

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

Excelentíssima Senhora Desembargadora VERA ANGRISANI, Digníssima Relatora
do agravo de instrumento nº 971.098.5/0-00 – TJ

sala 217

MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador, nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 971.098.5/0-00 interposto pela **SC DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.** – nos autos da ação de procedimento ordinário nº 2143/053.09.035928-6 – 7ª Vara da Fazenda Pública –, esclarecendo não ter sido ainda citada para os termos da ação proposta pela agravante mas tendo tido ciência da interposição do presente recurso de agravo, assim como do despacho prolatado a fl. 82, que, liminarmente, concedera “efeito suspensivo ativo ao presente recurso”, vem requerer a Vossa Excelência a sua reconsideração, a fim de que a perícia contábil seja realizada nos termos da decisão agravada¹ – que continuará a garantir a avaliação antecipada do fundo de comércio –, ***sem, contudo, suspender a ordem de imissão***, considerando-se não existir, não só fun-

1. Cujá cópia segue anexa como Doc. 1.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

2

damento legal como qualquer justificativa juridicamente razoável para o acolhimento de infundado inconformismo, manifestado contra a incensurável decisão agravada.

Com efeito, limitada que estará estritamente ao exame da escrituração dos registros contábeis² da empresa autora locatária ora agravante, a produção da competente prova pericial, tal como determinada pela decisão agravada não constitui óbice à liberação do imóvel para fins de imissão na posse nem a imissão na posse interferirá na realização do exame pericial, consignando-se além do mais, que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já deixou decidido que a ação de desapropriação somente pode ser interrompida por interesse público maior,³ consoante acórdão proferido nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 868.936-5/0-00, REL. DES. DANILO PANIZZA (Doc. 2):⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDENIZATÓRIA - FUNDO DE COMÉRCIO - DESAPROPRIAÇÃO ANTECEDENTE - OBSTRUÇÃO - INVIABILIDADE.

O autor inquilino de demanda indenizatória, buscando ressarcimento do fundo de comércio, não tem a seu

2. Inexistindo, portanto, risco de violação a direito da agravante.

3. Fato que não se verifica na hipótese.

4. Fonte www.tj.sp.gov.br

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

3

favor o direito de obstar a ação de desapropriação para produzir prova que utilizará no seu processo; a desapropriação tem trâmite próprio e, uma vez feito o depósito que atende a avaliação prévia do imóvel, somente pode ser interrompida por interesse público maior.

Recurso provido.

De assinalar-se ainda que os arestos invocados pela agravante, quais sejam **(a)** AI nº 731.179-5/0-00 – 6ª Câmara – REL. DES. OLIVEIRA SANTOS; **(b)** AI nº 864288-5/2 – 6ª Câmara, REL. DES. EVARISTO DOS SANTOS; **(c)** AI nº 611.285-5/5-00 – 11ª Câmara, REL. DES. FRANCISCO VICENTE ROSSI; **(d)** AI nº 807.853-5/4-00 – 10ª Câmara – REL. DES. REINALDO MILUZZI; e **(e)** AI nº 892.038-5/2 – 6ª Câmara – REL. DES. LEME DE CAMPOS (confirmam-se fls. 13, 14),⁵ além de negar vigência, de forma oblíqua,⁶ ao art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, assim como aos arts. 5º, inciso XXIV,⁷ e 37, § 6º,⁸ da Constituição da República, nada mais estão

5. Assim como aqueles referidos a fl. 10 do Tribunal Regional Federal – 3ª Região.

6. Em *Técnica do Recurso Extraordinário no Cível*, publicado na RT 602/9, Theotônio Negrão anota que a negativa de vigência a dispositivo de lei, de forma oblíqua, “consiste em fazer incidir sobre certo fato dispositivo legal inaplicável (RTJ 86/691, 98/423 e 106/385; RT 516/22)” (pág. 13, segunda coluna, item 21, final).

7. Que assim consagra o princípio da justa e prévia indenização:

Art. 5º (...):

.....
XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

4

a fazer que⁹ arbitrar – *em afronta inclusive¹⁰ ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, consagrado no art. 2º da Constituição da República* – regra não prevista no ordenamento.

O art. 15 da Lei Geral das Desapropriações ao condicionar o deferimento da imissão provisória na posse, “independentemente da citação do réu, mediante o depósito” (§ 1º), assim o faz apenas e tão somente em favor do proprietário do imóvel expropriando.

Neste sentido a Egrégia Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento proferido em autos de agravo de instrumento nº 661.644-5/8-00 – SP, em que eminente REL. DES. RICAR-

por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta constituição;

8- Que assim consagra o princípio da responsabilidade objetiva:

Art. 37 (...):

.....
§ 6º – As pessoas de jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.

9. A pretexto de pseudo-hermenêutica.

10. Por usurpação de competência em matéria legislativa.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

5

DO FEITOSA deixou averbado que o constituinte garantiu o direito à indenização prévia somente ao desapropriado (Doc. 3):¹¹

Somente ao expropriado a Constituição Federal garante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV), ao mesmo tempo que é apenas em favor dele que o art. 15 da Lei das Desapropriações condiciona a imissão provisória na posse dos bens ao depósito da quantia arbitrada em avaliação.

Por outro lado, não existe entre o expropriado e terceiro reflexamente atingido pela desapropriação situação de exata similitude, de molde a autorizar a concessão a este da proteção ou o ordenamento jurídico reservado com exclusividade àquele, a pretexto de atendimento ao princípio da isonomia.

Ademais, a tutela cuja antecipação se pretende não guarda correspondência com a tutela definitiva que será prestada se a ação for julgada procedente, simplesmente de pagamento de indenização na imissão na posse deferida na ação de desapropriação.

11. No mesmo sentido acórdão proferido nos autos do recurso de Agravo de Instrumento nº 804.751-5/7-00, REL. DES. RICARDO FEITOSA (fonte www.tj.sp.gov.br).

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

6

Na mesma direção o não menos eminente REL. DES. THALES DO AMARAL em decisão denegatória de pedido de liminar em autos de apelação nº 694.092.5/4-00, sufragando o mesmo entendimento acima exposto, pondera que *o locatário não pode se insurgir contra o ato expropriatório, a fim de impedir a imissão na posse, devendo pleitear eventuais direitos contra o poder público por via própria. (...). De outro lado, a justa e prévia indenização em dinheiro, a que se refere o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, diz respeito apenas ao expropriado. Também a ele, e não a terceiro, refere-se o artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, ao condicionar a imissão provisória na posse ao depósito da importância arbitrada em avaliação prévia. (...). Enfim, os requerentes, titulares apenas de direito pessoal, e não de direito real sobre coisa alheia, na condição de locatários, não tem como impedir o curso do processo, com a imissão na posse pelo poder público.*

No julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 927.490.5/2-00, em acórdão da lavra de eminente REL. DES. TORRES DE CARVALHO (Doc. 4), asseverou-se que *A vinculação feita pelo juízo nega vigência ao art. 15 do DL nº 3.365/41 e não pode subsistir.*

A respaldar o já substancioso e magistral voto, eminente Relator deixa consignado que:

É entendimento confortado pelo Superior Tribunal de Justiça.¹² (...) Não resta dúvida, portanto, que eventual prejuízo ocasionado ao locatário, em razão da perda do fundo de comércio, deve ser indenizado pelo ente expropriante. Entretanto, tal indenização, no caso de ser devida ao locatário, deve ser buscada pela via ordinária, sobretudo se considerado o limitado número de questões que podem ser discutidas em sede de desapropriação. Em consequência, não se pode condicionar a imissão prévia na posse ao depósito prévio do valor devido ao locatário – que sequer integra a relação processual – a título de indenização pela perda do fundo de comércio. (Hospedaria Ibéria Ltda. – ME VS Prefeitura Municipal de São Paulo, MC n° 15.332-SP, 1ª Turma, 10-3-2009, Rel. Min. Denise Arruda, decisão singular, indeferiu a liminar e negou seguimento à cautelar) (negrito nosso).

Isso porque a realidade jurídica do locatário terceiro não-proprietário do imóvel titular de direito do fundo de comércio não se confunde com a do proprietário do imóvel declarado de utilidade pública para fins de desapropriação, submetendo-se cada qual a regimes jurídicos diversos.

12. Sem grifo e sem negrito no original.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

8

Desapropriação consoante magistério de Hely Lopes
Meirelles:¹³

(...) é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, mediante prévia de justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, CF) (...).

Na desapropriação a garantia ao recebimento prévio da indenização tem seu fundamento no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição da República, que, por se tratar de regra de exceção a outro cânone constitucional, qual seja o da garantia do direito de propriedade, consagrado no inciso XXII do mesmo art. 5º, deve ser interpretada restritivamente,¹⁴ em favor unicamente de seu destinatário que é apenas e tão-somente o proprietário do bem objetivado pelo poder público, ou seja, ninguém além do expropriado.

13. Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição/1990, Editora Revista dos Tribunais, p. 497.

14. Incidindo aqui o preceito clássico segundo o qual *Exceptiones sunt strictissime interpretationis* – “interpretam-se as exceções estritissimamente” (*apud* Carlos Maximiliano *in* Hermenêutica e Interpretação do Direito, Editora Forense/1981, 9ª edição/2ª tiragem, p. 225).

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

9

Aqui o Estado atua diretamente sobre o patrimônio do administrado,¹⁵ substituindo um bem que o integra pelo correspondente monetário. O bem deixa o patrimônio do expropriado e passa a integrar o patrimônio público.

A relação jurídica do poder público com o titular de direito do fundo de comércio atingido por reflexo de ato expropriatório¹⁶ se estabelece com fundamento na responsabilidade civil do Estado por ato lícito, regida pela norma do art. 37, § 6º, da Constituição da República.¹⁷ Diferente da desapropriação, aqui não ocorre transferência do direito subjetivo do administrado para o Estado.

O instituto da desapropriação¹⁸ se caracteriza pela supremacia do interesse público sobre o particular,¹⁹ resguardada a justa e prévia indenização ao titular do direito real sobre o imóvel.

15. Hipótese em que está em jogo direito de natureza real.

16. Em decorrência, portanto, de comportamento administrativo que apenas indiretamente atinge interesse juridicamente protegido do particular causando-lhe perecimento ou lesão.

17. Hipótese em que está em jogo direito de natureza pessoal.

18. Que constitui – *conforme já assinalado* – exceção ao princípio da garantia constitucional do direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CF).

19. Neste sentido confira-se o acima mencionado agravo de instrumento nº 868.936-5/0-00, REL. DES. DANILO PANIZZA (Doc. 2).

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

10

Na lição de José Afonso da Silva o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição da República, que consagra o princípio da justa e prévia indenização, integra o grupo das normas constitucionais de eficácia contida,²⁰ assim conceituadas pelo iminente jurista:²¹

15. Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Ao estabelecer o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública o legislador ordinário conferiu, conciliando o princípio constitucional da justa e prévia indenização com o caráter urgente do interesse público celeridade no processamento das ações expropriatórias, conforme o rito traçado na Lei Geral das Desapropriações, porém, em momento algum equiparou direito de locatário ao de proprietário do imóvel.

20. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª edição/revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais/1982, item 8, p. 101.

21. Obra citada, p. 105.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

11

Assim, a imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito (art. 15, § 1º, da Lei Geral das Desapropriações), e a citação, consoante o disposto no art. 16 do mesmo diploma, far-se-á por mandado na pessoa do proprietário dos bens; a do marido dispensa a da mulher; a de um sócio, ou administrador, a dos demais, quando o bem pertencer a sociedade; a do administrador da coisa no caso de condomínio, exceto o de edifício de apartamentos constituindo cada um propriedade autônoma, a dos demais condôminos, e a do inventariante, e, se não houver, a do cônjuge, herdeiro, ou legatário, detentor da herança, a dos demais interessados, quando o bem pertencer ao espólio. A instância não se interrompe, nem mesmo com o falecimento do réu (art. 21), a contestação só poderá versar sobre vício do processo; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta (art. 20). No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado (art. 26), e a sentença deverá, para realização da justa indenização, atender, dentre outros fatores, o interesse²² que do imóvel auferir o proprietário (art. 27).

No âmbito dessa hermética sistemática entrecruzada de normas e princípio não se vislumbra possibilidade para se legitimar locatário de imóvel expropriando a obstar a imissão provisória na posse – *seja diretamente no âmbito dos próprios autos da ação de desapropriação ou indiretamente, por intermédio de ação autônoma* – e muito menos ainda ao prévio recebimento de

22. Que não se confunde com o do locatário do imóvel.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

12

uma indenização²³ que não se sabe se ao final de uma longa e imprevisível instrução probatória restará – e em que medida²⁴ – ou não, devidamente comprovada.

Como se sabe a apuração de valor do fundo de comércio depende de criteriosa análise da escrituração contábil, por intermédio de perícia contábil.

Para válida e regular apuração de valor do fundo de comércio, absolutamente imprescindível que os registros contábeis estejam devi-
damente escriturados,²⁵ à luz não só do REGULAMENTO DO SIMPLES como também dos seguintes dispositivos do Código Civil:²⁶

23. Em respeito inclusive ao princípio constitucional da legalidade segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da CF), e aos demais os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

24. Na esteira inclusive do disposto no art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano.

25. Precisamente por proporcionar às partes e ao juízo a necessária segurança jurídica quanto a uma escoreita apuração de valor do fundo de comércio, livrando-a inclusive do inaceitável risco de ver-se contaminada pelo inadmissível vício da subjetividade, ou de descabidas presunções ou até mesmo de inaceitáveis arbitrariedades.

26. Do contrário não só fragilizado estará o princípio do livre convencimento do juiz, consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil como fraudado estará o próprio ordenamento – notadamente os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e do contraditório e ampla defesa (inciso LV), penalizando-se apenas o cumpridor da lei e, perversamente, beneficiando-se o não-cumpridor (!).

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.

Parágrafo único. A adoção de fichas não dispensa o uso de livro apropriado para o lançamento do balanço patrimonial e do de resultado econômico.

Art. 1.181. Salvo disposição especial da lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis.

Art. 1.184. No Diário serão lançadas, com individualização, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.

O REGULAMENTO DO SIMPLES estabelece o seguinte:²⁷

A Microempresa (ME) e a Empresa de Pequeno Porte (EPP) ficam dispensadas da escrituração comercial para fins comerciais, desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros obrigatórios abaixo relacionados:

- *Livro caixa no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;*
- *Livro de Registro de Inventário no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;*
- *Todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos respectivos livros.*

27. Não se olvidando ainda da regra do art. 226 do Código Civil, que assim normatiza:

Art. 226. *Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.*

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

15

Na ação de desapropriação o levantamento do depósito relativamente à prévia indenização somente será autorizado depois de cumpridas as exigências do art. 34 do Decreto-lei n° 3.365/41;²⁸ aqui o poder público ver-se-á devidamente resguardado, já que sempre terá como garantia o próprio imóvel objeto da desapropriação.

No âmbito da presente ação ordinária, a teor do disposto no inciso III, do art. 475-O do Código de Processo Civil, não é possível deferir-se o levantamento de eventual depósito sem a necessária prestação de caução, suficiente e idônea, porquanto a estimativa (inciso II do § 2º – parte final, art. 475-O) correspondentemente ao valor do fundo de comércio estará se processando conforme o disposto no art. 475-I, § 1º, do mesmo estatuto processual, isto é, em caráter provisório, e assim se processará enquanto não definitivamente estabelecido o valor da indenização por sentença transitada em julgado.

Por isso, quaisquer fatos, interesses ou direitos não relacionados à desapropriação,²⁹ isto é, não pertinentes à aquisição da proprie-

28. E isso até o limite de 80% enquanto não transitar em julgado a sentença que fixar o valor da indenização (art. 33, § 2º, do Decreto-lei n° 3.365/41), valor esse que dependendo dos desdobramentos (art. 34) poderá até – *no limite* – jamais ser levantado, sem risco de ofensa ao princípio da *justa e prévia* indenização.

29. Ou ao *fenomênico fato jurídico* consistente na substituição compulsória por necessidade ou utilidade pública do bem integrante do patrimônio do administrado pelo correspondente monetário.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

16

dade pelo ente Público resolvem-se como direito pessoal,³⁰ com fundamento no art. 37, § 6º, da CF.

No julgamento proferido nos autos do acima mencionado agravo de instrumento nº 927.490.5/2-00, eminente REL. DES. TORRES DE CARVALHO deixa cravado o seguinte veredicto (Doc. 4):

(...)

A Prefeitura tem razão. A desapropriação é processo de rito especial, de discussão restrita e a imissão na posse está condicionada ao depósito do preço do imóvel, tão somente. A imissão não impede que se apure em ação própria, que não é a ação de desapropriação, o eventual prejuízo causado à atividade da autora; na a-

30. A propósito veja-se a seguinte escoreta decisão proferida por eminente JUIZ KENICHI KOYAMA: *(...) a indenização devida foi e está sendo aferida sem qualquer violação de seu direito. Tanto que nestes e naqueles autos foram procedidos estudos periciais para identificação e quantificação do valor justo que deve ser ofertado. **Nesse contexto, vale assinalar que a indenização é prévia à alteração de domínio (...)** (...), **a desapropriação em sentido estrito, que ora se discute é apenas do valor imobiliário da coisa expropriada.** (...). A rigor, o que **discrepa da propriedade imobiliária e causa prejuízo é tema mais atinente à responsabilidade civil por ato lícito do Estado. Tal razão é a que inclusive alicerça a propositura da segunda ação para discussão do fundo de comércio. Englobasse qualquer dos elementos, logo nos estudos referentes à desapropriação já se teria oportunizado profundo amparo às reflexões sobre o ponto comercial,**(...) (ação ordinária nº 053.07.131590-1 – 9ª Vara da Fazenda Pública – Empresa Cinematográfica Mi Ltda. x Municipalidade de São Paulo).*

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

17

ção de indenização não há razão para a exigência de depósito prévio, pois a natureza da indenização e do processo não permitirá o levantamento do dinheiro antes do trânsito em julgado,³¹ e não há vincular a imissão da expropriante na posse ao depósito de valor atinente ao fundo de comércio. (...). A vinculação feita pelo juízo nega vigência ao art. 15 do DL n° 3.365/41 e não pode subsistir.

Mais ainda, a desnudar “a distorção de fato e de conceito”, geralmente implícita em ações de indenização por alegada perda de fundo de comércio,³² eminente Relator passa a tecer as seguintes judiciosas considerações:

31. Sem grifo no original.

32. A denunciar a caótica jurisprudência a respeito da matéria no âmbito do STJ, veja-se preciso voto vencido da lavra do eminente DES. REVISOR TORRES DE CARVALHO declarado nos autos da apelação cível n° 274.815.5/2-00, da Comarca de Carapicuíba/Barueri, por intermédio do qual eminente Revisor dava provimento ao reexame necessário e ao recurso do Município, com base no seguinte elucidativo entendimento:

(...)

Tenho entendido que locação por prazo indeterminado não dá direito à indenização do fundo de comércio, isto porque, reafirmando a jurisprudência anterior, o locatário não tem direito à permanência no imóvel e está sujeito à retomada por parte do proprietário – seja ele locador, seja ele o adquirente, seja ele o expropriante, sem direi-

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

18

(...)

(...) Não há sempre que pressupor que a mudança de endereço acarrete, sempre, um prejuízo ao estabelecimento ou à atividade da empresa; ao contrário, como mencionei, tais mudanças são freqüentes, voluntárias ou involuntárias, e configuram uma eventualidade previsível na evolução da cidade e dos negócios.

(...)

(...) O deslocamento compulsório poderá, é certo, acarretar um prejuízo indenizável; mas tal prejuízo não é inerente ao deslocamento, não se verifica sempre e depende de cumprida prova e apuração.

Considerações essas precedidas de outras igualmente judiciosas considerações:

(...)

to a qualquer indenização. Essa distinção, no entanto, vem se tornando confusa e a jurisprudência do STJ vem admitindo a indenização ao locatário sem a correta especificação das hipóteses e sem diferenciar, de modo mais claro, as diversas hipóteses que surgem. (Fonte: site www.tj.sp.gov.br)

4. (...) o fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do comerciante, formado por um conjunto de elementos corpóreos e incorpóreos; tem natureza móvel; e é intrinsecamente precário, ligado à capacidade de atrair e reter a clientela. O fundo de comércio ou estabelecimento acompanha o comerciante, como bem móvel e fruto de sua atividade; tanto que as diversas empresas e lojas mudam constantemente de lugar; ao sabor dos contratos de locação e dos planos estratégicos das empresas, sem que o fundo de comércio (isto é, a organização de bens materiais e imateriais que materializam essa atividade) perca valor. Ao contrário, o fundo de comércio das empresas bem organizadas aumenta de valor conforme a atividade evolui.

O ponto é o único elemento corpóreo fixo, localizado no espaço; mas não é sempre o mais importante, nem se pode conceituar o ponto como sendo exatamente aquele lugar. O ponto é o local onde o estabelecimento se localiza, simplesmente; passa a ser outro, quando o estabelecimento muda de lugar. O seu valor oscila e segue a mesma precariedade do valor do próprio fundo; reflete o entorno e sua riqueza, as dificuldades de acesso e estacionamento, o tipo de pessoas que passam por aí. No

mais das vezes, não é a parte mais importante do fundo de comércio. Os estabelecimentos comerciais mudam de endereço diariamente. Não há como pressupor que a mudança de endereço acarrete, sempre, um prejuízo ao estabelecimento ou à atividade da empresa; ao contrário, como mencionei, tais mudanças são freqüentes, voluntárias ou involuntárias, e configuram uma eventualidade previsível na evolução da cidade e dos negócios.

5. O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é mais que o ponto, o endereço onde está momentaneamente localizado; é um bem móvel que acompanha o empresário, como instrumento e resultado de sua atividade. O estabelecimento comercial não está sendo desapropriado; como dito, o empresário leva consigo ao exercer a atividade em outro local. O deslocamento compulsório poderá, é certo, acarretar algum prejuízo indenizável; mas tal prejuízo não é inerente ao deslocamento, não se verifica sempre e depende de cumprida prova e apuração.

Festejado acórdão vem assim ementado:

DESAPROPRIAÇÃO. Fundo de comércio. Indenização. Avaliação prévia. Suspensão da imissão na posse. Inviabilidade. – 1. Desapropriação. A desapropriação visa à transferência da propriedade móvel ou imóvel; a ela apenas o inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal assegura a justa e prévia indenização em dinheiro. A imissão na posse, se pedida a urgência, subordina-se apenas ao depósito do valor do imóvel; pode ser concedida até sem a citação do réu, dela se abstraindo outras questões de fato e de direito. A especialidade prossegue com a previsão de que nenhuma outra questão deva ser discutida nela e que o processo prossegue, mesmo que falecido o réu (art. 20 e 21 do DL nº 3.365/41). – 2. Fundo de comércio. O denominado ‘fundo de comércio’, conjunto de atributos imateriais do comerciante ou industrial, não é objeto de desapropriação. O locatário leva consigo, como é usual na movimentação do comércio e na procura incessante por um ponto mais adequado ao comércio ou à indústria. Poderá ser indenizado, se demonstrado o prejuízo; mas não interfere na desapropriação e não exige o próprio depósito de qualquer valor. Inexistência de similitude ou isonomia entre o desapropriado e o locatário. – 3. Fundo de comércio. A avaliação do fundo de comércio é feita por contador, a partir dos livros contábeis e papeis do comerciante. Não é prejudicada pela imissão na posse e não há razão para que seja feita antes dela, pois não se vincula ao imóvel nem ao seu valor. Agravo provido para desvincular a desapropriação da ação de indenização do fundo de comércio e liberar a imissão na posse concedida na desapropriação, independentemente de qualquer depósito a ser feito na ação movida pela autora.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

22

Confira-se ainda acórdão proferido nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 677.083.5/9-00, em que eminente REL. DES. OSCILD DE LIMA JUNIOR deixa averbado o seguinte entendimento (Doc. 5):³³

(...)

De início deve ficar esclarecido que não se discute no presente recurso o direito à indenização do fundo de comércio pleiteado pelo agravante.

A questão controvertida diz respeito ao direito ou não do locatário (terceiro), não integrante de desapropriação regida pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, por meio de ação proposta em outro Juízo.

Nesse aspecto, o recurso não colhe procedência.

Os bem lançados fundamentos da decisão agravada devem prevalecer.

Ainda que se verifique a ocorrência de eventual situação emergencial caracterizada pela imissão na posse do imóvel desapropriado pelo agravado, a concessão da tutela antecipada esbarra na verossimilhança das alegações aduzidas nas razões recursais, porquanto o alcance dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais citados (arts. 5º caput e inc. XXIV e 37, caput da CF e

33. No mesmo sentido AI nº 920.992-5/2-00 – REL. DES. LUÍS CORTEZ (Doc. 6).

art. 15-A, do Decreto-Lei nº 3.365/41) pressupõem julgamento baseado em cognição exauriente.

A antecipação da tutela está intimamente ligada à relação jurídica de direito material estabelecida nos autos e, portanto, deve condizer com o pedido formulado na petição inicial, o que não ocorre no presente processo, pois pretende a agravante, em sede antecipação de tutela, suspender a imissão na posse decorrente de outro processo, até que o agravado pague eventual indenização de fundo de comércio a ser apurado depois de regular contraditório, que pode demandar longo tempo.

A impossibilidade desta pretensão é patente, uma vez que na ação de desapropriação há previsão legal expressa de que a imissão na posse fica condicionada à avaliação prévia e depósito também prévio do valor do imóvel, o que não ocorre com o eventual fundo de comércio oriundo de relação locatícia havida com o proprietário do imóvel expropriado.³⁴

Repita-se, embora legítima a pretensão em se buscar a indenização pelo eventual fundo de comércio, deve ela seguir o rito normal e próprio das ações de indenização, sem interferência no procedimento especial da ação expropriatória.

34. Sem grifos e negritos no original.

Prefeitura do Município de São Paulo
Secretaria dos Negócios Jurídicos
Procuradoria Geral do Município
Departamento de Desapropriações

24

Em despacho de reconsideração prolatado recentemente no âmbito do recurso de agravo de instrumento nº 953.704-5/6 – ainda não julgado, emitente REL. DES. CARVALHO VIANA, deferindo o pedido de efeito suspensivo ativo ao recurso agravo interposto pela ora agravada, houve por bem conceder a seguinte liminar (Docs. 7, 8 e 9):

Vistos.

Acolho as razões da agravante, de fls. 187/193, e defiro o efeito suspensivo pleiteado. Talvez seja direito da agravada a indenização pelo ponto comercial, por prejuízo que venha a sofrer em seu fundo de comércio. Entretanto, tratando-se de desapropriação, regulada por lei específica, tudo indica que estão presentes os requisitos para o deferimento da imissão provisória na posse, pelo Poder expropriante, não condicionada à satisfação prévia de interesses de terceiro. Ademais, houve alegação de urgência, ao contrário do afirmado na r. decisão de fls. 184.

Dê-se ciência, e voltem, após decorrido o prazo para contraminuta.

São Paulo, 14 de setembro de 2009

