mais terá do que aquele que já possuía.

Se a massa for vencida, no processo de restituição, o requerente da medida, pelas despesas da reclamação, passará a ser credor por encargos da massa (art. 124 § 1º, I); se a restituição for impugnada por algum credor, este, individualmente, arcará com o pagamento; se pelo falido, este deverá satisfazer o reembolso das despesas; e, por

derradeiro, se todos forem vencidos (falido, síndico, credor e/ou credores), todos deverão satisfazer o pagamento da condenação.

4. Diante do que foi até aqui exposto, surge novamente, de forma restrita, a necessidade de precisar o sentido da Lei de Quebras no § 2º do art. 208, ao expressar que a massa não atenderá ao pagamento de custas do falido.

Já foi dito que a Lei, expressamente, não admite que se atenda ao pagamento das despesas que os credores realizaram para participar do concurso. Por idêntico princípio – e somando o fato de ter sido o falido o causador – não poderia a Lei admitir que ele fosse reembolsado das despesas que teve para requerer autofalência, como também daquelas que tiver no curso do processo: v.g., os honorários do Advogado que contratou para requerer a falência e patrocinar a defesa de seus interesses no curso do processo.

Assim deve ser examinada a situação que o falido ocupar no curso do processo, ou seja, se age em benefício da massa ou em benefício próprio.

Agirá em benefício da massa (e mais adiante procuraremos demonstrar a inexistência de contradição), quando contesta pedido de restituição que não se enquadre dentro dos ditames legais.

Agirá em benefício próprio quando lhe for imputada, em qualquer espécie de procedimento falimentar, a prática de ato fraudulento. Aqui é necessário distinguir a falência do comerciante pessoa natural e do comerciante pessoa jurídica. No que respeita o primeiro, é ele que, diretamente, sofrerá os efeitos da falência e será considerado falido. No segundo caso, será considerada falida a pessoa jurídica, recaindo sobre ela, e somente sobre ela, os efeitos da quebra, sendo que seus administradores, por via indireta, poderão, mediante ação de responsabilidade (art. 6º c/c art. 50, § 1º), ver-se obrigados a recompor o patrimônio da falida e, ainda ver-se, por equiparação à

condição de devedor falido, condenados pela prática de ato que a lei entenda como crime falimentar. Nessas últimas situações enfrentadas, quem estará promovendo defesa não será a falida, mas o sócio da falida que agirá em nome próprio. Os ônus da defesa deverão ser satisfeitos pelo sócio e não pela falida, pela massa falida ou qualquer outra pessoa.

5. Antes de encerrarmos a exposição do título supra, examinaremos, de forma mais específica, a situação em que o falido, ao agir em benefício da massa, quando impugna crédito, não está sujeito a ser condenado ao pagamento das despesas.

É sabido e consabido que a administração da falência deve ser executada por um síndico que agirá sob “imediate direção e superintendência do juiz” (art. 59). Nesta condição ele, o síndico funciona como órgão da falência e, tomando-se em consideração o critério da administração da falência, está colocado após o juiz e Ministério Público e, em dado momento, também, após a assembléia que trata o art. 122.

Os credores declarantes, individualmente, não possuem a qualidade de órgão da falência, mas tem o direito de fiscalizar a atuação do síndico (art. 30, II) e de agir no interesse da mesma, quando houver omissão do síndico (v.g., parte final do art. 55), devendo a massa indenizá-la das despesas havidas, desde que a massa venha a auferir vantagem (parte final do inc. II do art. 30). Situação diversa é aquela em que o credor intervier como assistente (art. 30, I), quando terá que arcar com as despesas sem retribuição por parte da massa falida, seja em caso de êxito ou derrota.

Idêntica é a situação do falido, diante do que vem expresso no art. 36; ora age em benefício da massa, ora age como assistente e, ainda, em nome próprio e por direito próprio.

Há, pois, para aplicação do princípio da sucumbência, que distinguir-se em que o pólo e situação agiu ou agirá o credor-declarante ou o falido, para saber-se quem deverá arcar com as despesas realizadas.

DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS

1. A matéria vem disposta no art. 102 e seus parágrafos e incisos, onde é fixada a hierarquia dos créditos. Para o tema examinado, tem interesse apenas o caput do artigo, que está assim redigido: **“Ressalvada, a partir de dois de janeiro de 1958, a preferência dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, sobre cuja legitimidade não haja dúvida, ou quando houver, em conformidade com a decisão que for proferida na Justiça do Trabalho, e, depois deles, a preferência dos credores por encargos ou dívidas da massa, a classificação dos créditos, na falência, obedece à seguinte ordem:...”**

Muito embora esteja assim redigido na Lei Falimentar, por força do que se contém no Código Tributário Nacional, o texto está derogado.

Com efeito, o Código Tributário Nacional é Lei Complementar à Constituição Federal, que está acima da Lei de Falências, podendo modificá-la.

Assim o legislador, tomando por base o fato de o crédito tributário constituir-se “coisa pública”, afastou a sua cobrança da sujeição a qualquer espécie de concurso (art.187 do CTN) e estabeleceu que o concurso de preferência somente poderá ocorrer entre pessoas jurídicas

de direito público. E o CTN fez mais, estabeleceu em seu art. 186 que o crédito tributário tem preferência sobre qualquer outra espécie de crédito, exceto o trabalhista.

Diante disso, poderíamos dizer que o art. 102 da LF deveria ser lido assim: **“Têm preferência sobre todos e quaisquer créditos, os empregados, por salários e indenizações trabalhistas, (omissis), e, depois deles, a preferência do crédito tributário (muito embora não esteja sujeito ao concurso), e após, a preferência dos credores por encargos ou dívidas da massa, a classificação...”**.

O verbo poder foi empregado no futuro do pretérito, posto que existe, dentro do próprio CTN, dispositivo que modifica substancialmente o art. 102 e a própria gradação de preferência instituída por ele.

Com efeito, o CTN, ao tratar das garantias e privilégios do crédito tributário, estabelece, no art. 184, que a totalidade dos bens do devedor, de seu espólio ou sua massa falida, etc., respondem pelo pagamento da obrigação tributária, exceção feita àqueles que estejam protegidos pelo “privilégio especial sobre determinados bens que sejam previstos em lei”. Ora, o inciso I do § 2º do art. 102 da LF diz que o privilégio especial, salvo disposição contrária da própria Lei, é dado aos créditos “a que o atribuírem as leis civis e comerciais”. Deixem-se de lado os privilégios instituídos na própria Lei de Falências e aqueles estabelecidos no Código Comercial e verifiquem aqueles de que trata o art. 1.566 do Código Civil.

Para o caso em exame, especial interesse tem o conteúdo do inciso I do mencionado art. 1566, assim redigido: **I – Têm privilégio especial: I – Sobre a coisa arrecada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação”**.

A expressão liquidação – não é demais lembrar – exprime todos os atos necessários à realização do ativo e resgate do passivo, segundo a Lei de Falências, isto é, a prática de todos os atos processuais principais e incidentais necessários à verificação da massa de direitos do falido e verificação das obrigações do falido, objetivando um razoável rateio entre aqueles créditos que comparecerem ao concurso, guardada a classificação que cada um deles merecer.

2. Foi com justiça que o CTN estabeleceu a preferência dos créditos com privilégios especiais sobre determinados bens, haja vista a impossibilidade de realizar o concurso se não houvesse remuneração para aqueles que contribuem para os processos de falência cheguem a bom termo, bem como pagamento das despesas realizadas pela massa e em proveito próprio da massa.

3. Podemos, agora, ler o art. 102 da LF da seguinte forma: **“Ressalvada, pelo art. 186 do Código Tributário Nacional, a preferência dos credores por encargos ou dívidas da massa, e depois a preferência dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, sobre cuja legitimidade não haja dúvida, ou quando houver, em conformidade com a decisão que for proferida na Justiça do Trabalho, e, depois deles, a preferência dos créditos tributários, a classificação dos créditos, na falência, obedece a seguinte ordem:...”**.

PAGAMENTO AOS CREDITORES DA MASSA E AOS CREDITORES NA FALÊNCIA

1. Realizado o ativo, isto é, vendido todos os bens do falido (não tendo sido requerida concordata suspensiva), verificado o valor do passivo, deverá o síndico, se outra coisa não tiver sido resolvida pela assembléia (art. 122), dar início ao pagamento do passivo.

Segundo a classificação antes apresentada, o síndico deverá efetuar, em primeiro lugar, o pagamento dos credores titulares de privilégio especial, ressaltando-se entre eles os credores por encargos ou dívidas da massa e, após, o pagamento dos credores da falência.

2. A separação que a Lei estabelece entre o pagamento aos credores da massa (Seção II do Título VIII, art. 124) e o pagamento dos credores da falência (Seção III do Título VIII, art. 125) merece ser esclarecida.

A propósito do conteúdo do art. 124, ensinava o sempre festejado J.X. CARVALHO DE MENDONÇA que a Lei nº 2.024 distinguia entre “encargos da massa e dívidas da massa, enumerando separadamente aqueles e estas”. A atual – arrematamos nós – também efetua essa distinção, sem conceituá-la. (CARVALHO DE MENDONÇA doutrina: “**Os encargos da massa são despesas ocasionadas no fundo interno da falência, apenas aumentadas com as despesas da moléstia e enterro do falido. As dívidas da massa são as que derivam das suas relações externas, isto é, das suas relações com terceiros**” (Ibid).

Entendendo que a lei brasileira teria seguido a orientação da lei falimentar germânica, “que classificou as obrigações da massa falida em duas categorias: encargos da massa (Massekosten) e dívidas da massa (Masseschulden)”, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE seguiu na mesma senda de CARVALHO DE MENDONÇA, dizendo que “**esta divisão corresponde à diversidade de origem das obrigações, nascendo as primeiras das relações internas da massa falida, do andamento do processo de falência e de seus incidentes, surgindo as segundas das relações dos órgãos da massa com terceiros, como mundo exterior**” (MIRANDA VALVERDE, Trajano. *Comentários à Lei de Falências*. Forense, Rio, 1948, Vol.II, p. 164, nº 776).

Da lição de MIRANDA VALVERDE, deveremos ater-nos às duas expressões da língua alemã: “Massekosten”, que traduz por custas da

massa, e “Massechulden”, por dívidas da massa. O termo *Custas* para a lei de Falências, como já anotado (art. 208, § 2º - **“A massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido”**), compreende as custas propriamente ditas, as despesas judiciais e os honorários advocatícios; já o termo “dívidas”, segundo DE PLÁCIDO E SILVA (op.cit., vol. III, p. 553), **“genericamente quer significar tudo que deve a alguém, ou todas as obrigações jurídicas, encaradas pelo seu lado passivo, ou consideradas como a prestação de coisa ou do fato, a que se está obrigado para com alguém.** Destarte, *data vênia*, entendemos não haver sentido em distinguir-se entre relações internas e relações externas, isto porque a distinção da Lei foi realizada, apenas na intenção de estabelecer a ordem de preferência entre *credores da massa*, ou seja, distinguir as despesas necessárias à realização do ativo para pagamento do passivo daquelas realizadas pela *massa*, em seu próprio benefício.

De outra banda, como referido anteriormente, a Lei estabelece separação entre o pagamento dos *credores da massa e credores da falência*, fazendo, com isso, lembrar-nos das palavras de CRAVALHO DE MENDONÇA referidas por TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (op.cit), segundo as quais **“nem sempre se pode exigir em um lei correção absoluta de linguagem”**.

De fato, no curso dessas razões ficou assentado que, segundo ensinamentos de MIRANDA VALVERDE, com o decreto de falência constitui-se a *massa falida*, que é, por sua vez, um patrimônio restrito aos direitos e obrigações compreendidos na falência. Dito ficou também que a *massa falida* será composta de todos os direitos do falido e de todas as suas obrigações, traduzidas essas últimas nos créditos dos credores do falido.

Assim não se estará efetuando pagamento *aos credores da falência*, mas aos *credores na falência*, ou melhor, ainda, *credores na massa falida*.

3. O esclarecimento merecia ser realizado, no sentido de demonstrar-se que primeiro dever-se-á atender ao pagamento daqueles que *não são credores na massa* e cujas despesas ou dividas foram realizadas *pela massa*, em seu próprio interesse, isto é, tudo aquilo que foi realizado para que os credores-habilitados pudessem receber seus créditos.

4. Se a massa propuser ação contra determinada pessoa, com o fito de receber alguma quantia, e vier a perder a demanda, será condenada ao pagamento das despesas judiciais, custas processuais e honorários de advogado. Mas o pagamento dessa condenação não será realizada pelo síndico, de pronto. Necessário será que tais custas sejam regulamentarmente contadas nos autos da falência pelo contador do juízo para que possam ser pagas pelo síndico (art. 208, § 1º). O momento do pagamento é aquele em que o síndico der início à liquidação, efetuando, primeiramente, o saldamento *das custas judiciais do processo de falência, dos seus incidentes e das ações em que a massa for vencida* (art. 124, § 1º, I).

Pensar-se de maneira diferente faria apenas deslocar o pólo da obrigação para seu cumprimento como dívida da massa proveniente de *"enriquecimento indevido"* da mesma. Explica-se: Tomando o exemplo acima, imagine-se que a pessoa acionada para sua defesa, contratou Advogado, teve despesas judiciais e cumpriu com o pagamento de custas processuais. O advogado, como é óbvio, recebeu honorários para prestar os serviços contratados. A massa, não satisfazendo ou não sendo responsável pelo reembolso de tais despesas tidas pelo acionado, estará provocando um empobrecimento injustificado, como também um *enriquecimento indevido* para ela, o que tem, em suma, traduz-se em vantagem ilícita para os credores.

5. Por derradeiro, vale aqui transcrever as palavras do Professor WALDEMAR FERREIRA, ao tratar do pagamento dos encargos da massa. São do saudoso comercialista estas palavras:

"São encargos da massa:

I. as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes e das ações em que a massa for vencida:

Custas são as quantias devidas a serventuários, oficiais e demais funcionários forenses, taxados em seus regimentos, pelos atos da causa e pelos atos do Juízo, para expedição dos processos. Esses atos são os atos processuais, que constituem a ação judicial, assim a contenciosa, como a administrativa. Também são os atos extrajudiciais, de natureza euremática, ou de ofício, de escrivães, notários, oficiais de justiça e registros e de protestos para autenticidade e segurança de direitos.

Alarga-se dessarte o conceito das custas, de molde a abranger selos, taxas judiciárias, salários de peritos, avaliadores, interpretes, tradutores, emolumentos de Juízes; honorários de advogado e membros do Ministério Público; despesas de publicação de editais, avisos, convocações, etc.” (WALDEMAR FERREIRA, Tratado de Direito Comercial. Saraiva, SP, 1966, 15º vol., PP. 179/180, nº 3.949).