

A indenização do estabelecimento comercial nas desapropriações¹

Aniello dos Reis Parziale

Advogado, Membro do Corpo Jurídico da Editora NDJ e Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

1 Introdução. 2 Da desapropriação. 3 Da indenização. 4 Do estabelecimento empresarial. 5 Da indenização do estabelecimento comercial. 6 Os beneficiários da indenização do estabelecimento empresarial. 6.1 Perda do estabelecimento comercial pleiteada pelo proprietário do bem expropriado. 6.2 Perda do estabelecimento comercial pleiteada por terceiro. 6.2.1 A questão da indenização do fundo de comércio do locador quando o ajuste locatício vigorar por prazo indeterminado. 7 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A realização de uma desapropriação de imóveis, com o objetivo de permitir o atendimento de um interesse coletivo por meio da realização de obras de infraestrutura urbana pelo Poder Público, a exemplo da ampliação da malha do metrô ou da construção de corredores de ônibus, acarretará a perda total ou parcial da propriedade do bem em prol da coletividade.

Demais disto, observa-se que tal expropriação pode gerar um dano parcial para o particular que exerce uma atividade econômica no bem desapropriado quando a intervenção na propriedade reduzir a capacidade de atendimento de sua clientela, ou ainda acarretar uma lesão total ao negócio desempenhado, quando, para execução da melhoria, for necessário intervir no bem como um todo, o que demandará o seu encerramento. Verifica-se, por conseguinte, que muitas vezes os efeitos da intervenção estatal na propriedade, total ou parcial, ultrapassam o bem expropriado, afetando a própria existência da atividade econômica desempenhada no imóvel objeto desapropriado.

Diante da referida situação e da necessidade de o Poder Público indenizar os prejuízos causados pelo ato expropriatório, consoante determina o art. 5º, inc. XXIV, e o art. 37, § 6º, ambos da CF/1988, passa-se a discorrer sobre os contornos da indenização do

particular, proprietário ou possuidor do bem desapropriado quando é obrigado encerrar totalmente as atividades comerciais ou reduzir parcialmente sua capacidade de atendimento.

2 DA DESAPROPRIAÇÃO

Em sucintas linhas, há casos em que o atendimento do interesse coletivo pelo Poder Público, a exemplo da busca de melhoria da mobilidade urbana, demanda a necessidade de interferência no direito de propriedade, que, no presente estudo, destaca a desapropriação de bens imóveis.

Diante da referida imprescindibilidade, autorizou a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXIV, que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Ou seja, trata-se de retirada da propriedade com a imediata substituição por valor correspondente em pecúnia.

Acerca da justificativa para promover essa grave intervenção na propriedade privada, fundada na supremacia do interesse coletivo sobre os interesses individuais, preleciona o saudoso mestre Diogenes Gasparini, *in verbis*:

Essa faculdade constitucional para desapropriar é necessária, visto que nem sempre o Estado pode alcançar os fins a que se propõe pelos meios que o Direito Privado oferece e regula. O proprietário do bem necessário, útil ou de interesse social para o Estado resiste às suas pretensões de compra, por não querer vender ou por não lhe interessar o preço oferecido, impedindo, com essa resistência, a realização do bem

1. Texto apresentado no âmbito da disciplina "Direitos fundamentais sob o pálio da tributação e das finanças públicas", prelecionada pelo Prof. Dr. Eduardo Marcial Ferreira Jardim, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

comum. Nesses casos, como em outros, só a desapropriação restaura a prevalência do interesse público sobre o interesse particular, retirando do proprietário, mediante indenização a sua propriedade.

A desapropriação, como se vê, é o mais eficaz e também o mais grave instrumento de que dispõe o Estado para intervir na propriedade privada quando esta lhe é necessária, útil e de interesse social (2009, p. 831-832).

A desapropriação ocorrerá por necessidade pública ou utilidade pública, cujo regramento encontra-se vertido no Dec.-Lei nº 3.365/1941, ou ainda por interesse social, devendo ser observadas as disposições assentadas na Lei nº 4.132/1962.

É de necessidade pública a desapropriação que ocorrer com arrimo na necessidade de atendimento de uma situação emergencial ou anormal que, para a resolução do problema fático, demande a súbita transferência da propriedade de bens de terceiros, sejam públicos ou privados, para o patrimônio público. Por utilidade pública, entende-se a expropriação em que o Estado tem de adquirir a propriedade de bens de terceiros, para atendimento de uma situação normal. Em relação à desapropriação por interesse social, tem-se que será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, na forma do art. 147 da CF, regulada pela Lei nº 4.132, de 10.9.1962.

O procedimento de desapropriação caracteriza-se como uma sucessão de atos definidos em lei e que culminam na incorporação do bem ao patrimônio público (DI PIETRO, 2007, p. 148). Tal procedimento é realizado em duas fases, sendo a primeira declaratória e a derradeira, a executiva, composta por uma fase administrativa e outra judicial.

Na fase inicial da desapropriação, a declaratória, ocorre a declaração de utilidade pública ou interesse social do bem demandado pelo Poder Público expropriante, por meio da edição de um decreto pelo Chefe do Poder Executivo ou por meio de lei pelo Poder Legislativo.² Na fase executória, já ocorre a adoção de atos concretos pelo Poder Público e seus delegatários, devidamente autorizados por lei ou contrato, com o intuito de consumir a retirada da propriedade do proprietário originário (OLIVEIRA, p. 55).

2. Arts. 6º e 8º do Dec.-Lei nº 3.365/1941.

3 DA INDENIZAÇÃO

Acerca da recomposição do bem retirado do proprietário e incorporado ao patrimônio público por meio da desapropriação, estabelece o art. 5º, inc. XXIV, da CF/1988, que a indenização deve ser justa, prévia e ocorrer em dinheiro.

Conforme ensina José Carlos de Moraes Salles, *in verbis*:

Destarte, para que haja justeza e justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com a quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou expropriado.

A indenização deve, portanto, ser exata, no sentido de que o expropriante há de se dar precisamente o equivalente ao que lhe foi tomado pelo expropriante (2009, p. 442).

Em regra, o pagamento da indenização ao particular expropriado deve ser feito em pecúnia, por meio de sistema de precatório, cujo regramento encontra-se contido no art. 100 da CF.

Para que a recomposição do patrimônio do expropriado seja integral, deverá a indenização comportar, além do valor efetivo de mercado do bem expropriado, aquilo que se perdeu, ou seja, o dano emergente, ou ainda o que se deixou de lucrar, vale dizer, o lucro cessante, bem como os juros moratórios e compensatórios.

Neste sentido, ensina Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

Indenização justa é aquela que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de se ser repostos em pecúnia no momento da indenização; se não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização. A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além

dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários advocatícios de advogado e também de correção monetária (2006, p. 615).

Detendo a indenização do bem expropriado tal configuração, passa-se a analisar os contornos do ressarcimento dos prejuízos causados ao estabelecimento empresarial que sofreu prejuízo em razão da desapropriação.

4 DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Para se ter uma ideia do alcance da indenização em caso de desapropriação de bens imóveis utilizados para realização de uma atividade econômica, faz-se necessário estudar o conceito de estabelecimento empresarial.

Destaque-se, dessa forma, que o estabelecimento empresarial, outrora denominado de fundo de comércio,³ “modernamente [...] apresentou expansão de seu conceito, abrangendo as atividades civis ou industriais que objetivam lucro” (STJ – Resp. nº 27.912.8 – Reg. 92.25065 – 3 – Rel. Min. Vicente Leal – j. em 27.3.1995).

Tal assertiva é importante para o presente estudo, uma vez que afasta a discussão de que somente poderiam ser indenizados estabelecimentos que exercem o comércio, afastando as demais atividades econômicas, devendo, por conseguinte, ser recomposto também o patrimônio destinado a viabilizar a prestação de serviços ou o funcionamento de indústrias prejudicadas pela ocorrência da desapropriação.

Sobre o tema, já prolatou o eg. TJSP, *in verbis*:

Desapropriação. Imissão provisória na posse. Consultório odontológico explorado por proprietário. Perícia complementar deferida. Abrangência do “fundo de comércio”. Cabimento: Não é possível expropriar o imóvel sem atingir necessariamente o consultório odontológico e o “ponto” estabelecido, no caso, direta e intimamente ligado a ele. Possível obstar a imissão na posse do imóvel enquanto não provisoriamente estimado e depositado o equivalente à sua perda com a expropriação. Recurso não provido (TJSP – AgI nº 9277495500 – Rel. Evaristo dos Santos – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público – j. em 10.8.2009).

Sendo assim, por estabelecimento empresarial entende-se o conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas de propriedade do empresário utilizado pelo comerciante, prestador de serviço ou industriário para exercer atividade econômica lucrativa, potencialidade de fazer negócios que o bem possui, dado o exercício duradouro da atividade comercial (VELLOSO, 2000, p. 76).

Na mesma toada, é o entendimento do eg. STJ, que já prolatou, *in verbis*:

O fundo de comércio é considerado patrimônio incorpóreo, sendo composto de bens como nome comercial, ponto comercial e aviamento, entendendo-se como tal a aptidão que tem a empresa de produzir lucros.⁴

Postos os conceitos teóricos, faz-se necessário visualizar os bens materiais e imateriais que compõem o estabelecimento empresarial. Para tanto, utilizamos os exemplos concedidos por Waldo Fazzio Júnior, *in verbis*:

Imóveis: depósitos, edifícios, terrenos, armazéns, etc.;

- Móveis: utensílios, veículos, mobiliário, mercadorias, máquinas, etc.

Bens imateriais compreendem coisas incorpóreas, a saber:

- Sinais distintivos: nome empresarial; título do estabelecimento; as marcas de indústria, de comércio e de serviço;

- Os privilégios industriais, as patentes de invenção, os modelos e desenhos industriais;

- As obras literárias, artísticas ou científicas;

- O ponto e o direito a renovação judicial do contrato de locação;

- Os serviços de pessoal; e

- Clientela e sua proteção contra a concorrência desleal (2005, p. 98-99).

Apenas por meio de uma perícia realizada por contador é possível fixar o valor da indenização decorrente da diminuição ou cessação das atividades comerciais desempenhadas no bem parcial ou totalmente desapropriado.

3. O art. 1.142 do atual Código Civil, ao invés de utilizar a expressão consagrada “fundo de comércio”, adotou a palavra “estabelecimento”.

4. REsp. nº 704726/RS, nº 2004/0163648-0.

5 DA INDENIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Como restou acima destacado, em razão do mandamento constitucional fixado no art. 5º, inc. XXIV, da CF/1988, é dever do Poder Público expropriante recompor na medida exata o patrimônio do particular corrompido em razão da desapropriação.

Demais disto, além da indenização justa e prévia ao proprietário do imóvel, em razão da perda do imóvel expropriado total ou parcialmente, é dever do Poder Público expropriante, caso seja desempenhada no bem desapropriado uma atividade econômica, recompor o prejuízo sofrido pelo particular em razão da redução do negócio instalado ou do encerramento total da atividade econômica desenvolvida.

Com efeito,

a simples indenização do bem expropriado, desacompanhada das perdas e danos sofridos pelo proprietário (incluídos, nestes casos os danos emergentes e lucros cessantes), tornaria insuficiente o ressarcimento, representando tal fato visível descumprimento da norma constitucional que determina que seja justa a indenização (art. 5º, inc. XXIV, da CF) (SALLES, 2009, p. 452).

Como dano emergente (aquilo que se perdeu) ou lucros cessantes (o que se deixou de ganhar) poderá ser observado o prejuízo de um estabelecimento comercial em razão da perda de sua capacidade de atendimento, a exemplo da diminuição da área principal (prédio que funciona a empresa ou uma área secundária, por exemplo, um estacionamento) ou realização de obras para adaptação da atividade econômica à área não desapropriada.

Da mesma forma, com mais veemência, restará prejudicado o particular que teve sua atividade econômica totalmente prejudicada em razão de a desapropriação recair sobre todo o imóvel que servia como estabelecimento comercial. Da mesma forma, sofrerá prejuízo o particular que, em razão da desapropriação, instalou-se em outro prédio onde não se observa o mesmo movimento comercial.

Destaque-se que são devidos pela Administração Pública expropriante os valores necessários para a viabilização da montagem de um novo estabelecimento empresarial. Assim, poderá o Poder Público ser condenado a indenizar o detentor da atividade econômica em relação

as verbas para readaptação da atividade industrial e comercial, ou seja, as despesas de reemprego de capital desde que inequivocamente comprovadas na ação expropriatória (SALLES, 2009, p. 449).

Caso, todavia, reste comprovado que o empresário tenha obtido, no próximo lugar, nova e melhor localização, deverá ser determinado que apenas sejam pagas as despesas de mudança e as perdas das antigas instalações (SALLES, 2009, p. 448).

6 OS BENEFICIÁRIOS DA INDENIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Não se pode esquecer que a atividade econômica em determinado estabelecimento comercial pode ser desempenhada ou exercida pelo próprio proprietário do imóvel expropriado pelo Poder Público ou por um terceiro, detentor apenas da posse do bem desapropriado em razão de um contrato, por exemplo, de locação comercial ou arrendamento.

Ressalte-se que tanto o proprietário do imóvel expropriado como o terceiro, a exemplo de um locador, terão direito à devida indenização pelos prejuízos causados no exercício da atividade econômica desempenhada no imóvel desapropriado. O que difere da indenização paga pelo Estado ao proprietário ou ao terceiro será o fundamento jurídico do referido ressarcimento e a forma pela qual o particular buscará a recomposição dos recursos perdidos em razão da expropriação realizada pelo Poder Público.

6.1 Perda do estabelecimento comercial pleiteada pelo proprietário do bem expropriado

A indenização do proprietário do imóvel desapropriado que exerce uma atividade econômica no bem terá como fundamento legal o art. 31 do Dec.-Lei nº 3.365/1941, cujo teor estabelece que a recomposição do patrimônio do expropriado deverá ocorrer nos próprios autos da ação de desapropriação, em homenagem ao princípio da economia processual.

Neste sentido, já prolatou o eg. STJ, *in verbis*:

[...] 2. O entendimento firmado pelo Tribunal estadual encontra amparo na jurisprudência consolidada no âmbito da 1ª Seção desta Corte Superior no sentido de que é devida indenização ao expropriado correspondente aos danos ocasionados aos elementos que compõem o fundo de comércio pela desapropriação do imóvel. Precedentes: REsp. nº 1076124/RJ – Rel. Min. Eliana Calmon – DJe de 3.9.2009; AgRg/REsp.

nº 647660/SP – Rel. Min. Denise Arruda – DJ de 5.10.2006; REsp. nº 696929/SP – Rel. Min. Castro Meira – DJ de 3.10.2005. 3. Cumpre destacar que, na hipótese em análise, o detentor do fundo do comércio é o próprio proprietário do imóvel expropriado. Assim, a identidade de titularidade torna possível a indenização simultânea na desapropriação. Ademais, o processo ainda se encontra na fase inicial, o que permite seja apurado o valor de bens intangíveis, representados pelo fundo de comércio, na própria perícia a ser realizada para fixação do valor do imóvel, dispensando posterior liquidação de sentença [...] (AgRgREsp. nº 1199990/SP, AgRgREsp. nº 2010/0118499-2).

6.2 Perda do estabelecimento comercial pleiteada por terceiro

Diferentemente do que acima se destacou, onde se verifica o princípio da unicidade da indenização, poderá ocorrer que a atividade econômica exercida no imóvel expropriado pelo Poder Público é desempenhada por um terceiro desprovido da propriedade, a exemplo de um locador ou arrendatário. Nesta situação, inexistente identidade de titularidade da propriedade do imóvel expropriado com a do estabelecimento comercial, cuja existência perecerá em razão da desapropriação.

Quando assim ocorrer, não poderá a reparação do prejuízo ao estabelecimento comercial de terceiro ser pleiteada nos autos da ação de desapropriação em que se discute o valor da indenização do imóvel expropriado. Neste caso, terá a indenização do estabelecimento comercial arrimo no art. 37, § 6º, da CF/1988, devendo ser discutida no âmbito de uma ação própria, uma vez que reza o art. 26 do Dec.-Lei nº 3.365, de 21.6.1941, que “no valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluem os direitos de terceiros contra o expropriado”.

Sobre a questão, citem-se os ensinamentos de José Carlos de Moraes Salles, *in verbis*:

O locatário não possui direito real sobre coisa alheia, sendo, simplesmente, titular de um direito pessoal ou obrigacional com relação ao locador.

Não se beneficia, portanto, da sub-rogação prevista no art. 31 do Dec.-lei 3.365/1941, uma vez que seu direito não recai sobre o bem locado e expropriado.

Todavia, se atentarmos para os relevantes interesses que dizem respeito ao locatário, chegaremos à conclusão de que tais interesses não podem ficar de-

satendidos e desprotegidos, quando o imóvel locado vier a ser desapropriado.

O princípio da unicidade da indenização, acolhido pelo Dec.-lei 3.365/1941, não atende, como vimos, a situação do locatário. Entretanto, nem por isso seria admissível deixá-lo a descoberto, negando-se-lhe indenização pelos danos decorrentes de uma expropriação.

Por essa razão, embora seja vedado ao locatário propugnar por uma indenização no âmbito da ação expropriatória, a jurisprudência lhe tem reconhecido a possibilidade de se socorrer da ação direta para ressarcimento dos prejuízos que lhe tenham sido causados pela expropriação do bem locado (RT 565/246) (2009, p. 644).

Nesse sentido, já prolatou o eg. STJ, *in verbis*:

2. A jurisprudência do STJ também reconhece que a desapropriação de imóvel pode gerar ao locatário direito indenizatório atinente ao fundo de comércio. Precedentes: REsp. nº 696929/SP – Rel. Min. Castro Meira – 2ª Turma – j. em 16.8.2005 – DJ de 3.10.2005 – p. 208; AgRgAREsp. nº 154.737/SP – Rel. Min. Humberto Martins – 2ª Turma – j. em 4.9.2012 – DJe de 14.9.2012; AgRgREsp. nº 1199990/SP – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – 2ª Turma – j. em 19.4.2012 – DJe de 25.4.2012 [...].

3. Distinta é a hipótese em que a indenização pela perda do fundo de comércio é pleiteada por terceiro, locatário do imóvel expropriado, exigindo-se o ajuizamento de ação própria destinada à busca desse direito.

4. A indenização pela perda do fundo de comércio, apesar de devida, deverá ser apurada pela via própria, sujeitando-se o pagamento respectivo ao regime constitucionalmente imposto às dívidas da Fazenda Pública (art. 100 da CF/1988), salvo na hipótese em que o ente expropriante não detém tal prerrogativa, inexistindo previsão legal para se determinar o depósito de quantia provisoriamente apurada em laudo pericial e menos ainda para obstar a imissão na posse [...] (REsp. nº 1395221/SP – Rel. Min. Eliana Calmon – Órgão Julgador T2 – 2ª Turma – j. em 5.9.2013).

[...] 2. Na desapropriação de imóvel locado para fins comerciais, é garantido ao locatário o direito a indenização por perdas e danos (REsp. nº 696929/SP 2004/0147626-0).

6.2.1 A questão da indenização do fundo de comércio do locador quando o ajuste locatício vigorar por prazo indeterminado

Situação não pacificada é aquela na qual a desapropriação recai sobre imóvel locado cujo contrato locatício detém vigência por prazo indeterminado.

Melhor esclarecendo tal hipótese, ensina o Procurador do Estado André Luiz Nakamura, *in verbis*:

O contrato por prazo indeterminado, conforme preceito dos arts. 56 e 57 da Lei fed. nº 8.245/91, não tem direito a renovação compulsória, não havendo, assim, proteção integral ao fundo de comércio lá existente. Não havendo o direito à renovação, o contrato de locação pode ser rescindido (art. 56 da Lei 8.245/91). O locatário pode ser obrigado a se mudar a qualquer tempo, sem qualquer indenização, pelo proprietário do imóvel, e, conseqüentemente, não pode requerer indenização pela mudança de ponto em decorrência da desapropriação do imóvel. O proprietário não seria obrigado a indenizar o fundo de comércio para que fosse desalojado o locatário; o expropriante, do mesmo modo, não deve ser condenado por isso; decorre do princípio da igualdade e da vedação do enriquecimento sem causa, este não permite que, somente porque é o Estado que está causando a mudança do requerente, haja o deferimento de um direito que não existia anteriormente (2013, p. 129).

Nesse sentido, como bem lembra Débora de Carvalho Baptista, *in verbis*:

A questão remonta à Lei das Luvas e à garantia de renovação do contrato de locação assegurada ao comerciante. Aquele diploma legal garantia ao comerciante que estivesse estabelecido há mais de três anos no ramo a renovação do contrato de locação por prazo de, no mínimo, cinco anos. Desrespeitado tal direito pelo locador, a ação garantidora da renovação e a indenização eram os remédios escolhidos pelo legislador para reconstruir o direito lesado do locatário.

A jurisprudência abeberou-se fortemente nos parâmetros da Lei das Luvas para avaliar as indenizações para o estabelecimento comercial. Nos acórdãos proferidos anteriormente à atual lei das locações (Lei fed. n. 8.245 de 18 de outubro de 1991) os pleitos de indenização não fundados naquele diploma legal eram rejeitados:

“Desapropriação de imóvel locado.

Não sendo a locação regida pelo Decreto 24.150/34, não é devida, em decorrência de expropriação, indenização da perda de fundo de comércio” (STF/RE nº 88.013, rel. min. Moreira Alves, j. em 30.9.77) (2008, p. 197).

Desta feita, adotava o Judiciário o entendimento de que, nos contratos de locação por prazo indeterminado não celebrados, observando-se o teor vertido na Lei das Luvas, havia a possibilidade de o locador

retomar o imóvel por meio de uma denúncia vazia, circunstância que não impunha a necessidade de indenização ao locador, detendo a perda do ponto em razão da desapropriação o mesmo efeito (BAPTISTA, 2008, 1977).

Da mesma forma, ensina José Carlos Salles, *in verbis*:

O STF deixou claro que concederia essa indenização nos casos em que a locação fosse disciplinada por aquela lei ou nas hipóteses em que, mesmo não existindo contrato regulado pelo Dec. 24.150/1934, houvesse, entretanto, prazo contratual em vigor e, portanto, não esgotado (RTJ, 79/550 e 86/701). No caso específico examinado pelo Pretório Excelso (RTJ 79/550) A locação não era regida pela Lei das Luvas e o prazo contratual já havia sido ultrapassado (2009, p. 449).

Não obstante tal entendimento, como bem aponta Débora de Carvalho Baptista, as Cortes têm entendido que cabe indenização ao locatário, no que pese ser o contrato estipulado por prazo indeterminado, apontando o REsp. nº 1000/SP, prolatado pelo eg. STJ, cujo teor versa, *in verbis*:

Impertinente a assertiva de que o locador tem à disposição a denúncia vazia para retomar o imóvel. Esse é evidência, é um direito do locador, e não da expropriante.

[...]

Como são independentes as relações jurídicas estabelecidas entre o proprietário (locador) e o inquilino (locatário), como bens patrimoniais distintos, evidencia-se o direito à indenização por perdas e danos cau[s]ados por terceiros – aqui, a Administração Pública (REsp. nº 1000/SP – Rel. Min. Milton Pereira – j. em 19.5.1993).

Nesse sentido, acerca da necessidade de plena recomposição do patrimônio do locatário, independentemente da relação jurídica do locatário com o locador, ensina Simone de Oliveira Lara Marcondes Pereira, *in verbis*:

Em estando o imóvel expropriado locado para quem exerça nele a atividade empresária, o direito à indenização do inquilino atingido em seu estabelecimento deve ser perseguido em ação própria, pois a expropriação resolve a locação e não goza de direito real sobre o imóvel. A jurisprudência tem tendência de determinar o pagamento de indenização ao locatário titular de estabelecimento atingido indiretamente

pela desapropriação, embora apresente variações a respeito de dever estar o inquilino protegido pelo direito à renovação compulsória, nos termos dos artigos 51 e 71, Lei nº 8.245/91, ou não, bastando apenas existência de prazo contratual a cumprir. A melhor solução é a indenização do titular do estabelecimento em todas as situações, independente de estar ou não protegido pelo direito à renovação, pois a mudança de ponto lhe é imposta por decisão do poder público. Até ao comodatário do imóvel destinado à atividade empresária já se decidiu pela recomposição do estabelecimento, que deve ser a mais ampla possível. O não pagamento dos prejuízos causados ao titular do estabelecimento, considerados nestes a necessidade de angariar nova clientela e os custos com mudança, instalações, novos mecanismos para otimização de seu negócio etc., configura-se abuso de direito do poder expropriante. A reparação da lesividade por atos praticados pelo Estado, legítimos ou ilegítimos (v.g., caso de desapropriação indireta), deve ser a mais ampla possível para não afrontar o direito de propriedade (em sentido amplo) e a livre iniciativa do empresário (2014, p. 180).

Demais disso, a indenização devida não pode ser obstada em razão de eventual irregularidade do estabelecimento comercial prejudicado pela desapropriação perante a legislação edilícia. Neste sentido, já prolatou o eg. TJSP, *in verbis*:

Apelação cível. Indenização de fundo de comércio. Desapropriação. Ampliação da linha 5 do metrô paulistano. Ação proposta por locatária de imóvel comercial desapropriado, a fim de ver indenizado seu fundo de comércio. Irrelevante, para o deslinde da pretensão nestes autos deduzida, o fato de a empresa autora não ter alvará de funcionamento, pois dos autos se percebe que o fundo de comércio que aponta é realidade consolidada. Inclusive, a Municipalidade cobra desta taxa de fiscalização de estabelecimentos, o que chancela a legalidade de sua exploração comercial, a qual, por sinal, se desenvolve em movimentada e valorizada avenida da zona sul da capital. Parte autora que não pode ser punida em razão da desídia e demora da Municipalidade em expedir-lhe o competente alvará de funcionamento. Prematuro desfecho da causa ante a não apresentação pela parte autora do alvará de funcionamento que não se mantém, pois a falta de alvará de funcionamento não obsta a pretensão à indenização, sob pena de afronta a todo arcabouço desapropriatório em seus aspectos legal, principiológico e jurisprudencial. De se dar provimento (parcial) ao recurso, não para deferir a indenização do montante constante do parecer técnico de avaliação

econômico-financeira que a própria apelante trouxe aos autos, mas, sim, para anular a sentença, a fim de que os autos retomem seu curso natural e seja efetivamente realizada perícia contábil, a qual já fora inclusive determinada nos autos pelo r. Juízo originário. Laudo do *expert* oficial que irá apurar o montante indenizável relativo ao fundo de comércio. Estabelecendo, dessa forma e neste particular, o contraditório e a obrigatória e inafastável dialética processual. Recurso parcialmente provido (Ap. nº 0004846-52.2010.8.26.0053 – Rel. Ronaldo Andrade – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público – j. em 27.8.2013 – data de registro: 27.8.2013).

A fim de proteger os direitos do terceiro exercente de atividade econômica no bem desapropriado, haja vista a possibilidade de efetivo prejuízo trazida pela expropriação, imperioso se mostra o ingresso na ação de desapropriação como terceira interessada a fim de participar na produção de prova pericial para acompanhar a avaliação da perda do fundo de comércio da empresa instalada no imóvel.

Neste sentido, o TJSP já teve a oportunidade de prolatar, *in verbis*:

Agravo de instrumento. Desapropriação. Fundo de comércio. Ingresso na lide da agravante como terceira interessada. Possibilidade. Acompanhamento da avaliação da perda do fundo de comércio, tendo em vista a desapropriação conduzida pela agravada. Respeito à justa e prévia indenização, nos termos do art. 5º, inc. XXIV, da CF. Decisão reformada. Agravo provido (Agl. nº 21348105320158260000/SP 2134810-53.2015.8.26.0000 – Rel. Marrey Uint – j. em 20.10.2015 – 3ª Câmara de Direito Público – P. 24.10.2015).

Em caso de sublocação do imóvel, entende o TJSP que o direito de pleitear a indenização pela perda do estabelecimento comercial é do sublocatário, e não do locatário que sublocou o imóvel para aquele que se encontra sofrendo o prejuízo da redução ou extinção do seu negócio. Vejamos, *in verbis*:

1. Esta Corte já pacificou o entendimento de que a distribuidora de petróleo, legalmente impedida de comercializar diretamente seus produtos, que subloca totalmente o imóvel ao revendedor varejista, não possui legitimidade para propor ação renovatória da locação, diante do óbice do art. 51, § 1º, da Lei nº 8.245/1991 e da circunstância de que cabe ao sublocatário buscar a proteção ao fundo de comércio, por estar na posse do bem. 2. Recurso especial improvido

(STJ – REsp. nº 962818/PR – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. em 12.6.2007).

Ação de indenização. Distribuidora de combustíveis. Desapropriação. Fundo de comércio. Lucros cessantes. Inadmissibilidade. Não tem a autora direito à indenização pelo fundo de comércio ou por lucros cessantes, uma vez que a atividade de comercialização dos produtos distribuídos por ela é feito por empresa sublocatária do imóvel. Precedentes desta eg. Corte e do eg. STJ. Recurso desprovido (TJSP – AC nº 1022278-28.2014.8.26.0053 – Rel. Renato Delbianco – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público – j. em 28.4.2015 – data de registro: 30.4.2015).

7 CONCLUSÃO

Como restou aduzido, a realização de uma desapropriação de imóveis com o objetivo de viabilizar o atendimento de um interesse público pode acarretar a perda da propriedade do bem em prol da coletividade.

Demais disto, verificou-se que a desapropriação de bens pode gerar também um dano para o particular que exerce uma atividade econômica no bem desapropriado quando a intervenção na propriedade reduzir a capacidade de atendimento ou demandar o encerramento da atividade econômica lá desempenhada.

Quando tal prejuízo vier a se materializar, além de o proprietário ser indenizado pela perda da propriedade que incorporou no patrimônio público, deverá tal particular ser recompensado dos prejuízos comprovados na atividade econômica desempenhada no bem expropriado.

Sendo a atividade econômica desempenhada pelo próprio proprietário do bem expropriado, deverão os prejuízos comprovados ser indenizados no bojo do processo de desapropriação. Por sua vez, verificando-se que a atividade comercial, industrial e de prestação de serviço é explorada por terceiro, deverá o referido particular ingressar com uma ação de indenização, com o escopo de buscar a reparação de todos os prejuízos experimentados, danos emergentes e lucros cessantes.

Em ambas as situações, deve a indenização paga pelo Poder Público expropriante recompor, na integralidade, os prejuízos experimentados pelo titular do negócio parcial ou totalmente inviabilizado.

Assim ocorrendo, estarão as regras contidas no art. 5º, inc. IV, e no art. 37, § 6º, ambos da Constituição da República de 1988 sendo devidamente respeitadas, o que é necessário em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Débora de Carvalho. Regulação e poder de polícia: distinções juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício. *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NAKAMURA, André Luiz. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEREIRA, Simone de Oliveira Lara Marcondes. A proteção constitucional do estabelecimento empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, n. 1, 1º Semestre de 2014.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COMO REFERENCIAR ESTE ARTIGO:

PARZIALE, Aniello dos Reis. A indenização do estabelecimento comercial nas desapropriações. *BDM – Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, NDJ, ano 32, n. 9, p. 615-622, set. 2016.