

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO  
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora, não se conformando com a r. decisão concessiva de tutela antecipada nos autos da **ação de procedimento Ordinário nº 2517/053.09.044778-9, da 9ª Vara da Fazenda Pública**, ajuizada por **ROMA EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA.**, decisão essa determinativa da sustação da imissão na posse de imóvel expropriado para assegurar o depósito de R\$ 18.841.413,34, inaudita altera pars fixado em favor da Agravada-locatária, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, vem contra a decisão interpor o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, na forma do art. 522, 2ª parte, e 527, III, do CPC, consoante as razões desenvolvidas na Minuta anexa, cuja juntada requer.

Em vista da indisponibilidade do interesse público relegado pela decisão agravada, exposto a lesão grave e de difícil reparação, dada a paralisação do cronograma de implantação do Parque Público Praia de São Paulo, que visa a cessação ações danosas ao meio ambiente e à recuperação e preservação dos mananciais da região da Represa de Guarapiranga, como adiante será demonstrado, requer seja o presente Agravo **RECEBIDO COM EFEITO SUSPENSIVO** da decisão atacada, na forma dos arts. 527, III e 558, do mesmo Código, assim permanecendo até a sua inteira e final reforma, com o trânsito em julgado deste Recurso.

Requer, ainda, **ANTECIPAÇÃO DA TUTELA** parcial deste Agravo, para que seja determinada a pronta remessa dos autos da ação Ordinária ao juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, para processamento conjunto com a Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, com a qual mantém vínculo de continência, nos termos dos arts. 104, 108 e 800, do CPC, como se comprovará, para o fim serem prontamente estancados os efeitos e a geração de decisões judiciais conflitantes sobre um mesmo objeto, a par da aqui agravada, causadoras de prejuízos de grave e de difícil reparação ao interesse público representado nesta lide pela Agravante.

Informa serem os seguintes os patronos da Agravada: **Drs. Eduardo Diamantino Bonfim e Silva, OAB/SP 119.083-A e Livia Biscaro Carvalho, OAB/SP 212.286, com escritório na Rua Haddock Lobo nº 1.307, cjtos. 223/224, São Paulo, SP, CEP: 01414-003, Fone: (11) 3082-9711.**

Esclarece, ainda, que a Agravante se faz representar, nestes autos, pelos procuradores municipais **Angélica Marques dos Santos, OAB/SP 79.945**, e

**Humberto Masayoshi Yamaki, OAB/SP 65.303**, ambos lotados no Departamento de Desapropriações – Desap. 23, da PGM/SP, sito **Rua Conselheiro Furtado, 166, 4º andar, Fone: (11) 3241-0375.**

Requer, por fim, a juntada das peças acostadas por cópia à presente e indicadas no rol abaixo, **declarando-as autênticas.**

Pede deferimento.

São Paulo, 6 de janeiro de 2010.

**Angélica Marques dos Santos**  
**Procuradora do Município de São Paulo**  
**OAB/SP 79.945 - Desap. 23**

### **CÓPIAS ANEXAS DAS PEÇAS DOS AUTOS DE ORIGEM**

1. **Decisão agravada** de fls. 109/110 (Doc. 1) e respectiva **certidão de intimação** de fls. 120 (Doc. 2);
2. **Petição Inicial da Ordinária** – fls. 02/14 – (Doc. 2-A) e documentos a ela anexados – fls. 15/21; 24/27; 28/30; 31/33; 34/43; 44/49; 50/53; 57/59; 60/68; e 69 (Docs. 2-B; 4; 4-A; 5; 6;7;8;9;10;11/19; e 20);
3. Procuração e substabelecimento outorgados pela Agravada (Docs. 3 e 3-A);
4. Despacho datado de 08/12/2009, em sede de plantão judiciário – fls. 74 e vº (Doc. 21);
5. **Despacho do juízo da 8ª VFP determinando a livre redistribuição da Ordinária, por ausência de conexão ou continência com a Expropriatória** – fls. 76 (Doc. 22);
6. Cota de fls. 77 da Ordinária (Doc. 23), da lavra da advogada da Agravada, requerendo a juntada de Laudo Técnico de Avaliação de fls. 78/107 (Doc. 23-A) e de carta de avaliação do fundo de comércio de fls. 108 (Doc. 24);
7. Cópia do Ofício 1.344/09 comunicando ao juízo expropriatório da 8ª VFP o teor da decisão agravada – fls. 112 (Doc. 25);
8. Extrato de andamento da ação de Desapropriação (Doc. 26);
9. Cópia da **Petição Inicial da Cautelar de Produção Antecipada de Provas** (Doc. 27);

10. Cópia da **decisão denegatória da Liminar na Cautelar** (Doc. 28);
11. Contestação e Quesitos e Indicação de Assistente Técnico pela Agravante, na Cautelar (dos. 29);
12. Extrato de andamento processual da Cautelar (Doc. 30);
13. Pedido de Suspensão de Execução de Antecipação de Tutela nº 186.563.0/7-00 dirigido ao Presidente do TJSP (Doc. 30-A);
14. **Decisão concessiva da suspensão da tutela antecipada, concedida pelo Exmo Presidente do TJSP** (Doc. 31).
15. Acórdãos e sentenças com precedentes favoráveis à tese aqui defendida.

Pede deferimento.

São Paulo, 6 de janeiro de 2010.

Angélica Marques dos Santos  
Procuradora do Município de São Paulo  
OAB/SP 79.945 - Desap. 23

## MINUTA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

**Agravante: Municipalidade de São Paulo**  
**Agravada : Roma Empreendimentos Turísticos Ltda.**

**Egrégio Tribunal**  
**Exmo. Desembargador Relator**

### DAS ACÕES DE ORIGEM

A Agravada, na qualidade de locatária de imóvel expropriado pela Municipalidade-Agravante<sup>1</sup>, no qual explora o ramo de Motel, ingressou com Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, distribuída por dependência da expropriatória, para o fim de assegurar a apuração técnica de justa e prévia indenização que entende devida ao fundo de comércio, pela perda do imóvel que locava.

A Cautelar foi recebida por dependência da expropriatória e deferida pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, autuada sob nº 053.09.039091-4. Regularmente citada, a Agravante contestou o feito, impugnou os quesitos da ali requerente, ofereceu os seus e indicou Assistente Técnico para acompanhar e contrastar os trabalhos do Perito Judicial, tudo nos termos dos arts. 420 a 439 e 850, do CPC, marcando a feição litigiosa do procedimento.

Já na inicial da Ação Cautelar a aqui Agravada requerera, liminarmente, *“a suspensão da ação de desapropriação, ou, no mínimo, a não concessão da imissão na posse antes da realização da prova requerida.”*

Tal pedido foi indeferido pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública nos seguintes termos, por decisão já preclusa:

*“(....).  
Indefiro o pedido de suspensão da ação de desapropriação, pois nada impede que ambos os feitos prossigam, já que em ambos será realizada a avaliação.  
Quanto à imissão na posse, já constou do despacho de fls. 274 dos autos da desapropriação que esta somente poderá ocorrer após a avaliação prévia do bem e do depósito do valor deste. Logo, por ora, não há risco para a perícia a ser realizada nestes autos.”* (cópia anexa).

Coerente com o que declarara na inicial da Cautelar, a Agravada ajuizou a ação principal, de Indenização sob o rito Ordinário com pedido de Antecipação de Tutela, este último tão somente para *“o fim de determinar o depósito da indenização*

---

<sup>1</sup> **Motel Roma, sito na Av. Robert Kennedy nº 3.950.** Desapropriação nº 2124/ 053.09.036172-8, da 8ª VFP. Proprietária-expropriada: São José Participações S/C Ltda.

*referente ao fundo de comércio à Requerente previamente à imissão na posse pela Requerida, apurada em avaliação contábil prévia baseada no lucro anual do Motel Roma ...*”(p. 12 da inicial - original não grifado).

A exemplo da Cautelar, a ação Ordinária fora também dirigida 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, mas com pedido de distribuição por dependência da ação expropriatória e não da Cautelar, que a precedera. Por não reconhecer vínculo de conexão ou de continência entre a expropriatória e a indenizatória, o MM. Juiz da 8ª VFP determinou a livre redistribuição.

Redistribuída, a Ordinária, à 9ª VFP, a Antecipação da Tutela requerida nos termos supra foi concedida por meio da decisão ora agravada, pela qual foi condicionada a imissão provisória na posse do imóvel expropriando ao depósito prévio de indenização relativamente ao fundo de comércio, fixado em R\$ 18.841.413,34, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

### **DA DECISÃO AGRAVADA**

A decisão agrava, inserta a fls. 109/110 dos autos de origem tem o seguinte teor:

*“Vistos.*

*Da análise da inicial e documentos, verifico a verossimilhança das alegações, uma vez que a autora é locatária do imóvel nº 3950, situado na Avenida Robert Kennedy, desde 1984 e renovou o contrato até 1º de março de 2018 (fls. 24 e 31), para exploração comercial. O imóvel é objeto de desapropriação efetuada pelo Município de São Paulo, cuja ação está em trâmite perante a 8ª Vara da Fazenda Pública da capital (processo nº 053.09.036.172-8), na qual já foi deferida a imissão provisória.*

*Ocorre que a autora é possuidora direta do bem, mantém no local atividade comercial e, nele realizou benfeitorias. Ademais, até para atender as exigências do Poder Público, na qualidade de locatária, a autora teve que adquirir imóvel (matrícula 87.723) para compensação de proteção ambiental (fls. 28/30). É inadmissível afastar a indenização com relação ao fundo de comércio, que também é objeto da desapropriação, sob pena de ofensa ao princípio da justa e prévia indenização previsto na Constituição Federal.*

*Nesse sentido:*

*“Agravo de instrumento – Ação de indenização em apenso à ação de desapropriação – Imissão na posse – Necessidade do depósito do valor apurado em avaliação prévia – Fundo de Comércio a ser afetado pela desapropriação – Depósito prévio necessário a assegurar a perda do locatário com o processo expropriatório. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 979.895-5/6-00 da 6ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).”*

*Sendo assim, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à ré o depósito prévio da indenização referente ao fundo de comércio que, fixo, com base nos documentos anexados aos autos em R\$ 18.841.413,34 (fl. 87), que deverá ser depositado para a imissão provisória na posse. Tal valor ficará*

*depositado até que se apure o correto valor da indenização do fundo de comércio, visto que conforme noticiado já foi proposta ação cautelar de antecipação de prova.*

*Intime-se, com urgência a ré para cumprir a decisão, salientando que a imissão está condicionada ao depósito do valor apontado para assegurar a justa indenização, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.*

*Expeça-se ofício ao MM. Juiz da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital.*

*Cite-se e intime-se.” (original não grifado).*

Com o devido acatamento, a decisão supra está a merecer pronta sustação e subsequente reforma, por destoar de princípios constitucionais basilares, ensejando grave subversão dos valores e direitos indisponíveis a serem prestigiados, além de conter impropriedades de natureza processual comprometedoras da sua validade.

### **DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA DECISÃO AGRAVADA**

#### **- I -**

A decisão agravada contrariou ordem proferida nos autos do Pedido de Suspensão nº 186.563.0/7-00, emanada do **Presidente desse Egrégio Tribunal de Justiça**, pela qual fora garantido o livre processamento legal da ação de desapropriação nº 2.124/053.09.036172-8, da 8ª VFP, então indevidamente paralisada por Tutela Antecipada concedida em ação Ordinária similar à presente, ajuizada por locatária do imóvel contíguo<sup>2</sup> ao da aqui Agravada, ambos de propriedade da São José Participações S/C Ltda. e desapropriados na mesma ação.

A excepcional medida visou assegurar o regular curso da ação expropriatória, e, com isso, a continuidade do programa de melhoramento urbano e de saneamento ambiental de entorno da Represa Guarapiranga, cujo óbice provocado pela primeira Antecipação de Tutela foi identificado pelo Presidente do Tribunal como potencialmente **lesivo à ordem pública**. É o que se depreende dos seguintes excertos:

*“Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada proferida pela MM. Juíza de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos da ação ordinária proposta por Motel Leão de Prata Ltda., pela qual foi concedida a antecipação de tutela, para o fim de determinar que a ré não seja imitada na posse do imóvel objeto da ação, paralisando-se o processo expropriatório. Alega a requerente, em síntese, lesão à ordem e à economia Públicas.”*

*Cumpra inicialmente deixar assentado que não se examina, nesta fase, o acerto ou desacerto da decisão recorrida. Interessa apenas e tão somente a potencialidade de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (art. 4º, da Lei nº 8.437/92).*

---

<sup>2</sup> **Motel Leão de Prata**, R. Robert Kennedy nº 3.456 (Ord. 2.124/053.09.044778-9, 8ª VFP).

*Cuida-se, com efeito, de norma de exceção, na medida em que atribui a decisão a órgão diverso daquele competente para julgar a causa em segundo grau, a recomendar aplicação restrita.*

*Fixado este ponto, a hipótese comporta, efetivamente, a sustação, ainda que momentânea, da determinação judicial (fls. 8/9).*

*Importante salientar, na esteira de Hely Lopes Meirelles, calcada em explicitação do então Ministro do Supremo Tribunal Federal José Neri da Silveira, que no conceito de ordem pública 'se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a norma execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem pública para que o Presidente do Tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos de sentença concessiva de segurança, quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna' (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, mandado de Injunção, 'Habeas Data', Malheiros Editores, 26ª Ed, p. 87.).*

*Sopesando-se os valores postos em juço, a luz do princípio da proporcionalidade, neste momento, devem prevalecer os apresentados pela Municipalidade de São Paulo.*

*Ante o exposto, defiro o pedido, suspendendo-se os efeitos da tutela antecipada até que esta Corte aprecie o mérito da causa." (fls. 55/57).*

Ora, independentemente dos fundamentos de mérito adotados, a decisão aqui agravada constitui **usurpação de competência**, ao inovar e impor condição para o livre curso do processo de desapropriação já soberanamente assegurado pela Presidência do Tribunal de Justiça, no exercício de competência legal exclusiva para o reconhecimento de potencial lesão à ordem pública, na forma do art. 4º da lei nº 8.437/92, embasador do deferimento do pedido.

Reitera-se que a ação expropriatória cujo devido processo legal foi garantido pela Suspensão maior, tem por objeto dois imóveis situados na Avenida Robert Kennedy: o nºs 3.456, locado ao Motel Roma, e o de nº 3.950, locado ao Motel Leão de Prata, ambos às margens da Represa Guarapiranga, totalizando 16.288,40 m<sup>2</sup> de área, declarados de utilidade pública para a implantação de Parque Público denominado Praia de São Paulo, e para recuperação e preservação do manancial da Represa de Guarapiranga, posto a notório risco de contaminação.

É de se ver, portanto, que **embora a área exproprianda seja divisível não o é o interesse público sobre ela incidente**, ensejador da Declaração de Utilidade Pública, assim como indivisíveis são os bens jurídicos maiores, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas cuja incolumidade foi protegida por meio do excepcional provimento de Suspensão, repita-se, em juízo de competência exclusiva do Presidente do Tribunal.

Por isso, pelos mesmos motivos de fato e de direito embasadores da suspensão diferenciada concedida, deve ser prontamente banida, também, a decisão agravada, ameaçadora aos mesmos interesses de relevante índole pública e difusa.

- II -

A decisão agravada sobrepõe o interesse – ou expectativa – particular ao interesse público declarado urgente, na forma da lei e no devido processo legal de desapropriação. Trata-se, ainda, de deliberação liminar, *inaudita altera pars* destituída de fundamentação em lei e baseada em interpretação extensiva de norma constitucional de caráter restritivo, em flagrante subversão à ordem legal e aos princípios norteadores da administração pública.

Ademais, o vultoso valor do depósito, de mais de 18 milhões de reais de dinheiro público, foi fixado arbitrariamente, com base em documento particular, unilateral, acostado por cópia à inicial da Agravada e sem assinatura do técnico ali nominado (fls. 88 dos autos originais).

Foi fixado, ainda, tão exorbitante valor, sem prévia consulta à Cautelar que se processa na 8ª VFP exatamente para a fixação da indenização pretendida, a cargo de profissional e critérios especializados, sob o crivo do contraditório, o que, certamente, forneceria parâmetros ao menos objetivos para a – repita-se – indevida fixação.

E, mais, o desproporcional valor exigido foi fixado e determinado para depósito sob pena de multa diária sem nenhum requerimento da Agravante, ainda que implícito, pois somente pretendia o condicionamento da imissão na posse do imóvel ao depósito, pela expropriante, do valor apurado na avaliação ainda em curso na Cautelar.

Por outro lado, não há suporte fático ou legal a embasar a concessão e a permanência da sustação da imissão na posse para o aguardo da conclusão da prova em curso na Cautelar, pois de natureza eminentemente contábil e com vistoria *in loco* do estabelecimento já efetuada tanto na expropriatória como na própria Cautelar, consoante expressa declaração da Agravada na inicial da ação de origem.

É de se ver que o impedimento à imissão na posse na expropriatória é provimento que não guarda relação de pertinência com a indenizatória.

Constitui questionável sobreposição de competência jurisdicional, permitindo que a ordem proferida em ação cuja natureza jurídica nunca alcançaria provimento típico da ação especial de desapropriação, atinja e obrigue juízo do mesmo nível hierárquico a rever anterior ordem sua, posta à sua exclusiva e especializada<sup>3</sup> jurisdição.

Não há sentido lógico-jurídico no impedimento ou suspensão de imissão na posse em imóvel expropriando fora da respectiva ação de desapropriação. Mais ainda a título de antecipação de tutela, pois uma ação de procedimento ordinário como a aqui tratada nunca geraria tal provimento.

---

<sup>3</sup> Art. 12 do decreto-lei 3.365/41.



A esse respeito já se pronunciou esse E. Tribunal de Justiça, por meio da Quarta Câmara de Direito Público, no Agravo de Instrumento nº 661.644-5/8-00, que teve como Relator o **Des. Ricardo Feitosa**, asseverando que o constituinte garantiu o direito à indenização prévia somente ao desapropriado, e *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 apurada em perícia contábil, sem interferência na imissão na posse deferida na ação de desapropriação:*

*“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.”*

No mesmo sentido há os recentes julgados da Ap. nº 694.092.5/4-00, da relatoria do **Des. Thales do Amaral**; do AI nº 868.936.5/0-00, rel. Des. **Danilo Panizza**; AI nº 927.490.5/2-00, rel. Des. **Torres de Carvalho**; AI nº 677.083.5/9-00, rel. Des. **Oscild de Lima Júnior**; esses Acórdãos seguem anexados por cópia.

Não guardando, portanto, pertinência com a efetividade da prova contábil, a sustação da imissão na posse, na realidade, constitui ilegal constricção imposta à Administração Pública para assegurar o depósito igualmente prévio de numerário não expressamente previsto em lei, em grave confronto aos princípios do precatório e da legalidade estrita dos dispêndios públicos, precedidos de inclusão orçamentária, como se extrai da combinação dos arts. 37, *caput*, 70, *caput*, e 100 da Constituição Federal, nesse tópico regulamentados pela Lei Complementar nº 101/00.

Não é razoável admitir a imposição cautelar de constricção ilegal para forçar o Poder Público a dispêndio prévio em benefício de, ainda, expectativa particular, em detrimento do interesse público indisponível, adiando-se a intervenção do Poder Público em local de notória degradação ambiental e, com isso, permitindo-se a exposição de reserva manancial da Represa de Guarapiranga a ação predatória, em prejuízo do meio ambiente e de todos os munícipes.

Ademais, considerando que o objeto da ação é a indenização pelo fundo de comércio locado no imóvel expropriado, tem-se que a determinação do pagamento prévio, em **tutela antecipada**, constitui indevido provimento de **caráter satisfativo**, o que contraria a letra do art. 1º da Lei nº 9.494/97 - cuja constitucionalidade foi reiterada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 4 - combinado com o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92.

Portanto, urge o restabelecimento do equilíbrio das partes naquele processo originário, e o início das prementes obras de recuperação ambiental e de preservação de área de manancial vital para a cidade de São Paulo, possibilitando, ainda, aos paulistanos, a fruição de parque público consoante o cronograma original, o que somente se logrará por meio do recebimento do presente Agravo com efeito suspensivo da decisão agravada, possibilitando a pronta imissão na posse do imóvel expropriado pela Agravante, o que ora requer.

### **DA ANTENCIPAÇÃO DA TUTELA: DA CONTINÊNCIA ENTRE AS AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA**

O pedido de Antecipação de Tutela concedido por meio da decisão ora recorrida **repete** o antes deduzido em liminar pela mesma Agravada nos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, em curso na 8ª VFP sob nº 053.09.039091-4, e **já indeferido por aquele juízo prevento**, e afastado pelo Presidente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em relação à paralisação do processo expropriatório.

Com efeito, na inicial da Cautelar de Produção Antecipada de Provas, ora anexa como Doc. 27, verifica-se que o pedido liminar ali formulado teve o seguinte teor:

*“... requer:*

*a) o deferimento do pedido de processamento da presente Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas com pedido liminar com a suspensão da ação de desapropriação, ou, no mínimo, a não concessão da imissão na posse antes da realização da perícia requerida;”(original não grifado).*

Tal pedido foi indeferido pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública nos seguintes termos:

*“(....).*

*Indefiro o pedido de suspensão da ação de desapropriação, pois nada impede que ambos os feitos prossigam, já que em ambos será realizada a avaliação. Quanto à imissão na posse, já constou do despacho de fls. 274 dos autos da desapropriação que esta somente poderá ocorrer após a avaliação prévia do bem e do depósito do valor deste. Logo, por ora, não há risco para a perícia a ser realizada nestes autos.” (cópia anexa).*

Já na ação Ordinária, o mesmo pedido, agora de Antecipação de Tutela, foi assim deduzido:

*“...REQUER seja deferida a antecipação liminar da tutela para o fim de determinar o depósito da indenização referente ao fundo de comércio à Requerente previamente à imissão na posse pela Requerida, apurada em avaliação contábil prévia baseada no lucro anual do Motel Roma, incluídos os*

*lucros cessantes pelo período que ainda restava do contrato de locação, qual seja, 9 (nove) anos.” (fls. 13 – original não grifado).*

Ora, ambos os pedidos – de liminar e de antecipação de tutela - visaram a sustação da imissão na posse do imóvel expropriando, ou seja, a **paralisação do processo de desapropriação** enquanto não atendidas as pretensões da Agravada, quais sejam: no primeiro processo a realização cautelar da perícia contábil e, no segundo, o depósito do valor a ser apurado em tal perícia.

Em ambos a causa de pedir é a mesma: o fato da iminência da imissão na posse do imóvel pelo ente expropriante, e o fundamento jurídico do pretense direito à indenização prévia pela perda do fundo de comércio locado no mesmo imóvel, o que configura a presença dos elementos jurídicos caracterizadores da litispendência descritos no art. 301, §§ 1º a 3º do CPC.

Dessa forma, o pedido reproduzido na Ordinária como Antecipação de tutela, não poderia ser objeto de apreciação pelo MMº juízo da 9ª VFP porque já conhecido e indeferido por juiz anterior, por decisão preclusa, nos autos da ação Cautelar em curso na 8ª Vara da Fazenda Pública.

Igualmente o pedido principal não pode ser apreciado pelo juízo *a quo* porque prevento o da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, na forma do art. 106, do CPC, por força do conhecimento prévio da Cautelar referida, preparatória da Ordinária, cuja abrangência do pedido cria entre ambas o vínculo de continência, na letra do art. 104 do mesmo Código, a impor a reunião das ações para impedir decisões díspares como a aqui recorrida, de questionada validade.

Como visto, a continência entre as ações Cautelar e principal se revelava já no pedido de Antecipação de Tutela da Ordinária e cuja inobservância em juízo perfunctório conduz à nulidade do correspondente deferimento, por afronta aos limites cingidos no art. 460 do CPC, como se demonstrará adiante.

Consoante o pedido acima reproduzido e deduzido a fls. 13 dos autos da Ordinária, a Agravada requereu a paralisação do processo expropriatório por meio do impedimento à imissão na posse do imóvel pelo ente público enquanto não efetuado *“o depósito da indenização referente ao fundo de comércio (...), apurada em avaliação contábil prévia baseada no lucro anual do Motel Roma ...”* .

Ou seja, requereu o depósito da indenização a ser apurada na avaliação contábil prévia em curso na Cautelar, da qual a Ordinária é a principal, consoante expressa declinação no item 41 daquela inicial <sup>4</sup>. A lógica não permite outra interpretação.

---

<sup>4</sup> *“41. Tendo em vista tratar-se de cautelar de antecipação de prova, segundo orientam a doutrina e a jurisprudência, a mesma não perde sua eficácia e não haveria necessidade de informar a lide principal, não se lhe aplicando as regras do inciso III do art. 801 e do art. 806 do Código de Processo Civil [sic]. Entretanto, caso o ilustre julgador, ao apreciar o pedido entender que sua indicação seja condicionante para a concessão da medida, fica apontada a principal como sendo a Ação de Indenização, pelo rito próprio.”*

Em outras passagens da inicial é possível identificar o mesmo liame lógico, que já decorreria do declarado vínculo preparatório e principal de ambas as ações. Com efeito, a fls. 06, nos itens 13. e 14 da inicial a Agravante justifica o que entende seu direito à indenização e a abrangência dessa, dizendo: “Em consequência disso, visando apurar o valor da indenização a que tem direito em razão da desapropriação em questão, a Requerente propôs Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, que foi deferida por esse juízo, estando os autos conclusos com o Perito Judicial, Sr. José Zarif Neto, desde o dia 03 de dezembro de 2009 ...” (fls. 6, item 13. – original não grifado).

Mais adiante, no item 14. da mesma página, “Não obstante a produção de prova na documentação contábil da requerente, a vistoria ‘in loco’ há de apurar também o valor do terreno de matrícula 87.723, bem como, o pagamento de luvas à Locadora e os lucros cessante decorrentes da desapropriação do bem...” (original não grifado).

Tais passagens da inicial da ação Ordinária têm correspondentes similares na petição inicial da Cautelar, lá assim redigidos: “**18.** Em consequência disso, visando apurar o valor da indenização a que tem direito em razão da desapropriação em questão, precisa a Requerente produzir prova pericial concreta. A única forma de fazê-lo é através desta Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas, onde há de se apurar inclusive os lucros cessantes decorrentes da desapropriação do bem, pois a exploração do mesmo, de ótima estrutura, a vista dos investimentos feitos por ela locatária, até 2018, fica interrompida.”. E, ainda: “**30.** Por meio desta Medida Cautelar, a Requerente pretende obter a fixação dos valores de tudo que há de ser apurado em relação ao fundo de comércio, aos lucros cessantes decorrentes do desfazimento do contrato de locação que teria vigência até 2018, de modo a assegurar que a indenização a ser paga pela administração pública seja justa.” (o original não é grifado).

Não bastasse o demonstrado vínculo preparatório da Cautelar em relação à Ordinária, que a supera e engloba por não só buscar a fixação de um *quantum* mas para sobre ele vindicar indenização, verifica-se que a Cautelar tem caráter nitidamente contencioso, estando cumprido à risca o procedimento dos arts. 420 a 439, do CPC: A Agravante foi regularmente citada, ofereceu contestação, impugnou os quesitos técnicos da Agravada, formulou os seus, indicou Assistente Técnico para o acompanhamento e crítica dos trabalhos do Perito Judicial e tem ao seu dispor todos os recursos e meios de defesa próprios da garantia do contraditório e da ampla defesa, tal qual assegurado no art. 5º, LV, da CF.

Vê-se que a prova pericial, *in casu*, vem se desenvolvendo em procedimento diverso do Ordinário, por meio de Cautelar, devido à urgência em assegurar registro oficial das condições físicas do estabelecimento, suas benfeitorias e instalações, assim como da situação contábil atual do fundo de comércio, dada a iminência da imissão na posse do imóvel pela Agravante, como declarado pela Agravante nas iniciais das ações.

*“Quando o fato puder ser apurado no momento processual adequado, não se justifica o pedido de produção antecipada de prova (RT 491/62, 495/71,*

601/81; RJTJESP 94/178, 107/295; JTA 100/375; RF 276/191), pois neste caso não há ‘periculum in mora’ a legitimizar a medida (RJTJESP 115/117).”<sup>5</sup>

As características expostas afastam a qualificação da Cautelar em exame como meramente conservativa de direitos, a exemplo da notificação ou da antiga vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, dada a presença do contraditório, ínsito à Cautelar de Antecipação de Prova Pericial, para a qual o art. 850 expressamente determina a adoção da instrução probatória especializada, própria do procedimento Ordinário.

Portanto, não se aplica à presente a Súmula 263, do TFR, segundo a qual “A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal.” Aliás, a locução aqui grifada é a exceção em que se enquadra o caso em exame, de nítido perfil preparatório e contencioso, a fazer incidir a regra do art. 800, combinada com os arts. 104 e 106, todos do CPC.

“É de convir que a aplicação da regra do art. 800 do CPC merece temperamento quando se trata de ajuizamento de cautelar de produção antecipada de provas, pois a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal. A depender da modalidade da prova requerida, mormente se verificada a intervenção do magistrado no feito, com a nomeação de ‘expert’ de sua confiança, inegável a prevenção do Juízo da ação preparatória para exame da principal” (STJ-2ªT., REsp 487.630-SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. 21.8.03, não conheceram, um voto vencido, DJU 28.6.04, p. 245).”<sup>6</sup>

“Cautelar de produção antecipada de provas com observância do princípio do contraditório não é medida equiparável à antiga vistoria ‘ad perpetuam rei memoriam’ (STJ-3ªT., REsp 28.368-5-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 1.12.92, não conheceram, v.u., DJU 1.2.93, p. 463-original não grifado).”<sup>7</sup>

“O pedido de produção antecipada de provas: admite intervenção de terceiros ‘na forma de assistência provocada, pois visa garantir a efetividade do princípio do contraditório, de modo a assegurar a eficácia da prova produzida perante aquele que será denunciado á lide, posteriormente, no processo principal (STJ-3ªT., REsp 213.556-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.8.01, negaram provimento, v.u., j. 17.9.01. DJU 17.9.01, p. 161).”<sup>8</sup>

Quanto à prevenção do juízo da 8ª VFP para o conhecimento da ação Ordinária, principal da Cautelar, tem-se que:

“Se proposta a ação cautelar em um dos juízos competentes para apreciá-la, firma-se, em seu favor, a competência para a ação principal (JTA 118/101).”

<sup>5</sup> Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, Saraiva, 39ª ed., São Paulo, 2007, Nota 1 ao art. 848, p. 954.

<sup>6</sup> Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, Saraiva, 39ª ed., São Paulo, 2007. Nota 8 ao art. 800, p. 931.

<sup>7</sup> *Idem*, Nota 3a. ao art. 846, p. 954.

<sup>8</sup> *Idem*, Nota 4 ao art. 846, p. 954.

“Quando preparatórias, as medidas cautelares devem ser requeridas ao juiz que se apresenta competente para conhecer da causa principal, que, por isso, fica preventivo” ( STJ-4<sup>ª</sup>T., REsp 6.386-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.5.91, deram provimento, maioria, DJU 7.10.91, p. 13.971).

“A prevenção ocorre em termos recíprocos, seja qual for a demanda ajuizada em primeiro lugar; a principal ou a cautelar” (RF 273/165 e RT 732/216).

“Os processos cautelares quando anteriores ao processo principal, tornam preventivo o juízo (RT 485/76; RSTJ 150/283, RT 730/345 e RJTJESP 79/314)”<sup>9</sup>

**Humberto Theodoro Júnior** ensina que “Não mais deve perdurar a controvérsia sobre a prevenção do Juiz da antecipação da prova para a ação principal. Não se trata de simples feito de jurisdição voluntária ou de mero expediente probatório da livre disponibilidade do interessado. A antecipação de prova é cautelar que já coloca ‘sub judice’ a lide.” E acrescenta:

(...).

A prova, assim obtida, já é da Justiça; dela não pode mais dispor o requerente; a ação de mérito, quando advier, não poderá ignorá-la; a vinculação é de ordem pública, pois a atividade jurisdicional já se acha em movimento, embora ainda no plano preventivo.

“A regra decorre do princípio geral da acessoriedade (CPC, art. 108), posto que toda ação cautelar está, necessariamente, vinculada a uma ação de mérito, mesmo que esta ainda não tenha sido proposta, ao tempo do requerimento da medida preventiva (CPC, art. 796)”<sup>10</sup>

Ao distinguir entre medidas cautelares contenciosas e não contenciosas, **Humberto Theodoro Júnior** professa, ainda, que:

“Quando, porém, o pedido de providência cautelar encontra resistência do adversário, tem-se um conflito de interesses a solucionar, mesmo que tal se passe no âmbito que não se confunda com o mérito da ação principal, pois se limita apenas ao plano da prevenção ou segurança como, por exemplo, a disputa sobre o cabimento ou necessidade (ou não) ‘in concreto’ da medida cautelar requerida. Depara-se, então, o juiz com uma verdadeira lide (a lide cautelar), cuja solução há de ser dada em procedimento necessariamente contencioso, com total resguardo do contraditório, segundo o rito dos arts. 801 a 804.

Há, como se vê, possibilidade de lide cautelar, ao lado da lide principal, muito embora a tutela e prevenção nem sempre pressuponha a litigiosidade em torno da segurança em si mesma.”<sup>11</sup>

Por isso é inegável a incompetência do juízo *a quo* para o pronunciamento da decisão agravada, proferida em ação para cujo conhecimento já era preventivo o juízo da 8<sup>ª</sup> VFP.

<sup>9</sup> *Idem*, Notas 3 e 6 ao art. 800, p 930.

<sup>10</sup> Curso de Direito Processual Civil, vol. II, Forense, 42<sup>ª</sup> Ed., 2008, p.566 e 673/674 - original não grifado.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 548.

E, mais, não é juridicamente razoável nem proporcional a adoção de declaração unilateral, não assinada, acostada por mera cópia, como parâmetro para a fixação de vultoso depósito de dinheiro público, enquanto há em curso o devido processo judicial preparatório, instaurado para o fim único de, sob o crivo do contraditório, ser objetivamente fixado o *quantum* pretendido, por profissional especializado e qualificado, nomeado auxiliar técnico por juiz prevento.

Do exposto, dada a prova inequívoca da fluência de graves prejuízos, de difícil reparação causados pela decisão agravada, conflitante com ação judicial preparatória em curso, requer, seja **ANTECIPADA A TUTELA** para o fim de ser determinada a reunião de ambas as ações, Cautelar e Ordinária, sob o juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, com a remessa dos autos da Ordinária para aquela Vara.

## **DA NULIDADE E DA ILEGALIDADE DA DECISÃO AGRAVADA**

- I -

Da análise expendida no item precedente, sobre a petição inicial da ação Ordinária, verifica-se que em nenhum momento há referência ao exorbitante valor de R\$ 18.841.413,34, arbitrariamente fixado para indenizar o fundo de comércio, com determinação de depósito do correspondente valor como condição para a imissão na posse do imóvel, sob pena de multa diária.

Os mais de dezoito milhões constam de um dentre os vários documentos acostados pela ali autora à inicial, resultante de avaliação técnica por ela encomendada a profissional de sua confiança. Trata-se da cópia reprográfica de documento particular, unilateral, que nem assinado está, como se vê a fls. 88.

Não obstante esse documento foi erigido à condição de prova inequívoca, elemento imprescindível para a concessão de tutela antecipada, na letra do art. 273, *caput*, do CPC.

No entanto, a autora não pediu tal montante e **nem mesmo que o magistrado fixasse, antecipadamente, montante algum.** Apenas requereu fosse assegurado o depósito da quantia a ser “*apurada em avaliação contábil prévia*“, ou seja, na Cautelar em curso, “*previamente à imissão na posse*”.

Não há na inicial menção a valor algum e nem pedido de fixação desse valor na ação principal porque já instaurado o procedimento da Cautelar com amplo contraditório, livremente eleito pela Agravante como o idôneo para a apuração objetiva da justa indenização que entende devida.

Ora, consoante os art. 286, do CPC, “*o pedido deve ser certo e determinado*” como foi o pedido da autora, acima minudentemente analisado. E, acresce o art. 293, do mesmo Código, “*os pedidos são interpretados restritivamente*”.

O excesso interpretativo do magistrado, a par de vedado por colidente com o princípio da adstrição ao pedido, enseja a nulidade da correspondente decisão, como se infere dos arts. 128 e 460 do CPC:

*“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”*

*“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”*

Ora, a análise sistemática acima desenvolvida demonstrou que não há pedido explícito ou implícito de fixação de valor prévio de indenização na Ordinária, mas tão somente pedido de manutenção da posse do imóvel com a Agravante enquanto se aguarda a fixação de tal indenização na Cautelar em curso, para ser assim assegurado o seu depósito na Ordinária. A aleatória fixação da indenização e a determinação do correspondente depósito também não são decorrências lógicas, nem acessórias e nem pressupostos do pedido.

Também não há pedido explícito ou implícito de cominação de multa diária e nem elementos indicativos da sua necessidade ou adequação, visto que a Agravada pretendeu ordem de não fazer cuja execução sempre dependeria do cumprimento de mandado judicial de imissão na posse, a cargo de um Oficial de Justiça, afora as demais razões jurídicas que desaconselham o dispensável preceito em face da Fazenda Pública, como:

*“Em princípio aplica-se às pessoas jurídicas de direito público a disciplina do art. 461 do CPC. Mas, há que se atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a administração, jungida à legalidade, nem sempre exhibe condições de atender, prontamente as chamadas ‘prestações positivas’ resultantes dos comandos constitucionais. E ainda há que considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua”* (RJ 314/104; a citação é do voto do rel. Des. Araken de Assis).<sup>12</sup>

Ademais, a efetividade da ‘ordem de não fazer’ concedida dependeria apenas do desfazimento da ‘ordem de fazer’, seja por meio da revogação do deferimento do pedido de imissão na posse pelo mesmo juiz que a concedera no devido processo legal, seja pelo recolhimento do correspondente mandado de imissão por aquele mesmo juízo, como acabou acontecendo. Sem adentrar, aqui, no mérito da incompetência do juízo *a quo* para impor o desfazimento de ordem de outro, do mesmo nível hierárquico, nada dependeria de hipotética e improvável recalitrância da Municipalidade expropriante, a ponto de ser coagida por multa diária.

---

<sup>12</sup> *Idem*, Nota 7b ao art. 461, p. 549.



Sob qualquer foco contata-se que a tutela antecipada recorrida é nula, por força dos arts. 128 e 460, do CPC, por desbordar dos limites do pedido, concedendo provimento diverso do requerido e impondo à ré condenação excessiva à demandada.

Sobre a inobservância de tais limites, pelo magistrado, o mesmo Theotonio Negrão anota, ao rodapé dos mencionados artigos do CPC:

*“O pedido, expresso na inicial ou extraído dos seus termos por interpretação lógico-sistemática, limita o âmbito da sentença. Fundando-se a inicial na anulação de um documento, com base em dolo essencial, não se permite avançar além desses exatos contornos da demanda para declarar nulidade de outro documento, para o qual não concorreram nem a causa de pedir, nem o pedido” (RSTJ 146/404).*

*“Pleiteando a inicial a condenação em perdas e danos, conforme especifica, não é possível condenar o réu ao pagamento de multa, a que o autor não se referiu” (RSTJ 10/471).<sup>13</sup>*

*“Excede os limites da demanda a decisão que, sem pedido, defere indenização por acessões feitas em terra alheia, pelo esbulhador, ainda que reconhecendo que este agira de boa-fé” (STJ-3ºT., REsp 34.637-3-RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 31.5.93, deram provimento, v.u., DJU 28.6.93, p. 12.892).*

*“Se a inicial postular que a indenização seja fixada na execução, não pode o juiz condenar em quantia fixa, sob pena de julgar além do pedido” (RTJ 104/873). No mesmo sentido: RJTAMG 23/244.<sup>14</sup>*

Na esteira dos excertos de julgados acima mencionados, que exemplificativamente demonstram a uniformidade do tratamento dado pelos Tribunais do país a decisões excedentes ao pedido, requer seja declarada **nula** a decisão agravada, em prestígio, dentre outros, ao princípio da disponibilidade, típico do sistema judicial brasileiro.

## - II -

Chama à atenção a desproporcionalidade e a inadequação da medida frente aos interesses postos na lide: sustou-se a possibilidade de imissão na posse do bem e, com isso, a intervenção pública em área de manancial, de interesse difuso e geral, para assegurar a expectativa de indenização a locatário pela perda de ponto comercial, sem que haja incompatibilidade entre tais interesses, o geral e o particular.

Avulta, ainda, a ilegalidade da medida, pois, em juízo perfunctório e *inaudita altera pars*, foi sustada a prerrogativa dos efeitos próprios da **declaração de urgência** na posse, que a lei de desapropriações impõe ante o exclusivo atendimento dos requisitos que elenca, ou seja, ao depósito da avaliação prévia do imóvel expropriado, sem margem de juízo subjetivo do magistrado. Embora conste

---

<sup>13</sup> *Idem*, Nota 4 e 6 ao art. 460, p. 546.

<sup>14</sup> *Idem*, Notas 18 e 19 ao art. 460, p. 547.

expressamente nos arts. 9º e 15 do decreto-lei 3.365/41, tal vedação não se limita à ação de desapropriação, antes decorre do princípio da independência e da harmonia dos Poderes, impeditiva da apreciação, pelo Poder Judiciário, do mérito administrativo, sua conveniência, oportunidade ou urgência, consoante o art. 2º da Constituição Federal.

Sobre o tema, ensina Seabra Fagundes <sup>15</sup> :

*“A urgência no ato administrativo é um elemento de mérito (e não de legalidade) dependente, por sua natureza, do critério livre da Administração Pública. Só esta, com seus meios de informação técnica de que dispõe, com o conhecimento de determinadas necessidades (muitas vezes prementes), que lhe incumbe satisfazer, com a visão de conjunto dos problemas administrativos, de todos se havendo de desincumbir oportunamente, e sentindo a prevalência de uns sobre os outros, pode aferir da pressa que haja em dispor de certo bem privado para a execução de alguma obra pública, para utilização com determinado objetivo etc. Nenhum elemento tem o juiz para contraditar a urgência, acaso alegada pelo administrador. Haveria de louvar-se nos próprios dados fornecidos por este nenhuma base tendo para rejeita-los.”*

Na ação de origem, no entanto, foram equiparadas as assertivas unilaterais da Agravada ao interesse público declarado urgente, cuja prevalência, para a realização do bem comum é assegurada por mecanismos legais como o relegado pela decisão recorrida. Conferiu-se presunção de legitimidade à declaração particular, enquanto tal presunção é prerrogativa legal e constitucionalmente assegurada ao Poder Público.

Frise-se que às assertivas da Agravada foi conferida estatura de plausibilidade, em detrimento da prerrogativa de legitimidade das declarações do Poder Público, **sem sequer início de prova da regularidade do funcionamento do estabelecimento agravado**.

Não havendo a licença, a Agravada poderia, a qualquer momento, ter seu estabelecimento fechado e as atividades comerciais interditas no local, por ato legítimo de polícia municipal, culminado com multas, sem direito a qualquer indenização.

Ora a regularidade do estabelecimento é prova indispensável para a pretensão a qualquer tutela, como a aqui recorrida, que vise conferir excepcional proteção a estabelecimento comercial. Do contrário, a decisão estaria – como está – tutelando ato *contra legem*, além de destituído de qualquer plausibilidade ou aparência de bom direito.

---

<sup>15</sup> Citado por José Carlos de Moraes Sales em *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, RT, 5ª ed., p. 350.

Portanto, antes de sustar, *inaudita altera pars*, a realização do interesse público geral para assegurar mera expectativa destituída da **prova inequívoca** a que alude o art. 273 do CPC, cumpriria ao magistrado exigir da Agravada a prova da regularidade da atividade comercial e do estabelecimento que visava proteger, pois “*só a existência da prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (RJTJERGS 179/251)*”<sup>16</sup>.

Em recente Acórdão relatado pelo DD. Desembargador **ISRAEL GÓES DOS ANJOS**, em caso idêntico ao presente, a C. 6ª Câmara de Direito Público do TJSP, por votação unânime, considerou inexistente como fundo de comércio e, portanto, **não indenizável, estabelecimento comercial desprovido de alvará de funcionamento** expedido pela autoridade municipal.

È da letra do aresto que:

*“Por outro lado, o fundo de comércio não existe por si só em razão da localização da empresa. Sem a legalidade do funcionamento não há fundo de comércio.*

*O patrimônio imaterial do estabelecimento comercial leva em conta o cumprimento de todos os requisitos legais de forma cumulativa . Não basta só o pagamento de tributos.*

*A ausência do alvará de funcionamento torna ilegal a atividade comercial e por isso deixa de existir o fundo de comércio.*

*(...).*

*Embora alegue recolher taxas ao município, isto por si só não vem a suprir a falta de licença de funcionamento. A falta do referido alvará é causa de interdição imediata do estabelecimento e de pagamento de multa decorrente da infração, em caso de autuação. Logo, mostra-se incabível a indenização pleiteada porque não havia legalidade da atividade mercantil no imóvel expropriado.*

*Perdurando a ausência de alvará capaz de legitimar o estabelecimento comercial no imóvel expropriado, incabível se torna a aplicação dos artigos 5º, inciso XXIV e 37, § 6º da Constituição Federal.*

*Há que se considerar que a exigência de alvará de funcionamento decorre de vários fatores de interesse público e não de mera questão administrativa ou burocrática.*

*Nada há a indenizar, uma vez que não há fundo de comércio sem a legalidade do funcionamento.* (Acórdão nº 780.378-5/1-00. Original não grifado).

Assim, a prova da regularidade do estabelecimento constitui elemento indispensável para a definição da plausibilidade do direito reclamado, sem a qual não se configuram os requisitos expressos no art. 273 do CPC, autorizadores da existência legal e da permanência de medida antecipatória de tutela, razão pela qual a medida ora agravada constitui ato ilegal a requerer pronta reparação por esse E. Tribunal de Justiça.

---

<sup>16</sup> Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual civil e vigor*, Saraiva, 39ª ed., 2007, Artigo 273, nota 6, p. 408.

Ademais, decorre da Constituição Federal, art. 5º, incisos XXIV, que o pagamento prévio de indenização é assegurado ao expropriado, no devido processo legal de desapropriação:

“**Art. 5º**.....  
**XXIV** – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Dessa forma, a prévia indenização, assim como a imissão provisória na posse, que lhe faz contraponto, são provimentos exclusivos da ação de desapropriação, com procedimento especial regrado por lei própria, por determinação constitucional.

Por isso, quaisquer fatos, interesses ou direitos não pertinentes à aquisição da propriedade pelo ente Público e à perda indenizável ao proprietário, resolvem-se como **direito pessoal**, fora do processo especial de desapropriação e das garantias que lhe são ínsitas, por direta raiz constitucional. É a própria lei de desapropriação que os reporta às vias ordinárias, como se depreende dos arts. 20 e 34, § único, não sendo, portanto, extensíveis as normas ali contidas para alcançarem hipóteses que ela própria de seu abrigo excluiu.

Dessa forma não pode o juiz, fora do devido processo legal de desapropriação, obstar provimento que naquele processo é vinculado, para manter expectativa de terceiros que a lei excluiu da tutela especial da desapropriação e de todos os peculiares provimentos ínsitos a essa – e somente a essa - ação, como o do prévio depósito e o da imissão provisória na posse, que a Constituição nela inseriu.

José Carlos de Moraes Salles<sup>17</sup>, em estudo definitivo sobre desapropriações, ensina que *O critério [da ininterruptividade do processo], adotado pelo Dec.-lei 3.365/1941, encontra fundamento no interesse público que preside as expropriações, o que determina, também, a necessidade de ser o processo expropriatório celeremente desenvolvido em suas várias fases, livre de peias que possam obstacularizar seu rápido andamento. Nesse sentido, confira-se a RT 541/243, não admitindo a suspensão do feito expropriatório.*”

Ademais, a situação jurídica da Agravada, isoladamente, não guarda pontos de identidade com a hipótese de incidência das tutelas especiais da lei de desapropriações. Não há, aqui, entrosamento entre o fato concreto e o abstrato, geral, tipificado na norma, o que igualmente afasta a possibilidade de aplicação analógica da lei de desapropriações.

É importante destacar que o fundo de comércio titularizado pela Agravada não foi e não está sendo desapropriado pela Municipalidade, hipótese essencial de subsunção do caso concreto à lei especial de desapropriações. Não foi

---

<sup>17</sup> A Desapropriação à Luz da Doutrina e Jurisprudência. RT, 5ª ed, p. 445/446.

compulsoriamente retirado do patrimônio particular para integrar o patrimônio público e servir a uma dada utilidade pública, nem direta e nem indiretamente, como ocorre em desapropriação.

O fundo de comércio, ademais, não está deixando de existir, não está desaparecendo do patrimônio particular. Ao contrário, remanesce com o seu titular como “*o conjunto de coisas incorpóreas ou uma universalidade de coisas e direitos, ativos, passivos, que constituem o patrimônio do comerciante: as mercadorias, os móveis, e semoventes, os utensílios, o título, o ponto e a fama do estabelecimento que ele explora; a sua freguesia ou clientela, o contrato de locação, o nome comercial, as patentes de invenção, o registro de marca de indústria e de comércio etc.*”<sup>18</sup> Rubens Requião acrescenta que: “*O estabelecimento comercial [ou fundo de comércio] constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantêm, unitariamente, sua individualidade própria*”<sup>19</sup>

Ainda “*é importante observar que o bem imóvel ocupado pelo empresário ou pela sociedade empresária não pode, por si só, ser considerado sinônimo de estabelecimento empresarial, já que é apenas um dos bens integrantes deste.*”<sup>20</sup>

O fundo de comércio, portanto, remanesce no patrimônio da Agravada para além do local, do ponto - precário - que perdera. Mantém expressão econômica por seus demais componentes passíveis de realocação em novo ponto ou negociáveis em mercado, como uma universalidade ou como bens autônomos, a critério do seu titular.

Esses fatos estão a demonstrar a inexistência de *fumus boni juris* a respaldar o excepcional provimento, cujo efeito próximo é a burla ao princípio do precatório, ao qual estão sujeitos todos os pretensos e efetivos credores do Poder Público, consistindo, por isso, o efeito mediato da medida, afronta ao princípio da isonomia.

O *periculum in mora* ou o risco de dano de grave e difícil reparação, se efetivada a imissão na posse, também não se afigura porque estão sendo extraídas e registradas, na expropriatória e na Cautelar, as provas possíveis sobre o imóvel-ponto locado pela Agravada, isso mesmo sem considerar que as provas para o deslinde do feito são exclusivamente contábeis, a serem feitas sobre a escrituração da Agravada.

Por fim, apenas a título de argumentação, dada a natureza pessoal do interesse reclamado na ação e a inaplicabilidade das disposições próprias da lei de desapropriações, incabível tanto por interpretação extensiva como por aplicação analógica, tem-se que o fundamento jurídico aplicável à solução do feito seria o da

---

<sup>18</sup> Pedro Nunes, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, citado por José Carlos de Moraes Salles em *Ação Renovatória de Locação Empresarial*. RT, São Paulo, 2ª ed., 2002, p. 365. (original não grifado).

<sup>19</sup> Citado na obra supra, p. 364/365.

<sup>20</sup> Fábio Bellote Gomes. *Manual de Direito Comercial*, Ed. Manole, 2ª ed., São Paulo, 2007, p. 25.

responsabilidade civil, previsto no art. 37, § 6º da Constituição Federal e no art. 43 do Código Civil.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, a apuração da ocorrência se faz pela demonstração do liame lógico entre uma dada ação ou omissão do Estado e um dano a direito de terceiro, nos estritos lindes da relação de causa e efeitos entre ambos os fatos, objetivamente aquilatáveis.

Por isso considerando, mais uma vez, que a Agravada não foi desapropriada, tem-se que o ato estatal causador de suposto dano indireto sobre o seu estabelecimento, pela desapropriação do imóvel locado, **seria o ato de imissão na posse**, obstativa, concretamente, das suas normais atividades no local, se hipoteticamente regulares ante as posturas municipais.

De fato, não havendo a imissão na posse, não há, ainda, o fato danoso e nem danos que possam ser a ele diretamente imputados. Não há, também, em consequência, termo inicial para a apuração dos danos ou prejuízos causados sobre o fundo pelo ato exclusivo da desapropriação do imóvel locado. Sem a imissão não há dano imputável à ação estatal sobre o estabelecimento da Agravada, daí ser insuperável paradoxo pretender fixá-lo *a priori*, como fez a medida recorrida.

## **DO PEDIDO**

Diante do exposto, e provada a relevância e a plausibilidade do direito requerido, sujeito a lesão atual, de grave e de difícil reparação requer a **ATENCIPACÃO DA TUTELA** para que seja determinada a remessa dos autos da Ação Ordinária nº 053.09.044778-9, proposta pela Agravada, para o juízo da 8ª VFP, para tramitação conjunta com a Cautelar nº 053.09.039091-4, dada a prevenção daquele juízo.

Requer, ainda, com fundamento nos mesmos arts. 527, III e 528, do CPC, seja o presente recebido **COM EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO AGRAVADA**, desobstacularizando-se a imissão na posse do imóvel expropriado de qualquer condição que não as legalmente exigíveis pelo decreto-lei nº 3.365/41 no devido processo de desapropriação, até o final **PROVIMENTO** do presente, com a total invalidação ou reforma da decisão agravada.

Pede deferimento.

São Paulo, 6 de janeiro de 2010.

**Angélica Marques dos Santos**  
**Procuradora do Município de São Paulo**  
**OAB/SP 79.945 - Desap. 23**