

A INDEVIDA AUSÊNCIA DE INDENIZAÇÃO PRÉVIA PELA DESAPROPRIAÇÃO DO FUNDO DE COMERCIO DO LOCATÁRIO

Luiz Antônio S. Corrêa¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito de propriedade; 2 Estabelecimento empresarial; 2.1 Natureza jurídica do estabelecimento empresarial; 2.2. Aviamento; 2.3. Ponto comercial; 3. Intervenção do estado na propriedade; 3.1 Regime jurídico de direito administrativo, 3.2 Desapropriação; 3.3 Pressupostos da desapropriação; 4. Indenização pela perda do fundo de comercio; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo visa ao estudo do direito de propriedade que detêm o empresário locatário sobre o fundo de comércio e a partir deste ponto demonstrar que, nos casos de desapropriação de propriedade onde funciona fundo de comércio de locatário, a não indenização justa e prévia pela perda do fundo de comércio do locatário, é injusta e afronta os princípios regentes da ordem jurídica brasileira que emanam da Constituição Federal de 1988. Sendo afrontoso descumprimento de preceito fundamental a exigência de ação própria para reclamar a perda do fundo de comércio de imóvel alugado. Buscou-se desta forma estabelecer a relação entre o direito de propriedade tutelado constitucionalmente inerente também ao detentor do fundo de comércio que o explora em imóvel locado, visto que o direito de propriedade não se dá somente no plano material, corpóreo, mas também no plano imaterial, incorpóreo, o que justifica desta forma a tutela deste direito de propriedade do fundo de comércio que é um bem incorpóreo devendo, portanto haver o mesmo tratamento no que se refere ao processo e indenização por sua perda por via de desapropriação ordinária realizada pelo Poder Público, sob pena de inconstitucionalidade da decisão judicial.

PALAVRAS CHAVE: Desapropriação. Fundo de comércio. Ponto comercial. Indenização. Ação própria. Inconstitucionalidade.

THE UNDUE ABSENCE OF PRIOR INDEMNITY FOR THE DISAPPROPRIATION OF THE LESSEE'S COMMERCIAL FUND

ABSTRACT: The present article studies property rights held by an entrepreneur-renter over goodwill and, from this, aims to show that in cases of expropriation of property where this asset is located, a lack of prior and fair compensation for loss is unfair and infringes on principles of the Brazilian legal system stemming from the Federal Constitution of 1988. Requiring someone to file suit to claim damages for goodwill stemming from loss of a rented property is a blatant violation of fundamental precepts. As so, the paper establishes a relationship between property rights that are constitutionally guaranteed, which are also inherent to the holder of goodwill that uses leased property, since property rights do not consider only the material/corporeal sphere, but also the immaterial/incorporeal sphere. As so, this justifies the same legal protection, with equal treatment regarding procedure and damages for loss from expropriation carried out by the Public Administration, under penalty of an unconstitutional legal

KEYWORDS: Expropriation. Goodwill. Commercial point. Indemnity. own action. Unconstitutionality.

¹ Autor: Auditor de Controle Externo – Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA), Advogado Associado no Dias & Cardoso Advogados, Mestre em Direito Empresarial Econômico pela Pontifícia Universidad Católica Argentina (UCA), Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), www.diaslaw.com.br, luiz.santiago@diaslaw.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4149-2497>

INTRODUÇÃO

O direito à propriedade é um dos pilares do ordenamento capitalista ao lado do livre mercado e a livre contratação de mão-de-obra (Heilbroner e Thurow, 2001) e base de toda ordem econômica. Se apropriar de um bem é uma necessidade do ser humano, de tornar algo seu exercendo domínio e poder sobre a coisa para utilizar como bem lhe aprouver e assim satisfazer suas necessidades.

Tal direito que já teve um tratamento absoluto hoje vem sofrendo algumas mitigações. Atualmente não pode o proprietário de um bem dar toda e qualquer destinação a ele. Nem sequer se pode dizer que seu direito à propriedade será inatingível, podendo ver seu direito derogado por institutos juridicamente permitidos em nosso ordenamento como, por exemplo, a usucapião e a desapropriação.

O instituto da desapropriação proporciona ao Poder Público a possibilidade de adquirir compulsoriamente e de forma originária bens antes na mão dos particulares, sempre que se achar premido da necessidade de realizar o interesse público através do bem expropriado e seguindo os requisitos legais necessários. Tal medida constritiva em regra deve ser feita mediante justa e prévia indenização em dinheiro paga ao titular da propriedade.

Quase sempre, o preço ofertado e pago previamente pelo Poder Público é inferior ao que o proprietário acha justo ser pago pela perda da sua propriedade e caso ele não aceite este valor poderá discuti-lo na Ação de Desapropriação.

Contudo, não é só o valor do bem desapropriado afetado pela desapropriação. Vale lembrar que não é difícil que no imóvel esteja estabelecido um fundo de comércio e este se perderá também com a desapropriação. Ocorre que, diferentemente do valor do imóvel, a indenização pela perda do fundo de comércio não é feita de forma prévia e em dinheiro, a não ser que o proprietário do fundo de comércio também seja proprietário do imóvel, caso contrário, no caso de locatário comercial, só poderá discutir a indenização pela perda do fundo de comércio em ação própria e seu pagamento será feito na forma de precatório. Esta é a jurisprudência dominante atual, ainda que haja alguns precedentes em contrário.

Desta forma a situação do empresário ou sociedade empresária que utiliza o imóvel para articular o seu fundo de comércio e exercer a empresa se torna bastante delicada, deixando-os numa situação de insegurança.

Assim pretende-se discutir no presente trabalho se a desapropriação sem indenização prévia ao locatário comercial é justa e condizente com o direito de propriedade

constitucionalmente protegido.

Para isso este trabalho se utilizará de capítulos teóricos com análise doutrinárias dos institutos de direito civil (capítulo 1, com o tema direito de propriedade), direito empresarial (capítulo 2 com o tema estabelecimento comercial), direito administrativo e o processo de desapropriação (capítulo 3 com o tema de intervenção do estado na propriedade e capítulo 4 com o tema sobre a indenização pela perda do fundo de comércio desapropriado).

Durante o desenvolvimento optou-se por colacionar das mais relevantes e paradigmáticas jurisprudências dos principais Tribunais brasileiros para contextualizar sobre como o tema sobre a indenização do fundo de comércio já foi tratado. Para essa ilustração escolheu-se um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido oposto ao defendido neste trabalho e dois julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), um encampando o posicionamento do STJ e outro em sentido oposto, indo ao encontro do posicionamento defendido neste texto.

1. DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade é assegurado em nossa Constituição Federal e diz respeito tanto a bens imóveis quanto móveis, e a bens materiais ou imateriais. O acento constitucional impede intervenções não fundadas nas hipóteses constitucionalmente previstas.

Estabelecer um conceito unívoco a respeito da propriedade é tarefa praticamente impossível diante deste instituto que tem interpretação conforme o tempo e diante de diversas perspectivas sejam elas sociológicas, econômicas, políticas, jurídicas e até mesmo religiosas. Neste sentido vale lembrar a explanação de Caio Mario Pereira da Silva acerca deste tema, observa-se:

“Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas” (SILVA, 2012, p.67).

O instituto jurídico da propriedade possui origem no Direito Romano, onde era definido pelos direitos que dele decorriam: *ius utendi, fruendi et abutendi* – direito de usar, fruir e dispor (FIUZA, 2012, p. 835). No início desse período a propriedade detinha caráter místico e somente um cidadão romano poderia ser titular do direito de propriedade, bem

como somente o solo romano poderia ser objeto da propriedade² (PEREIRA, 2012, p. 68).

Entendia-se que tal direito se constituía como absoluto. Isto é que, que seu titular poderia dar a destinação que bem entendesse ao bem, como um direito natural do homem, pois seria da natureza humana se apropriar das coisas.

Essa ideia de que direito de propriedade é absoluto se protraí ao longo do tempo, como se vê no discurso de Don Juan Moriano, realizado em 1847 na Universidade de Madri, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Jurisprudência, o conceito que se tinha de propriedade à época: *“Demostrado que la propiedad resulta inmediatamente de la naturaleza humana, es evidente que no puede ser considerada como un derecho condicional ó hipotético, dependiente de actos particulares, tales como la ocupación, la especificación, la ley y la convención, sino por el contrario, como un derecho primitivo y absoluto.”* (MORIANO, 1847).

Hodiernamente, ainda que a par do conceito de propriedade trazido pelo Código Civil de 2002 (CC/2002) na norma do artigo 1.231 que diz *“A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”* assim não se entende tão à risca.

Isso porque, a partir da Constituição Federal de 1988 e do fenômeno jurídico da Constitucionalização do direito privado é preciso respeitar a função social da propriedade. Desta forma o caráter absoluto da propriedade (pleno), que ainda faz parte de suas características para grande parte da doutrina clássica, paradoxalmente já não é tão absoluto, pois é mitigado pelo princípio da função social. Neste sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4- 2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.) No mesmo sentido: MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.

Apesar de o termo função social ter ganhado maior vista da comunidade jurídica com Norberto Bobbio³, em sua obra *“Da estrutura à função”* a discussão sobre o assunto,

² Fiuza explica que a relação dos romanos com o solo se relacionava com o culto aos mortos daí porque somente o solo romano poderia adquirir a propriedade, em suas palavras *“Os romanos não acreditavam em céu. Os mortos continuavam vivendo, mas no mesmo território que haviam ocupado enquanto vivos. Daí a importância das terras familiares, solo sagrado em que se enterravam os ancestrais e se lhes prestavam culto. Estando vinculada a esses sentimentos, era lógico que só se concebesse a propriedade em solo romano.”* Ver em: FIUZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p.835

³ Da estrutura à função é uma obra influente para o Direito como um todo, tal obra difundiu com maior ênfase

quanto a propriedade, já era tratada antes dele, ainda que em fase “embrionária”. Mais uma vez, referindo-me ao discurso de doutorado de Don Juan Moriano (1847, p.8), assim que mesmo em sua época já existia uma preocupação em debater a questão. Veja-se:

Por consiguiente, aun cuando el derecho de propiedad sea absoluto, hay un principio mas alto, y en sus justos límites mas respetable que aquel derecho, cual es el de la libre coexistencia de los hombres, principio que opone una limitación al derecho de propiedad. Este principio no puede ser ejercitado por los demás hombres, sino por el Estado, que siendo la institución que debe desenvolver el derecho y suministrar condiciones de desarrollo á todos los que viven bajo su protección, es el único que legítima mente puede limitar el derecho de propiedad cuando sea perjudicial á los asociados y ataque su libre coexistencia. Así lo ha practicado con la abolición de los mayorazgos y la desamortización de bienes eclesiásticos. (Grifo nosso).

Percebe-se a passagem acima que apesar de não refutar o caráter absoluto da propriedade, mitiga-o ao opô-lo ao que o autor chama “princípio da livre coexistência dos homens” ao qual seria o único princípio acima do caráter absoluto que goza a propriedade. Assim, pode-se fazer uma interpretação sobre o dito princípio, e compará-lo à função social, pois a coexistência entre homens se dá pela socialidade, de sorte que, como se vê, já por meados do século XIX se discutia o exercício do direito de propriedade com responsabilidade e conforme um princípio social.

A função social da propriedade também tem acento constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Além do art. 5º, XXIII da CF/88, está prevista no título que trata da Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal no Art. 170, III, que se cita:

Art. 170”. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
III - função social da propriedade.

Entende-se no princípio da função social da propriedade que o direito a ser exercido não pode se dar à bel prazer do seu titular. Isto é, o proprietário ainda que tenha a sua disposição o direito de propriedade com todas as suas características inerentes, tais como: absoluta, exclusiva e perpétua, não poderá exercê-la se, contudo, desrespeite a coletividade. Esse ônus social se reveste de duplo viés.

O primeiro, na obrigação de não fazer, onde se reprime exercer o direito de propriedade causando danos ou qualquer externalidade negativa advinda do exercício desse direito. A segunda, na obrigação de fazer, pelo qual o titular do direito deve ser

a questão em torno da “função social do direito”. Ver em: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

obrigado a realizar manutenção, reparos ou melhorias na sua propriedade em correspondência com o melhor uso solidário do seu direito.

Dessa forma, apesar de a doutrina clássica revestir a propriedade de caráter absoluto, esta característica não subsiste quando confrontada com a função social que deve ser exercida, mitigando esta característica.

2. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL (FUNDO DE COMÉRCIO)

O Empresário seja ele Pessoa Natural (Empresário Individual) seja pessoa jurídica (Sociedade Empresária ou EIRELI) precisa utilizar de elementos que lhe permitam a circulação de bens e serviços. Tais elementos podem ser corpóreos e incorpóreos. Esses elementos que reunidos e organizados pelo empresário como instrumento de sua atuação constituem o fundo de comércio ou mais conhecido pela denominação estabelecimento comercial (ou estabelecimento empresarial, numa alusão mais contemporânea tendo visto que a teoria dos atos de comércio no Brasil já deixou de balizar este ramo do direito).

Neste sentido, lembrando a divergência de nomenclatura que o instituto pode ter, e ainda a sua origem, leciona Fran Martins:

No Brasil, pois, tem sido usada para significar o fundo de comércio, a expressão estabelecimento comercial. Assim cuidam do assunto Carvalho de Mendonça, que dá como sinônimo de estabelecimento comercial a expressão negócio comercial, empregada no Regulamento nº 738, de 25 de novembro de 1850, arts. 15 e 157, e pela Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, arts. 2º, nº 7, 78 e 157; Júlio Pires Ferreira e Waldemar Ferreira. Empregamos, contudo, a designação fundo de comércio pela generalização que vem tendo em todo o mundo e porque o Dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, que regula as condições e processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais – um dos elementos mais destacados do fundo do comércio, ou seja, a propriedade comercial – a ela fez referência especial, destacando que “o valor incorpóreo do fundo de comércio se integra em parte no valor do imóvel”. Tem, contudo a expressão por nós usada o mesmo significado de estabelecimento comercial, preferida pelos autores citados. (2014, p. 368-369).

Segundo Oscar Barreto Filho (1988, p. 75), o estabelecimento comercial “é o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil.

Seguindo esta linha, o legislador resolveu conceituar legalmente o estabelecimento no CC/02, fato este que não acontecia no seu antecessor, CC/16. Assim, veja: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”.

Assim, não se deve confundir o estabelecimento, com o local físico onde o Empresário exerce sua atividade. Este mais restrito é apenas componente, daquele, mais

amplo. Assim, o estabelecimento é composto também de diversos outros bens, além do local físico onde se estabelece, maquinário, produtos (elementos corpóreos) e ainda, nome empresarial, marca, patente, ponto comercial (elementos incorpóreos).

Vale, portanto, ressaltar que, Empresário (pessoa) não se confunde com Estabelecimento (objeto) que por sua vez não se confunde com Empresa (atividade).

Assim, pode-se dizer que dentro desse complexo de bens que compõe o estabelecimento empresarial, cada bem tem o seu valor próprio e que somados compõe todo esse complexo patrimonial necessário ao exercício da atividade, onde todo e qualquer empresário terá um estabelecimento empresarial. Neste sentido disserta Fran Martins:

384. Composição do Fundo de Comércio – Integram o fundo de comércio elementos incorpóreos e corpóreos, utilizados pelos comerciantes nas suas atividades. Cada um desses elementos possui valor próprio, que se reflete no patrimônio do comerciante. Servem eles à exploração comercial e podem alguns deixar de existir em determinados ramos de negócio. Contudo, cada comerciante possui um fundo de comércio, ou seja, o meio utilizado para exercer as suas atividades, adquirindo esse meio um valor patrimonial. (2014, p. 370).

Logo, não há possibilidade de um Empresário, Sociedade Empresária ou EIRELI exercerem a empresa sem a organização de um estabelecimento para tal, seja ele mais modesto, seja ele mais vultoso. Ainda que a atividade esteja voltada para o e-commerce, terá ele que reunir o mínimo de equipamentos para poder realizar seu objeto

2.1. NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Várias são as teorias que tentam estabelecer a natureza jurídica do estabelecimento empresarial. Há até aquela que diga que a natureza jurídica do estabelecimento empresarial é de Pessoa Jurídica Autônoma. Contudo, esta última não merece prosperar em nosso ordenamento.

No ordenamento jurídico brasileiro duas teorias se destacam, ambas vindas de um tronco comum, denominado de Teoria Universalista, na qual consideram o fundo de comércio uma universalidade de bens. Dentro da teoria universalista, duas subteorias se repartem; uma que considera o estabelecimento empresarial como uma universalidade de direito, ou seja, para ela seria uma universalidade de bens por força de lei, assim como a massa falida ou o espólio; e outra que considera uma universalidade de fato, com destinação volitiva.

Dentro da teoria universalista, prevalece majoritariamente no Brasil, a teoria pela qual considera o fundo de comércio como uma universalidade de fato. Isto é, a reunião desse complexo de bens é determinada pela vontade de alguém, no caso, do empresário.

Assim a natureza jurídica do estabelecimento empresarial estaria albergada no art. 90 do CC/02, que se cita: “Art. 90. *Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.*”. Neste sentido Waldírio Bulgarelli encampa a teoria ao citar Sylvio Marcondes, como se vê:

Esse complexo nascido da aglutinação de bens de vários tipos e de natureza diversa é considerado juridicamente como universalidade de fato, que para Sylvio Marcondes é um conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais, formado pela vontade do sujeito, para uma destinação unitária, distinta, portanto, da universalidade de direito, que para o mesmo autor, é um complexo de relações jurídicas ativas e passivas, formado por força da lei para unificação das mesmas relações, distinguindo-se ambas pelo traço distintivo essencial de que a universalidade de direito (*universitas juris*) é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universalidade de fato (*universitas fact*) é um conjunto de objetos de direito (BULGARELLI, 1990, p. 52).

Desta forma, o estabelecimento empresarial, ainda que com alguma divergência na doutrina, é uma universalidade de fato enquanto o complexo de bens reunidos pelo empresário, autônomos, organizado para consecução da atividade empresária. E ainda, do mesmo jeito são autônomos isoladamente cada bem, e podem ser objeto de relação jurídica própria em separado da universalidade de fato que compõe, como por exemplo, a venda de um maquinário, móvel, etc.

2.2. AVIAMENTO

O Aviamiento (*Goodwill ou Goodwill of Trade*), antes considerado como elemento do estabelecimento, hoje é considerado, de maneira mais adequada, como seu atributo. Lembra Bulgarelli (1990, p.61) que “o aviamento tem importância fundamental, pois que não se há de perder o sobrevalor que ele representa para aquele complexo de bens”.

Isto porque essa universalidade de bens, esse complexo unitário organizado pelo empresário, tem um sobrevalor maior reunido do que teria cada bem separadamente em uma possível venda. É, portanto este sobrevalor que se denomina de aviamento, que nada mais e do que a capacidade do estabelecimento de produzir lucro.

Nessa linha, nos dizeres de Oscar Barreto Filho (1988, p. 169): “O aviamento é, portanto, o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão para produzir lucros”.

Portanto, não se trata de objeto propriamente, mas do valor que se agrega ao complexo de bens. Assim, a capacidade de atração que o estabelecimento tem de atrair clientela ou freguesia é primordial para estabelecer esse sobrevalor. Neste caso, se trata de um fator objetivo, ligado à capacidade do próprio estabelecimento. Neste sentido afirma Tarcísio Teixeira:

O aviamento objetivo que ocorre em razão da localização do estabelecimento pode ter como exemplo o caso de uma lanchonete em um colégio ou uma floricultura em frente de um cemitério. Nesse caso, o cliente compra porque não tem outro lugar próximo; ou então porque está com pressa. Assim o fator extrínseco, localização, é o maior fator de lucratividade. (2016, p.67)

No entanto, o aviamento não é somente composto por este elemento objetivo (ligado ao estabelecimento). Não se olvide o conceito de Oscar Barreto Filho, já citado, onde ele afirma que fatores pessoais também influem no aviamento. Neste sentido o aviamento subjetivo nada mais é do que a capacidade pessoal de quem exerce a empresa de atrair clientela e gerar lucro. Assim quanto maior o prestígio e expertise do titular da empresa, maior será seu aviamento subjetivo.

A doutrina difere clientela de freguesia, a primeira estaria se referindo à fidelidade daqueles que frequentam o estabelecimento, enquanto segunda diz respeito à ida ao estabelecimento por eventualidade, dentro em vista a posição geográfica dele.

Desta forma se pode concluir que essa capacidade objetiva e subjetiva de atração de lucro é que determina o valor do aviamento, ser maior ou menor. Assim, se determinado Empresário pretende alienar (trespassar) seu estabelecimento, o aviamento é que determinará o valor de venda. Neste sentido vale a lição de Suhel Júnior, Assim, cita-se:

Ora, quando se adquire um estabelecimento, está-se adquirindo muito mais do que os valores dos bens que o compõe, mas, também, a credibilidade que o empresário adquiriu no mercado, a carteira de clientes e fregueses que por ventura frequentam o local, os fatores de produção todos já articulados e com um bom desenvolvimento, entre outros aspectos importantes. (2015, p. 97).

De sorte, não restar dúvidas que o aviamento é um atributo, um adjetivo que detém o estabelecimento, e não um elemento que o forma.

2.3. PONTO COMERCIAL

O elemento mais importante que compõe o estabelecimento é o ponto comercial, ou mais modernamente ponto do negócio, retirando a denominação que faz referência à teoria dos atos de comércio. Contudo, como é tradicional e ainda comum na doutrina, optou-se no presente trabalho por manter a denominação clássica de ponto comercial.

Ponto comercial é elemento imaterial que compõe o estabelecimento. Isto é, incorpóreo, intangível. Trata-se do local onde o empresário exerce sua atividade fincando neste seu estabelecimento. Fábio Ulhôa (2013, p. 133) define ponto comercial como “o local em que o empresário se estabelece. É um dos fatores decisivos para o sucesso do seu empreendimento. Por essa razão, o interesse voltado à permanência no ponto é prestigiado pelo direito.”

Portanto, ponto comercial é um endereço onde o empresário se estabelece e nele exerce sua atividade. Hodiernamente com o crescimento do e-commerce e do crescente avanço de internet, lembra Santa Cruz Ramos (2013, p.114) que não se pode mais visualizar tão somente o ponto como um local físico, mas também como uma existência virtual, no caso de um *site de internet*.

É certo que este elemento, sobretudo o ponto comercial físico, é elemento de maior importância no estabelecimento. E é por esta importância, por ser este elemento fator decisivo no sucesso do exercício da empresa que se assegura a sua proteção jurídica.

É óbvio que, se um empresário a custo de anos de trabalho, esforço e investimento consegue estabelecer um valor (aviamento), seja objetivo ou subjetivo, inerente ao seu negócio, naquele local (ponto) qualquer possibilidade de mudança trará prejuízos, seja pelo custo de dinheiro e tempo para mudar o ponto comercial, a suspensão das atividades durante este tempo, e o maior, a perda de faturamento por conta desta mudança, que poderá trazer perda de freguesia e até mesmo de clientela.

Assim, o ordenamento jurídico estabelece uma proteção ao ponto comercial nos casos deste ser localizado em imóvel do qual o empresário não é proprietário, mas locatário. Trata-se do direito de inerência ao ponto comercial, pelo qual poderá o empresário locatário, obter o direito de continuar exercendo sua atividade no ponto locado, ainda que o locador não queira renovar o aluguel, ressalvadas algumas exceções (Lei nº 8.245/91, art. 51).

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Por conseguinte, ante a relevância da temática abordada no presente artigo, importa tratar de questões jurídicas relacionadas a intervenção do Estado na propriedade, de modo a evidenciar as limitações do Poder do Estatal no Direito de Propriedade.

Assim sendo, no presente tópico, de modo a aprofundar o estudo científico do objeto deste trabalho, abordar-se-á aspectos elementares quanto ao regime jurídico administrativo correlato ao tema, com especial ênfase na constituição do instituto da desapropriação, suas limitações e seus pressupostos jurídicos para o regular uso do direito.

3.1. REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Para realizar as finalidades e assim atender o interesse público, muitas vezes o

Estado precisa de certa ingerência na esfera individual do particular. Isto é, normalmente, para cumprir a finalidade pública o Estado necessita conformar comportamentos privados.

Tais prerrogativas tem como fundamento, segundo a doutrina tradicional do Direito Administrativo, o princípio da Supremacia do Interesse Público.

Muito embora este princípio esteja submetido a diversas críticas, seja pelo seu não enquadramento na teoria moderna dos princípios, seja pela suposta sobreposição à princípios individuais legítimos presentes na CF/88⁴, é, ainda, reverenciado como fundamento das prerrogativas do poder Público.

Sem embargo, não se vive em um Estado Absolutista, mas sim em um Estado Democrático de Direito, e, portanto, toda a ação estatal deve levar em consideração a lei e o direito. Isto é, todo o arcabouço principiológico e normativo que funda o ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, encontra-se o segundo pilar que rege o Regime Administrativo, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Enquanto a Supremacia forneceria prerrogativas, a Indisponibilidade estabelecerá os limites de atuação, isto porque a Administração Pública apenas gerencia interesse alheio, o interesse é, portanto, público.

Cumpra ressaltar que a doutrina clássica divide o Interesse Público em: Interesse Público Primário e Interesse Público Secundário. Conquanto ao primeiro, tem-se o verdadeiro interesse público a ser perseguido pela Administração Pública sobre o manto da supremacia, pois nele reside as atividades típicas e essências de Estado, tais como: fomento, intervenção, poder de polícia, serviços públicos e regulação.

Em relação ao interesse público secundário, explica-se que são apenas interesses que todos nós teríamos, interesses que se aproximam mais ao privado que ao público, sendo, portanto, de cunho patrimonial e, desta forma, não teriam prerrogativa sobre o interesse particular, pois o no mesmo patamar.

Certo que, tal classificação, assim como a definição do princípio da Supremacia do Interesse Público, não está imune a críticas, já que de difícil objetividade e definição no mundo dos fatos e de formulação jurídica incongruente pois repisa uma suposta superioridade entre direitos públicos e privados. No entanto, o objetivo neste trabalho é outro, deixando estes problemas principiológicos e conceituais que vem passando o Direito

⁴ Ver em: AVILA, Humberto. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. Salvador: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, nº 11. 2007; e BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

Administrativo para outra oportunidade.

Assim sendo, pode-se dizer que, com as ressalvas e críticas aventadas, o Regime Administrativo é tradicionalmente descrito como o complexo de princípios e regras que permitem o atuar imperativo da Administração Pública, fundado principalmente nos princípios da Supremacia Do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público, e dos demais que deles decorrem expressos ou implícitos no ordenamento jurídico, o que lhe permitiria o atuar imperativo.

3.2. DESAPROPRIAÇÃO

Por meio da desapropriação o Estado retira do patrimônio do particular e o integra ao patrimônio público de forma originária, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Para a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 153) o instituto é: *O procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.*

Essa aquisição é tida como originária pelo fato de que ao entrar no patrimônio da Administração Pública, o bem fica livre de todo e qualquer ônus real que porventura o onerasse. Assim, se acaso houvesse um ônus real de hipoteca, por exemplo, este ficaria sub-rogado no valor da indenização paga ao desapropriado. Desta forma, os credores deste receberão o valor referente à hipoteca retirado da indenização paga pelo ente expropriante.

Ademais, não se trata de negócio jurídico, não há em verdade uma “transferência propriamente dita” do bem do particular para a Administração Pública, mas sim a retirada do bem que se acresce ao patrimônio público originariamente. Logo não poderá o particular requerer, em regra, eventual restituição do bem para o seu patrimônio, no máximo podendo discutir o valor recebido.

Outrossim, a desapropriação quando não sancionatória ou expropriatória, deve ser paga em dinheiro, previamente à imissão na posse pelo Poder Público.

Por ser forma mais agressiva de intervenção na propriedade alheia, é que se faz necessária a exigência de atendimento ao devido processo legal para que não se configure uma desapropriação indireta e respeito aos pressupostos constitucionais que a fundamentam (utilidade pública, necessidade pública ou interesse social), sob pena de tredestinação (desvio de finalidade) e antijuridicidade da intervenção. Sendo, portanto,

medida excepcional.

3.3. OBJETO DA DESAPROPRIAÇÃO

Podem ser objetos de desapropriação os bens móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis, públicos ou privados. No caso de desapropriação de bens públicos só poderá ser feito por meio de um ente da federação de maior envergadura federativa para o ente menor. No caso, portanto a União poderia desapropriar bens dos Estados, e Municípios e os Estados poderiam desapropriar dos seus Municípios, desde que autorizados pelo poder legislativo, conforme leciona a norma do art. 2º, §2º, do Decreto Lei nº 3.365/41.

De modo que, como afirma Rafael Oliveira (2013, p.551) “*todo e qualquer bem ou direito que possua valoração econômica pode ser desapropriado pelo Poder Público (art. 2º do Decreto-lei 3.365/41. Inclusive ação de sociedades empresaria*”⁵Lembra Rafael Oliveira que “Todavia, a desapropriação de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições, que dependam de autorização da União para funcionarem e se subordinam à sua fiscalização, depende necessariamente de prévia autorização, por Decreto do Presidente da República.”.

Neste sentido vale o teor da Súmula 476 do STF: “Desapropriadas as ações de uma sociedade, o poder desapropriante, imitado na posse, pode exercer, desde logo, todos os direitos inerentes aos respectivos títulos”.

Contudo, o Poder Público não pode exercer este poder expropriante sobre todo e qualquer bem de conteúdo econômico indiscriminadamente. É necessário o respeito à certos limites com base nos princípios constitucionais. Por exemplo, a compra de bens de fácil aquisição encontrados no mercado, que não possuem especialidade e nem são de difícil aquisição como material de expediente, mesas, cadeiras, equipamentos de informáticas. Tais bens podem ser adquiridos por meio de licitação pública e não justificam a sua desapropriação. Não figurando medida razoável impingir esta drástica intervenção no patrimônio do particular.

Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Mello (1973, p. 515) informa que também não é possível a desapropriação de direitos personalíssimos tais como a honra, intimidade, liberdade, entre outros. Tal vedação se figura lógica pelo fato de os direitos

⁵ Lembra Rafael Oliveira que “Todavia, a desapropriação de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições, que dependam de autorização da União para funcionarem e se subordinam à sua fiscalização, depende necessariamente de prévia autorização, por Decreto do Presidente da República”. Ver em: CARVALHO OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método. 2013. p. 552.

personalíssimos não possuem conteúdo econômico, mas serem dotados de conteúdo existencial, tendo como características a irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, etc.

Ainda existem outros bens pelos quais não pode recair a desapropriação, sejam eles por impossibilidade material, onde se pode enquadrar os direitos personalíssimos já mencionados, a moeda corrente, pessoas naturais ou jurídicas, pois o ordenamento não permite a apropriação de pessoas, etc. E ainda a impossibilidade de desapropriação por vedação legal, como no caso positivado no art. 185, I e II da CF/88, pelo qual não se pode desapropriar de forma sancionatória, a pequena gleba rural da qual o proprietário não possua outro imóvel rural, e ainda da propriedade rural produtiva (DE OLIVEIRA, 2013, p. 552).

4. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DO FUNDO DE COMÉRCIO DESAPROPRIADO

Quando ocorre a desapropriação de determinado imóvel, como já visto em capítulo anterior, a regra é que o proprietário receba previamente a indenização em dinheiro pela perda de sua propriedade. A indenização que deve ser o justo valor pela perda deste direito constitucional tutelado.

Quanto à questão que se levanta, sobre a perda do fundo de comércio que se mantém no imóvel desapropriado, caso ele seja também do proprietário do imóvel, nenhum problema se extraí, a indenização será feita dentro do processo expropriatório, e será prévia, levando em conta o valor do fundo de comércio agregado ao valor do imóvel. O problema surge no caso do fundo de comércio ser explorado em imóvel alugado. Como se vê no julgado do STJ abaixo:

(...) O valor a ser pago na desapropriação deve corresponder real e efetivamente ao do bem expropriado, de modo a garantir a justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, motivo pelo qual deve ser incluída a quantia correspondente ao fundo de comércio. 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/88), 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 1395221 / SP; Rel. Min. ELIANA CALMON; DJe 17/09/2013).

Como se vê, no mesmo julgado se distingue algo que não deveria ser distinto já que, “onde há a mesma razão, há o mesmo direito”, tratando o direito de propriedade de forma diferente diante do mesmo fato jurídico, a desapropriação. Posição essa ainda vigente no

STJ (AREsp 1843218 2021/0048605-3.) mas até o momento não decidida em sede de Repercussão Geral.

Seguindo esse posicionamento, o TJ/SP decidiu:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL DESAPROPRIAÇÃO INQUILINO FUNDO DE COMÉRCIO TERCEIRO QUE DEVE BUSCAR INDENIZAÇÃO POR AÇÃO DIRETA. **A indenização de terceiro com base em direito pessoal não se dá no bojo da ação de desapropriação, mas por meio de ação própria.** Indenização por fundo de comércio. Matéria passível de discussão por ação direta. Decisão reformada. Recurso provido.

(TJ-SP - AI: 21888294320148260000 SP 2188829-43.2014.8.26.0000, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 03/12/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/12/2014)

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação – Imóvel no qual locatário possui estabelecimento empresarial – Decisão judicial que defere o ingresso do locatário no processo, para defender pretensão indenizatória referente ao seu fundo de comércio – Determinação de avaliação judicial prévia do fundo de comércio e suspensão do juízo acerca da imissão na posse – Inadmissibilidade – **Pretensão que deve ser deduzida por via autônoma – Ilegitimidade passiva para ação de desapropriação – Afastamento de vinculação entre a demanda indenizatória do fundo de comércio da locatária do imóvel e figuras típicas da ação de desapropriação, como a avaliação judicial prévia e a imissão na posse.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, com determinações. 1. A pretensão indenizatória de locatário possuidor de estabelecimento empresarial em imóvel objeto de desapropriação deve ser deduzida por via autônoma e não no bojo da ação de desapropriação. 2. O locatário possuidor de estabelecimento empresarial em imóvel objeto de desapropriação é parte ilegítima na ação desapropriatória. 3. É inviável a vinculação de figuras típicas da ação de desapropriação, como a avaliação judicial prévia e a imissão na posse, com a demanda indenizatória do locatário titular de fundo de comércio no imóvel desapropriado.

(TJ-SP - AI: 21040104220158260000 SP 2104010-42.2015.8.26.0000, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 04/08/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/08/2015).

Contudo, o mesmo tribunal, já havia decidido em sentido oposto, anteriormente a decisão do STJ acima mencionada, admitindo a indenização do fundo de comércio de terceiro na desapropriação no bojo da ação de desapropriação, como se vê:

EMENTA INDENIZAÇÃO. Fundo de Comércio Empresa locatária de imóvel desapropriado Pretensão ao levantamento de 80% ou 60% do depósito do valor da avaliação prévia e à dispensa dos requisitos do artigo 34 do Decreto-lei 3.365/41 Possibilidade Descabimento da aplicação da Lei das Desapropriações Exigências do artigo 34 que se mostram incompatíveis com a natureza da ação proposta. O levantamento do depósito com fundamento deve ser analisado sob o prisma da antecipação da tutela jurisdicional (artigo 273 do CPC) Presença do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora' Liberação de 40% do valor depositado para viabilizar a continuidade da atividade empresarial. Levantamento condicionado à demonstração de regularidade da atividade exercida. Recurso parcialmente provido. 0191695-29.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento Relator(a): Reinaldo Miluzzi Comarca: São Paulo Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público Data do

Neste caso acima citado, o locatário foi autorizado a levantar prévia indenização pela perda de fundo de comércio em imóvel locado.

Desta forma, a posição prevalecente atual revela tratamento diferente, anti-isonômico, com a não prévia indenização ao direito de propriedade imaterial do proprietário do fundo de comércio que se estabelece em imóvel locado, o que por si só já desrespeita preceito fundamental, pois se trata de direito fundamental constante no art. 5º da CF, impondo ao locatário expropriado o recebimento de sua indenização por meio do regime de precatórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos o direito de propriedade, não se dá apenas para aqueles que possuem domínio pleno de bens móveis ou imóveis. É também constitucionalmente protegido o direito de propriedade sobre bens imateriais, infungíveis, incorpóreos como o fundo de comércio.

O fundo de comércio é inclusive protegido pelo legislador infraconstitucional, dada sua importância, fundado em princípios constitucionais como a livre iniciativa e o próprio direito de propriedade constante no art. 5º caput da CF.

Se o direito de propriedade do fundo de comércio é protegido pela recusa de renovação do contrato de locação de comercial, atendido determinados critérios legais, algo menos drástico que a desapropriação, não poderia o judiciário fazer interpretação restritiva quanto a proteção de direito fundamental, devendo também proteger a propriedade imaterial, dando ao empresário locatário a justa e prévia indenização pela perda do fundo de comércio. Ora se esta indenização é garantida para aquele que comunga da propriedade imóvel e também titula no próprio imóvel o fundo de comércio, por que para o locatário não poderia haver tal proteção? Esta decisão não se adequa com sistema de proteção de direitos fundamentais previsto na CF/88 que expressamente protege a propriedade, não fazendo ressalvas se móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea.

Muito embora não sendo todos os atributos do fundo de comércio afetados de forma absoluta pela desapropriação, o ponto comercial físico o é, pois ele é perdido com a desapropriação. E com ele se esvai todo o aviamento objetivo. Isto é, toda a freguesia e clientela que ele atraía naquela localidade, no exercício de sua empresa, causando prejuízo imediato ao empresário.

Portanto, pode-se dizer que, a par de todo o complexo de bens que forma o fundo

de comércio, parte deles não são desapropriados, mas a parte que compõe o elemento ponto comercial o é. Assim, a não indenização justa e prévia, pelo menos quanto a este perdimento se mostra deveras injusta e incompatível com a Constituição Federal, trazendo prejuízos que inclusive podem levar o empresário a falência.

Cumprido ressaltar ainda que, o exercício da empresa pelo locatário, explorando seu estabelecimento em determinado imóvel, provavelmente traz valorização ao bem. Isto é, o imóvel se beneficia do exercício da empresa no local, tendo uma valorização imobiliária acima do que teria pelos fatores normais de mercado imobiliário. De forma que, paradoxalmente, o proprietário do imóvel recebe previamente indenização maior do que teria, pelo exercício da empresa daquele que não terá indenização prévia. O que extrapola a razoabilidade e isonomia de tratamento.

Neste sentido é salutar, portanto, as decisões divergentes daquelas que exigem ação autônoma para garantir uma indenização. Uma indenização por ação autônoma poderá levar anos para ser levantada já que submetida ao regime de pagamentos por meio da cronologia de precatórios.

Ainda que a indenização prévia possa normalmente ser subavaliada em relação a um valor possivelmente adequado, é um valor prévio que serve para reparar algum prejuízo pela perda da clientela, logística, e potencial de lucro que se construiu na exploração do estabelecimento locado.

Bem verdade, é que tal discriminação entre locador e empresário locatário traz, além de injustiça pelas decisões judiciais, infrações diretas a preceitos fundamentais. Afronta a isonomia, a livre iniciativa, o direito de propriedade, entre tantos outros princípios constitucionais.

Sendo assim, necessária a mudança de entendimento da jurisprudência ainda vigente em seguimento ao posicionamento atual do STJ, que muito embora não tenha tratado o tema por meio de repercussão geral, influencia a jurisprudência nacional dos demais Tribunais Estaduais e Federais. O que se faz necessário é, portanto, garantir a isonomia, o direito de propriedade e a livre iniciativa, e desta forma, aquele que exerce sua empresa em imóvel locado a ser desapropriado, poderá receber a justa e prévia indenização pela perda do fundo de comércio nos mesmos moldes de justiça que o locador receberá.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público**

sobre o particular". Salvador: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, nº 11. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade**: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comercio ou fazenda mercantil. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BULGARELLI, Waldírio. **contratos mercantis**. 5ªed. São Paulo: Atlas, 1990.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial.v.2**. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

MELLO, Celso. Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, v. 111, p. 511-529, 24 out. 1973.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORIANO, DON JUAN. **Discurso sobre el origen del derecho de propiedad, pronunciado en la Universidad de Madrid, el dia en que se le confirió el grado de Doctor en Jurisprudencia**. Madrid: Establecimiento Tipográfico-Literario, Universal La Ilustración, 1847.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. contratos**. v.III, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Direitos Reais**. 21 ed. Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Ed., São Paulo:

Atlas, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

SARHAN JÚNIOR, Suhel. **Direito empresarial manual teórico e prático**. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THUROW, Lester e HEILBRONER, Robert L. **Entenda a economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.