

## EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 11.ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

**ESTADO DO RIO DE JANEIRO (PG-3)**, nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA que lhe é movida por STAR ONE S/A., vem apresentar sua

### CONTESTAÇÃO

pelas razões adiante expostas, confiando seja o feito extinto por litispendência ou, caso se adentre no mérito, sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a Autora nos ônus da sucumbência.

### LITISPENDÊNCIA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Preliminarmente, destaca o Estado haver litispendência e litigância de má-fé.

Conforme documento anexo 1, em 03 de agosto de 2009 a Autora impetrou mandado de segurança atacando ato de S. Exa. o Secretário de Estado de Fazenda que restabeleceu o mesmo auto de infração n.º 03.019233-0 objeto desta ação anulatória.

Indeferida a liminar naquele feito, a Autora ajuizou ação anulatória em 09 de setembro, sem haver desistido do mandado de segurança.

Na decisão de fls., esse juízo não acatou a alegação de litispendência nos seguintes termos:

De acordo com a petição do ilustre Procurador do Estado, entendo que a questão ventilada nos autos do writ é o Recurso Hierárquico. Para a configuração da litispendência, o Código de Processo Civil impõe a exigência da tríple identidade: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido (art. 301, § 2º). Não há falar em litispendência quando os pedidos são diversos. Proceda o Cartório a juntada da petição faltante.

Esse entendimento destoa da habitual felicidade com que costuma se haver esse Juízo, vez que adota conceito de litispendência diverso daquele da melhor doutrina e Jurisprudência.

Cândido Rangel Dinamarco, em sua festejada obra *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, bem aponta que

A chamada teoria dos três *eadem* (mesmas partes, mesma *causa petendi*, mesmo *petitum*), conquanto muito prestigiosa e realmente útil, não é suficiente em si mesma para delimitar com precisão o âmbito de incidência do impedimento causado

pela litispendência. Considerado o objetivo do instituto (evitar o *bis in idem*), o que importa é *evitar dois processos instaurados com o fim de produzir o mesmo resultado prático*. Por isso, impõe-se a extinção do segundo processo sempre que o mesmo resultado seja postulado pelos mesmos sujeitos, ainda que em posições invertidas [...].

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002: 2.<sup>a</sup> ed., pp. 62-63 – negrito nosso, demais grifos do original)

Não é outro, aliás, o entendimento do STJ. Neste sentido, decidiu a 2.<sup>a</sup> Turma em 16 de abril último, em acórdão da relatoria do Min. Herman Benjamin, por unanimidade:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA E MANDADO DE SEGURANÇA. LITISPENDÊNCIA RECONHECIDA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. MATÉRIA DE DIREITO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE DA CDA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Configura litispendência o ajuizamento de Ação Declaratória que contém as mesmas partes, pedido e causa de pedir constantes de Mandado de Segurança anteriormente impetrado, sendo irrelevante a circunstância de as demandas possuírem ritos diversos. Precedentes do STJ.

VOTO O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): A irresignação não merece ser acolhida.

Como bem anotado na decisão agravada, configura litispendência o ajuizamento de duas demandas contendo os mesmos pedido e causa de pedir e identidade de partes. Logo, o fato de possuírem as ações ritos diversos, quais sejam Mandado de Segurança e Ação Declaratória, é desimportante para o deslinde da questão, porquanto a *ratio essendi* da litispendência é a parte não promover duas demandas que conduzam ao mesmo resultado.

(STJ, 2.<sup>a</sup> Turma, RESP 761.671-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, unânime).

No mesmo sentido decidiu também a mesma 2.<sup>a</sup> Turma, por unanimidade, no RESP 119.314, da relatoria do Min. João Noronha.

Não é outro o entendimento da 1.<sup>a</sup> Turma do STJ, como se vê no EDcl no AgRg na Medida Cautelar 5.281, relator Min. Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. LITISPENDÊNCIA CONFIGURADA. EXTINÇÃO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC.

2. Nas lides pendentes, se além da identidade de partes e de *causa petendi*, houver pedido visando ao mesmo efeito jurídico, configura-se a litispendência, impondo a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, do CPC, a fim de se coibir a duplicidade das causas sobre a mesma lide. (original sem grifos)

Conquanto em mandado de segurança o pedido formulado diga respeito a ato de autoridade, a verificação de litispendência se dá pelo efeito jurídico visado.

O objetivo visando nesta ação ordinária é a extinção do crédito tributário constituído pelo auto de infração n.º 03.019233-0. O objetivo visado no mandado de segurança é a concessão de ordem para que o Estado, por suas diversas autoridades, não cobre o crédito tributário constituído pelo auto de infração n.º 03.019233-0. Obviamente que a “não cobrança” não é pleiteada com base em uma suspensão *ad eternum*, até porque certamente a Autora-impetrante (*rectius*: Impetrante-Autora) não pretende manter o débito em seu passivo para todo o sempre. A “não cobrança” é pleiteada, ao final, por conta da extinção do crédito tributário.

Os dois feitos conduzem, portanto, aos mesmos efeitos jurídicos. Um foi ajuizado e decidido muito antes do outro. Evidente, portanto, a litispendência.

Ainda que se discorde do entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, Herman Benjamin, João Noronha, Luiz Fux e demais ministros que votaram nos precedentes trazidos, não há dúvidas na conexão dos feitos. Se dessa conexão não corresponde a reunião de feitos, isto não significa a dispensa de seguir o determinado no artigo 1.º, § 1.º, da Lei n.º 8.437/92, razão pela qual reitera o Estado o pedido de revogação da antecipação de tutela proferida.

## SÍNTESE DOS DEMAIS ARGUMENTOS

Superável que fosse a preliminar de litispendência, nenhuma razão assiste à Autora

A principal tese da inicial, acatada na r. decisão que concedeu a antecipação de tutela, afirma que as operações da Autora consistem em *locação de aparelhos, manutenção de torres de transmissão*. Como se demonstrará a seguir, a tese se baseia em circunstância fática *controversa e não demonstrada*, o que por si só já desautoriza a antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do CPC.

Para que haja *locação*, no direito atual, é mister a cessão de posse de coisa não fungível, nos termos do art. 565 do Código Civil e todos seus comentaristas. A Autora não “cede a posse” de seus satélites, que permanecem no espaço, controlados por ela própria, pois ela, a partir do “*Teleporto de Guaratiba monitora e controla todas as atividades e manobras dos satélites Star One bem como o desempenho das comunicações e transmissões de todos os clientes da empresa*”, segundo sua página na rede mundial de computadores<sup>1</sup>.

Tomando como exemplo o contrato número 20070127, firmado pela Autora com o Senado Federal e disponível no Portal da Transparência do Senado<sup>2</sup>, a Autora se compromete a receber de quem lhe contrata sinais de telecomunicação, por meio de Estação Terrena de Transmissão – quem sabe o seu próprio *Teleporto de Guaratiba?* – e transmitir esses sinais de telecomunicação a distância, *in casu* formando rede de áudio. Em outras palavras, a Autora leva o sinal do ponto A, emissor, para o ponto “ou os pontos” B, receptores. Certamente ela não interfere no *conteúdo* das mensagens, mas viabiliza que ela saia do ponto A e chegue no ponto B.

Isto configura serviço de comunicação, pouco importando a qualificação que lhe seja dada para fins de *telecomunicações*, pois, segundo as lições de Heleno Tórres e a jurisprudência do STJ, não há identidade entre *telecomunicação* e *comunicação*.

Como bem destacam Marco Aurélio Greco e Anna Paola Zonari, “*A prestação do serviço de comunicação prescinde do conteúdo da mensagem transmitida, tipificando-se como a simples colocação à disposição do usuário dos meios e modos para a transmissão e recepção das mensagens. Os partícipes da relação comunicativa ‘não prestam serviço’ um para o outro, nem para terceiros. Eles apenas se comunicam. Presta o serviço, isto sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicação consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites, etc*”<sup>3</sup>.

A bem da verdade, há consenso técnico internacional no sentido de que embora muitos contratos façam referência a “aluguel” de transponder, na maioria dos casos o cliente não adquire a posse física do transponder, mas apenas suas capacidade de transmissão, sendo o satélite operado pelo “locador”, com o “inquilino” não tendo acesso ao transponder que lhe foi assinalado. Nestes casos, o pagamento feito pelo “inquilino” tem natureza de pagamento por serviços ao invés de pagamento por uso ou pelo direito de utilizar um equipamento. Essa natureza só está presente em casos bem mais raros, em que o “inquilino” opera ele próprio o equipamento em seu benefício ou cedendo a capacidade a terceiros. Neste sentido é o consenso técnico do grupo de trabalho 1 do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> <http://www.starone.com.br/internas/guaratiba/index.jsp>

<sup>2</sup> <http://www.senado.gov.br/sf/portaltransparencia/licitacoes/Asp/empresaContratada.asp?o=1&e=STAR+ONE+S/A>

<sup>3</sup> GRECO, Marco Aurélio e ZONARI, Ana Paola. ICMS - Materialidade e Princípios Constitucionais, *in* Curso de Direito Tributário (coord. Ives Gandra Martins), vol. 2. São Paulo: Cejup, 1997: 5.ª ed., p. 157

<sup>4</sup> [http://www.oecd.org/document/62/0,3343,en\\_2649\\_33747\\_44120446\\_1\\_1\\_1\\_1\\_00.html](http://www.oecd.org/document/62/0,3343,en_2649_33747_44120446_1_1_1_1_00.html)

É exatamente isto o que faz a Autora, como deixam claro as informações que disponibiliza na sua página e o próprio extrato do contrato firmado com o Senado, tomado como exemplo.

## OS FATOS

A Autora teve contra si lavrado auto de infração porque “deixou de tributar os serviços de comunicação prestados através de satélites em desacordo com a legislação estadual vigente”, tudo apurado em levantamento efetuado nos seus livros fiscais, contratos e documentos apresentados, conforme relato do auto de infração n.º 03.019233-0, objeto da ação anulatória (fl. 47 dos autos).

Irresignada, a Autora ajuizou ação, alegando

- que “*telecomunicações* [é] espécie do gênero *comunicação*, diferenciada apenas pelo prefixo ‘tele’, que nada mais significa do que longa distância. Ou seja, *telecomunicação* nada mais é que a *comunicação* feita a longa distância” (fl. 05);
- que não há “*definição de ‘comunicação’ ou de ‘serviços de comunicação’, mas conforme se demonstrará abaixo, há de ‘telecomunicação’ e de ‘serviços de telecomunicação’*” (fl. 05);
- que “*o provimento de capacidade satelital, caso fosse equivocadamente considerado modalidade de prestação de serviço, necessariamente configuraria serviço de comunicação*”, pois prestado a longuíssima distância – os satélites estão no espaço – (fl. 06);
- que o provimento de capacidade satelital não constitui serviço de telecomunicação, nos termos do art. 3.º da Resolução 73/98 da ANATEL (fl. 07);
- que sua atividade consistiria em obrigação de dar (locação) e não obrigação de fazer (prestação de serviço), sendo certo que o ICMS só poderia incidir sobre a *prestação de serviço* de comunicação (fl.s 8 e ss.).

Em momento algum a Autora questionou os fatos que deram origem ao auto ou sua quantificação. Apenas a qualificação jurídica dos fatos, dada pelo auto de infração, como serviços de comunicação sujeitos ao ICMS, é questionada.

Podemos sintetizar os argumentos da Autora em dois eixos. Num, *telecomunicação* = *comunicação* + *distância (tele)*; provimento de capacidade satelital contém *distância (tele)*, portanto se contivesse também *comunicação*, seria *telecomunicação*. Não é telecomunicação porque assim o diz a ANATEL. Certamente

não é pela distância (= o espaço fica longe...), logo, o que falta é a característica de comunicação, afastando o ICMS. No segundo eixo, o contrato é de *locação*, contendo, pois, dever de “dar”. ICMS incide sobre *prestação de serviço*, obrigação de fazer. Como dar é diferente de fazer, não há que se falar em ICMS.

A antecipação de tutela foi concedida pela r. decisão Autora, firme na qualificação de locação para as atividades desenvolvidas pela Autora, bem como em suposto caráter preparatório ou posterior à comunicação dessas atividades.

Como se verá adiante, constitui *erro crasso* dizer que juridicamente “telecomunicação é espécie do gênero comunicação, diferenciando-se pelo prefixo ‘tele’”. Locação, no direito brasileiro, envolve necessariamente a cessão de posse. O dever de “dar” é o de “dar a posse” (*locatio rei*), mas, nas palavras insuspeitas da própria Autora, nenhuma posse é transferida. O que se tem é a figura da *locatio operis faciendi*, que constitui prestação de serviço de “transporte de sinais de telecomunicações”, nos precisos termos do art. 1.º do Regulamento sobre os Direitos de Exploração de Satélites para Transporte de Sinais de Telecomunicação, aprovado pela Resolução n.º 220/2000 da ANATEL.

#### JURIDICAMENTE NÃO É CORRETO DIZER QUE TELECOMUNICAÇÃO É ESPÉCIE DO GÊNERO COMUNICAÇÃO, QUALIFICADA APENAS PELO PREFIXO “TELE”

O primeiro argumento da Autora, como demonstrado, é que “*telecomunicações* [é] espécie do gênero comunicação, diferenciada apenas pelo prefixo ‘tele’, que nada mais significa do que longa distância. Ou seja, telecomunicação nada mais é que a comunicação feita a longa distância” (fl. 05).

O argumento é inatacável no plano da morfologia derivacional, da formação da palavra. O mesmo já não se pode dizer no plano jurídico.

Se fosse correto dizer que “telecomunicação = comunicação + tele”, então, como diz a inicial, telecomunicação seria espécie do gênero comunicação, qualificada pela distância, “tele”. Seria, pois, um subgrupo. Sabidamente quem não pertence ao gênero não pertence à espécie. Se algo não é “comunicação”, então não seria, no argumento da Autora, “telecomunicação”.

É de geral sabença que o Judiciário, já há muito, sedimentou o entendimento que os serviços de habilitação não são tributados pelo ICMS porque não são serviços de comunicação. Se não são serviços de comunicação, jamais poderiam ser telecomunicação, pois a adjetivação dada ou não pela distância cairia no vazio da falta da substância *comunicação*.

Contudo, a própria ANATEL, no uso cumulado de sua competência de agência e de Administração tributária, expediu a Resolução 396/05, que aprovou o plano de contas das empresas de telecomunicação. A classificação das receitas é auto-explicativa:

#### RECEITA

Linha	Informação
R1	RECEITA
R2	RECEITA OPERACIONAL
R3	SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES
R4	SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO - STFC
R5	STFC - Modalidade Local
R6	Disponibilidade da linha
R7	Habilitação
R8	Assinante residencial
R9	Assinante não residencial
R10	Assinante tronco
R11	Assinatura
R12	Assinante residencial
R13	Assinante não residencial
R14	Assinante tronco
R15	Chamadas Originadas Tarifadas - Receitas de Público
R16	Tráfego intra-rede
R17	Tráfego destinado a outras prestadoras do STFC
R18	Tráfego destinado a prestadoras do SMP - próprio grupo

Está aí, claríssimo, que dentre as receitas operacionais com serviços de telecomunicação estão as receitas de disponibilidade de linha, dentre as quais a habilitação e a assinatura. Portanto, indistigável e inegavelmente, se está diante de serviço de telecomunicação.

Quanto à assinatura básica, cabe lembrar que havia grande polêmica acerca da validade ou não dessa cobrança. Depois de grande polêmica, pacificou o STJ, ao julgar o RESP 911.802/RS pela 1.ª Seção. Naquela ocasião, contra apenas um voto vencido, restou afirmado:

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – **valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora**, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, **dando-lhe direito à fruição contínua do serviço**”.

18. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “**para manutenção do direito de uso**, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde

que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de **serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.**

Portanto, a assinatura básica é devida porque é retribuição por serviço de telecomunicação prestado.

Ao apreciar os Embargos de Declaração no RESP 1.022.257/RS, a 2.<sup>a</sup> Turma do STJ afirmou:

2. No presente caso, entretanto, não se trata de assinatura básica, com inclusão de franquia mínima de pulsos, mas de simples assinatura, que **apenas remunera os custos de manutenção do sistema de telecomunicações colocado à disposição do usuário dos serviços de telefonia.** Necessidade de correção de erro material.

3. Tratando-se de simples assinatura - que não abrange franquia de pulsos -, tal como prevista na cláusula 1<sup>o</sup> do Convênio ICMS 69/98, deve ser reconhecida a ilegalidade da incidência do ICMS sobre valores cobrados a esse título, por tratar-se de serviço preparatório e atividade-meio, que não se confunde com o próprio serviço de comunicação, este sim tributado pelo imposto. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

Veja-se pelo cotejo dos trechos destacados em negrito que a assinatura básica remunera o prestador por manter disponível o serviço. Essa remuneração *é pela prestação de serviços de telecomunicação* não apenas para os fins do plano de classificação de receitas aprovado pela Resolução 396/05, mas também como fundamento de validade da cobrança, conforme entendimento do STJ. Todavia, para o mesmo tribunal, não é comunicação.

Não é outro o entendimento do festejado Heleno Taveira Tôrres, tão citado na inicial. Em seu artigo *Assinatura Básica de Telefonia e o Tratamento Cumulativo*, publicada no periódico *Direito Tributário em Questão: revista da FESDT*, v. 1, pp. 57-74, 2008, escreve:

Diante desse quadro, não se pode deixar de atentar para as diferenças existentes entre o regime de tributação das prestações de *serviços de comunicação* (i), pelo ICMS estadual, daquele da tributação cumulativa das receitas decorrentes de *prestação de*

*serviços de telecomunicações* (ii), no caso das contribuições ao PIS/Cofins.

Um usuário de *serviços de telecomunicações* não realiza operação tributável de ICMS quando é chamado por um terceiro no seu terminal de acesso; mas é indiscutível que ele “usa” do serviço de telecomunicações. Neste caso, não há que se falar em incidência do ICMS, porém, é indubitável tratar-se de receita decorrente de *serviço de telecomunicação*, sujeita ao regime cumulativo das contribuições PIS/COFINS.

Que não se tenha uso manifesto do *serviço de comunicação* (i), isso também pouco importa. A receita dos *serviços de telecomunicações* da prestadora de STFC compreenderá todo o universo de *serviços de telecomunicações* como gênero, inclusive o *preço de assinatura básica* (ii). E todas estas não de compor a receita bruta da operadora, para os fins de incidência das contribuições PIS/COFINS, exclusivamente no regime cumulativo.

Destarte, se para o ICMS, cuja hipótese de incidência limita-se a alcançar “serviços de comunicação”, é legítimo alegar-se sua exclusão sobre *tarifas básicas* que não tenham aproveitado o consumo da franquia de minutos; no caso das contribuições ao PIS/Cofins isso não teria qualquer cabimento, haja vista a inequívoca natureza de *serviços de telecomunicações*, gênero do qual serviço de comunicação é espécie.

Em virtude do acesso de qualquer usuário a uma dada rede, este acesso deverá sujeitar-se a **dois tipos de tarifas, cumulativamente, a título de serviços de telecomunicação**, como gênero, e cujas receitas deverão ser oferecidas à tributação no regime cumulativo, sem qualquer discriminação:

- a) **relativa à assinatura básica mensal, para manutenção do direito ao uso dos serviços de telecomunicações;** e
- b) pela utilização efetiva do *serviço de comunicação*, calculado por pulso ou minuto;

**Diante desse quadro, não se pode deixar de atentar para as diferenças existentes entre o regime de tributação das prestações de serviços de comunicação (i), pelo ICMS estadual, daquele da tributação cumulativa das receitas decorrentes de prestação de serviços de telecomunicações (ii), no caso das contribuições ao PIS/COFINS.**

**As contribuições ao PIS/PASEP e a Cofins incidem sobre receitas os serviços de telecomunicações, mantidos no regime de cumulatividade, e não sobre receitas decorrentes dos serviços de comunicação, tributáveis por ICMS, quando**

**das efetivas prestações de serviços a partir das relações comunicativas.**

Quem contrata com uma operadora de serviço público de telefonia, desde o momento que obtém o acesso, torna-se usuário dos seus serviços de telecomunicações, para chamar ou ser chamado, com direitos de exigir todos os benefícios da operadora e o cumprimento dos deveres desta, como expansão dos seus serviços, qualidade e disponibilidade.

A assinatura básica presta-se, assim, como remuneração da continuidade e universalização dos serviços, pela exploração eficiente do serviço, e cujas receitas será sempre decorrentes da *prestação de serviços de telecomunicações*, sujeitas, portanto, ao regime *cumulativo*, conforme previsto nos art. 10 e 8º, das Leis nº 10.833/03 e 10.684/03, relativamente às contribuições PIS/Cofins.

Evidente, portanto, o desacerto de pretender afirmar, como faz a Autora, que telecomunicação é a parcela da comunicação qualificada pela distância, “tele”. Se assim fosse, tudo aquilo que não apresentasse o signo identificador do gênero *comunicação*, não poderia ser parte da espécie nele contida, sob pena de absurda subversão lógica.

Está demonstrado acima que para a ANATEL, para o STJ e para Helene Taveira Tôres, autoridades tratadas com a maior respeitabilidade pela inicial e cujas razões fundamentaram a decisão Autora, há casos em que *não há comunicação*, mas *há telecomunicação*. Portanto, não há relação de gênero-espécie.

Isto, aliás, está claríssimo na autoridade-mor no plano jurídico: a Constituição.

A Constituição Federal se vale do conceito de telecomunicações para determinar o âmbito de atuação da União Federal, como se verifica no artigo 21, XI, quanto a competências administrativas; no artigo 22, IV, quanto a competências legislativas; no artigo 48, XII, quanto a competências normativas do Congresso; e no artigo 66 do ADCT ao tratar das concessões então em vigor. Contudo, ao tratar do ICMS, não se valeu desse conceito, mas sim do conceito de *comunicação*, cuja definição foi subtraída da União, salvo por meio de lei complementar, e atribuída a cada Estado, isoladamente, e em certa medida à reunião de todos no CONFAZ.

A competência para dispor sobre telecomunicação está delegada a uma agência reguladora, a ANATEL. A competência para dizer o que é comunicação para fins de ICMS está limitada a lei complementar, nos precisos termos do artigo 146, III, *a*, da Constituição.

Portanto, para fins jurídicos, telecomunicação e comunicação são conceitos distintos, sem nexo entre si.

Fala a Autora ainda no artigo 110 do CTN para tentar fazer vínculo inexistente. Mais uma vez o argumento não resiste à mera leitura do texto do artigo, que diz:

CTN, art. 110: A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competência tributária.

“De direito privado”, diz o artigo. Toda a argumentação trazida pela inicial é de Direito Regulatório, ramo do Direito Administrativo, que jamais foi considerado direito privado.

Utilizados pela Constituição Federal, diz também o artigo. O conceito utilizado para o ICMS é o de *comunicação*. Qual a definição dele, no direito privado? Além de só ter trazido questões de direito regulatório, a Autora abordou o conceito de *telecomunicações*, que, como visto, é coisa diversa.

Portanto, a qualificação do serviço de disponibilização de capacidade satelital ser ou não serviço de telecomunicação para fins da ANATEL é de todo irrelevante para fins do ICMS.

**SEM TRANSFERÊNCIA DE POSSE NÃO HÁ LOCAÇÃO (*LOCATIO REI*), MAS PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (*LOCATIO OPERARUM* OU *LOCATIO OPERIS FACIENDI*)**

Como bem destacam Gustavo Tepedino *et alii* na obra *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 250-251:

No âmbito do Direito Romano, havia três espécies de locação: a locação de coisas (*locatio rei*), a de serviços (*locatio operarum*) e a de obra (*locatio operis faciendi*) (Orlando Gomes, *Contratos*, p. 272). No direito moderno, a tendência é restringir a disciplina da locação ao campo dos bens móveis e imóveis e tratar o trabalho humano em outros tipos contratuais, tais como a prestação de serviços e a empreitada (obra).

[...]. A partir da definição, podem ser destacados os seus elementos essenciais: o consentimento, a coisa e o preço. (p. 250)

Observe-se, contudo, que o contrato de locação não exige poder de disposição por parte do locador. *Não há transferência da propriedade do bem, mas da posse*, não se confundindo, de modo algum, a locação com a compra e venda. [...].

O segundo elemento essencial da locação é o *bem*, cujos uso e gozo serão objeto de transferência. [...]

O bem deve ser, ainda, infungível, não podendo ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade (CC, art. 85), “pois se a coisa cujo uso se concede é fungível, o contrato degenera em mútuo” (Sylvio Rodrigues, *Direito Civil*, p. 209). É da própria essência do contrato de locação a obrigação do locatário de restituir o bem locado, sem qualquer alteração (CC, art. 569, IV), o que retira da esfera desse contrato os bens fungíveis, bem como os consumíveis, a não ser que se estabeleça, no contrato, a sua infungibilidade (p. 251)

No mesmo sentido são as observações de Nelson Rosenvald no *Código Civil Comentado*, coordenado pelo Ministro Cesar Peluso (Manole: Barueri, 2007), que ainda acrescenta:

O aluguel é a contraprestação fundamental do locatário, a mais importante de suas obrigações. Se não houvesse a onerosidade, instalar-se-ia o comodato. A retribuição é explicada como compensação pecuniária ao proprietário que é privado da posse imediata da coisa e da percepção de seus frutos naturais e industriais.” (p. 446)

No mesmo sentido é também a lição do jurista e Desembargador desse TJRJ Sylvio Capanema de Souza, nos seus *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. VIII: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas, Forense: Rio de Janeiro, 2004, págs 303 a 312:

Entre os romanos, a locação se constituía em gênero de contrato, chamado de *locatio conductio*, que se desdobrava em três espécies distintas. A primeira era a *locatio rei* pela qual “se prometia, por certa paga, uma coisa para fruir”, e que **tinha por objetivo a cessão da posse de coisas** que poderiam ser animais, escravos, casas ou terrenos.

(...)

A principal inovação, no que concerne ao contrato de locação, foi o abandono da tradição romana, que o tripartia em locação de coisas, de serviços e empreitada, o que era combatido pela moderna doutrina.

(...)

A locação de serviços passa a ser disciplinada no Capítulo VII, nos artigos 593 a 609, e para que não pare a mais leve

dúvida quanto à sua autonomia, até o seu nome foi modificado, passando a ‘prestação de serviço’.

A centralidade da posse, na locação, é também destacada por Araken de Assis, nos *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. 5, coordenado por Arruda Alvim e Tereza Alvim (Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 950):

**O locatário é titular da posse direta da coisa, o que não afasta a indireta do locador (art. 1.197 do CC).** Aquela só existirá se e na conformidade do pacto locatício. Perdurando seus normais consectários, não há falar em perda da posse (art. 1.223 c/c 1.196 do CC) e em prescrição aquisitiva do bem (arts. 1.238 a 1.244 do CC), vez que necessariamente o contrato obriga o locatário à devolução. Ele tem plena ciência de que o bem jamais permanecerá em seu poder finda a locação. De toda forma, vez ou outra ainda é invocada a usucapião.

Qual seria o “*bem locado*”? Seria o satélite? Não, pois o satélite jamais sai da posse da Autora. Quem o diz é, em primeiro lugar, ela própria, em sua página na rede mundial de computadores. Como se vê no documento anexo 2, impresso a partir da página <http://www.starone.com.br/internas/guaratiba/index.jsp>, afirma a Autora:

Inaugurada em 1984, a Estação Terrena de Guaratiba abriga o maior centro de controle e operação de satélites da América Latina, com aproximadamente 120 funcionários e um extenso parque de antenas que, assim como a Embratel e a Star One, cresce a cada dia.

A Star One foi a primeira empresa no mundo a receber o certificado ISO 9001:2000 pelo serviço de controle de satélites e associados realizados em Guaratiba.

**Com seus sistemas modernos e equipamentos de alta tecnologia, o Teleporto de Guaratiba monitora e controla todas as atividades e manobras dos satélites Star One bem como o desempenho das comunicações e transmissões de todos os clientes da empresa.**

É também responsável pela transmissão de dados e voz em banda larga.

Se, segundo a própria Autora, é seu Teleporto de Guaratiba, que com seus sistemas modernos e equipamentos de alta tecnologia, quem monitora e controla todas as atividades e manobras dos satélites Star One, resta evidente não haver transferência de posse do satélite. Todas suas atividades e manobras são monitoradas e controladas por ela, portanto, a posse direta e indireta são sua apenas e não dos supostos “locatários”.

Seria o “bem locado”, então, a tal “capacidade satelital”?

Capacidade satelital é a capacidade de recepção e transmissão do satélite. Um satélite, como qualquer equipamento, tem uma capacidade de operação, de utilização. A Autora não pode se comprometer a receber e retransmitir mais que isto e, assim, celebra com seus clientes contrato em que aloca, por exemplo, “0,40 MHz de capacidade, destinado às transmissões via satélite dos sinais de telecomunicações da Rádio Senado, para todo o Brasil, por meio de Estação Terrena de Transmissão, para formação de redes de áudio”, como consta no contrato CT/20070127, firmado com o Senado Federal e disponível no “Portal da Transparência” do Senado (doc. anexo n.º 3).

Mas ora, qual a diferença entre os 0,40 MHz comprometidos no contrato CT/20070127, vigente de 26/12/2007 a 25/12/2009 e os 18MHz comprometidos no contrato CT 20050114, vigente de 15/09/2005 até 14/09/2010 (doc. anexo n.º 3)? Como distinguir o mega-hertz de um do mega-hertz de outro?

Não há como, pois mega-hertz é “unidade de frequência que denota um milhão de hertz ou 10<sup>6</sup> Hz; megaciclo [símb.: MHz]”. Hertz, por sua vez, é “unidade de frequência no sistema internacional de unidades (SI), equivalente à frequência de um fenômeno periódico cujo período tem a duração de um segundo [símb.: Hz]”, segundo definições do Dicionário Houaiss.

No mesmo sentido é o que se lê na Enciclopédia Britânica, no verbete “hertz”, que afirma que embora a frequência de qualquer fenômeno com variações periódicas regulares possa ser expresso em hertz, o termo é usado mais frequentemente em conexão com correntes elétricas alternadas, ondas eletromagnéticas (luz, radar etc.), e som.<sup>5</sup>

Mega-hertz é unidade de frequência, unidade de medida do número de ciclos em um segundo, utilizada para medir as ondas eletromagnéticas que emitidas dos clientes diretamente para o satélite ou emitidas pela base da Autora para o satélite e por ele retransmitido para alguma parte do planeta Terra.

A capacidade é de receber *qualquer onda*, portanto, é fungível.

Se a *coisa locada* é fungível, não há como se dizer que o contrato é de locação. A capacidade, utilizada ou não, se esvai, não é passível de devolução. Se, por exemplo, em 14 de setembro de 2010 o Senado Federal não renovar o contrato CT 20050114 com a Autora, esta não poderá utilizar a capacidade de 18MHz para transmitir eventos ao vivo relativos à Copa do Mundo na África do Sul, ocorrerá de 11 de junho a 11 de julho de 2010.

<sup>5</sup> Tradução livre do trecho em negrito a seguir. No original, e na íntegra: unit of frequency. The number of hertz (abbreviated Hz) equals the number of cycles per second. *The frequency of any phenomenon with regular periodic variations can be expressed in hertz, but the term is used most frequently in connection with alternating electric currents, electromagnetic waves (light, radar, etc.), and sound.* It is part of the International System of Units (SI), which is based on the metric system. The term hertz was proposed in the early 1920s by German scientists to honour the 19th-century German physicist Heinrich Hertz. The unit was adopted in October 1933 by a committee of the International Electrotechnical Commission and is in widespread use today, although it has not entirely replaced the expression “cycles per second. Fonte: “Hertz.” Encyclopædia Britannica. 2009. Encyclopædia Britannica Online. 18 Oct. 2009 <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/263882/hertz>>.

## HÁ, SIM, PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

A situação em questão poderia ser comparado a uma lavanderia, daquelas em que a própria pessoa coloca suas roupas na máquina. Imagine-se que uma delas resolvesse alegar que não mais estava prestando serviços de lavagem, mas fazendo *locação da capacidade de lavagem* e, sendo locação, seria obrigação de dar, e, como tal, não seria prestação de serviço, pelo que não haveria incidência do ISS. O argumento dificilmente seria levado à sério, pois se entenderia que a característica fundamental do contrato é manter as máquinas de lavar em condições, aptas a *produzir o resultado* roupa limpa, pouco importando se quem põem a roupa na máquina é o prestador ou o tomador do serviço. Isto caracterizaria obrigação *de fazer* e não de dar ou de suportar.

Aqui, de igual sorte, certamente o aspecto fundamental das obrigações contratuais da Autora não é “dar” o satélite, mas fazer com que as ondas eletromagnéticas enviadas ao satélite sejam retransmitidas para o destino. Trata-se, também, de obrigação de resultado, caracterizando prestação de serviço.

É até mesmo intuitivo que esse serviço seja considerado como serviço de comunicação.

Mencionou-se a pouco a Copa do Mundo. Na de 1970 houve as primeiras transmissões de televisão *via satélite* para o país. Hoje é possível fazer a comunicação *via satélite* unindo o mundo na chamada aldeia global.

Televisão é comunicação, disto não há dúvidas. Hoje não há ICMS sobre as emissoras abertas, mas isto não é o ponto relevante. Serviço de comunicação é possibilitar a transmissão entre o ponto A e o ponto B. Neste sentido, veja-se o que diz a doutrina:

**A prestação do serviço de comunicação** prescinde do conteúdo da mensagem transmitida, tipificando-se como a simples colocação à disposição do usuário dos meios e modos para a transmissão e recepção das mensagens. Os partícipes da relação comunicativa ‘não prestam serviço’ um para o outro, nem para terceiros. Eles apenas se comunicam. Presta o serviço, isto sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicação consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites, etc” (Marco Aurélio Greco e Anna Paula Zonari. ICMS - Materialidade e Princípios Constitucionais, Curso de Direito Tributário, 5ª ed., 2º v., p. 157

A hipótese de incidência possível deste ICMS é prestar a terceiros, em caráter negocial, serviços de comunicação. (...) o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a ‘relação comunicativa’, isto é, a atividade de alguém em caráter negocial, fornecer a terceiros condições materiais

para que a comunicação entre eles ocorra (Roque Antônio Carrazza. ICMS, 9ª edição, p. 154).

(...) o serviço de comunicação tem como característica fundamental oferecer o meio, o equipamento capaz de fazer com que a comunicação ocorra, ou seja, que a informação ou a mensagem seja transmitida e recebida. Essa atividade diz única e exclusivamente respeito ao meio, é dizer, ao veículo e não ao conteúdo da informação ou da mensagem em si (Celso Ribeiro Bastos. Tributação na Internet. In Tributação na Internet, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 73).

Não se diga, como equivocadamente o fez a decisão agravada, tratar-se de “meros atos preparatórios ou posteriores”. Uma transmissão de programa por emissora fechada (canal por assinatura) é prestação de serviço de comunicação tributada pelo ICMS, como explicita o art. 155, § 2.º, X, *d*, a contrário senso, incluído pela EC 42/2003. A prestação de serviço é transmitir, até o assinante do canal, o conteúdo do canal.

Suponha-se que a transmissão seja via satélite. Como dizer que ela é “preparatória ou posterior à atividade tributada”?

Não há dúvidas de que serviço de telefonia é serviço de comunicação tributado pelo ICMS. Não há dúvidas de que esse serviço consiste em “criar o espaço comunicativo”. Se, para a integralidade da rede, é necessário o uso de satélites, como dizer que eles são “preparatórios ou posteriores à atividade tributada”?

Veja-se que segundo o art. 2.º do Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélites para Transporte de Sinais de Telecomunicação afirma que “*Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações é o que assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite.*”

O segmento espacial é parte da rede integrada de telecomunicações, não apenas ao nível nacional, mas sim ao nível mundial, como se vê nos artigos 33 a 35 e 47 do mesmo regulamento:

Art. 33. Do termo de direito de exploração de satélite, além das condições legais, regulamentares e normativas a serem obedecidas pela exploradora de satélite, deverão constar cláusulas relativas ao **processo de coordenação nacional e internacional.**

Art. 34 **A exploradora de satélite está obrigada a dar continuidade à coordenação, bem como a prover as informações relevantes para notificação e registro das**

**características da rede de satélites junto à UIT.** [União Internacional de Telecomunicações, órgão das Nações Unidas]

Art. 35 Nos casos em que ocorrer procedimento licitatório, deverão constar do termo, além do previsto nos arts. 33 e 34, os compromissos, os termos, os prazos, as condições e os valores da proposta da entidade vencedora da licitação.

Parágrafo único. O descumprimento das cláusulas deste artigo implicará extinção do direito, salvo se este for resultado de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovado e aceito pela Agência.

Art. 47 A interconexão das estações de acesso a outras redes de telecomunicações deverá observar o disposto no Regulamento Geral de Interconexão.

Ora, se a comunicação, notadamente a telefônica, se dá por meio de redes – como, aliás, destacado pelo STJ no RESP 911.802 para justificar a validade da cobrança pela assinatura básica – e se a exploração do satélite se dá para o transporte dos sinais de telecomunicações entre essas redes, conforme arts. 2.º e 47 do Regulamento, repita-se: como dizer que se está antes ou depois da atividade tributada pelo ICMS?

Evidente o equívoco da tese veiculada na inicial.

Mas, a esta altura, talvez se possa indagar a razão pela qual a ANATEL afirma que as atividades da Autora não são telecomunicação.

Primeiro, não são *telecomunicação* para os fins regulatórios. Também para esses fins, serviços como Google Talk, MSN, Skype e tantos outros não são *telecomunicação*, muito embora seja possível fazer até videoconferências por meio deles. É certo que se valem de *outras redes*, mas esse uso de *outras redes* não deixa de qualificar o serviço de telecomunicação quando é utilizada a interconexão.

O ponto nodal para a ótica regulatória é a limitação natural na oferta de telecomunicação por cabos e ondas. Há um limite natural na oferta de telecomunicação por cabos porque não se pode permitir que inúmeros cabos, aéreos ou subterrâneos, rasguem as cidades. É naturalmente limitada a capacidade de cabeamento. Há também um limite natural ao uso do espectro de radiofrequências. Duas transmissões na mesma frequência na mesma área causam interferência, como bem demonstram as rádios piratas e a propaganda contra as mesmas. Por isto, e pela necessidade da conexão entre as redes, telecomunicações por cabos e ondas são tratadas como serviços públicos no Brasil e no resto do mundo.

No caso de serviços como Google Talk, MSN e Skype, conquanto haja efetiva comunicação a distância, não há uma escassez natural de oferta de meios, o que leva ao desinteresse regulatório. Por isto a ANATEL os trata como serviço de valor agregado.

No caso dos satélites, *além da óbvia limitação de que a soberania nacional não alcança objetos em órbita geoestacionária*, cerca de 36 mil Km do nível médio

do mar<sup>6</sup>. Portanto, mesmo que houvesse alguma escassez natural de área física nas órbitas sobre o Brasil, faltaria soberania ao nosso ordenamento para sobre isto legislar. Mais que isto, os custos e a complexidade relativos ao lançamento de satélites afasta a necessidade de a legislação – se pudesse, embora não possa por falta de soberania – criar escassez jurídica sobre a oferta de satélites.

Assim, por essas razões, a legislação brasileira não trata o oferecimento de serviços de transmissão de sinais de comunicação por satélites como serviços de telecomunicação. Trata-se de opção legislativa regulatória, opção esta exercida por quem não tem competência constitucional para legislar sobre o ICMS, diga-se.

Não se trata de definição decorrente da “natureza das coisas”, tal como não é pela “natureza das coisas” que telefonar via Google Talk, MSN ou Skype não é considerado telecomunicação para fins regulatórios.

A análise pela *natureza das relações jurídicas*, bem ao contrário, foi realizada no âmbito dos técnicos do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE. Como se vê no documento em anexo, esse Comitê colocou para discussão pública a proposta de um novo parágrafo 9.1 nos comentários ao Modelo de Convenção de Tributação da OCDE. Nesse parágrafos destacamos:

Apesar de os contratos costumarem fazer referência ao “aluguel” de um transponder, na maioria dos casos o cliente não adquire a posse física do transponder, mas apenas sua capacidade de transmissão: o satélite é operado pelo locador e o locatário não tem qualquer acesso ao transponder que lhe foi assinalado. Nesses casos, o pagamento feito pelo cliente deve ser considerado como tendo natureza de pagamento por serviços, ao qual o Artigo 7<sup>7</sup> se aplica, ao invés de pagamento pelo uso, ou direito de utilizar, um equipamento industrial, comercial ou científico. Uma transação diversa, mas muito menos frequente, pode ocorrer se o proprietário do satélite alugá-lo para outra parte de modo que esta o opere e o utilize para seus próprios propósitos ou ofereça sua capacidade de transmissão de dados a terceiros. Nestes casos, o pagamento feito pelo operador do satélite ao dono do satélite pode ser

<sup>6</sup> A soberania é reconhecida apenas sobre o espaço aéreo inserido dentro da atmosfera terrestre, que tem cerca de 1 mil Km de espessura. O Brasil, inclusive, é signatário Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, Inclusive a Lua e Demais Corpos Celestes, celebrado no âmbito da ONU, ratificado e transformado em direito interno pelo Decreto Legislativo 41/1968 e pelo Decreto 64.362/1969. O art. 1.º desse tratado reconhece o espaço ultraterrestre como aberto ao uso e exploração de todos os Estados, com liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes, inclusive o uso comercial por entidades não governamentais, sujeitas a autorização e fiscalização pelo Estado em que situadas (art. 6.º, 8.º e 9.º). Uma versão em português desse tratado está disponível em [http://www.cedin.com.br/050trata\\_pdf/pdf\\_tratados12/TRATAD~2%20II.pdf](http://www.cedin.com.br/050trata_pdf/pdf_tratados12/TRATAD~2%20II.pdf)

<sup>7</sup> Artigo 7 do Modelo de Convenção de Tributação da OCDE.

bem considerado como um pagamento pelo aluguel de um equipamento industrial, comercial ou científico.<sup>8</sup>

Vê-se, portanto, que seja pela qualificação inexorável dada pelo direito civil brasileiro, seja pela própria natureza das relações jurídicas postas, aqui e alhures, “aluguel de capacidade satelital é apenas um jogo de palavras para evitar a tradução direta de *transponder leasing*, pois “aluguel de transponder” ressaltaria a falta de algo efetivamente locado, a falta de cessão de posse de um transponder. Mais que isto, trata-se de jogo de palavras para tentar mascarar a indisfarçável prestação de serviços, serviços estes que são de comunicação, portanto, sujeitos ao ICMS.

## A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA VIOLA O ARTIGO 273 DO CPC

Afora as razões já postas, aqui e nas outras petições já acostada aos autos, o artigo 273 do CPC exige, para a concessão da antecipação de tutela, além da convicção da verossimilhança, prova inequívoca.

Não parece verossímil qualificar um contrato de locação se não há posse de algo infungível. Isto seria brigar, a um só tempo, com toda a doutrina civilista.

Mister seria, portanto, *provar* que há algo infungível “dado” aos clientes da Autora. Mas que “algo” é esse? Se os contratos falam em capacidade de receber tantos milhões de ciclos por segundo (mega-hertz) em ondas eletromagnéticas, há indicação apenas da *unidade de medida*, mas não “do quê”. Há indicação de uma “unidade de vazão”, da capacidade para processar, mas sem indicação do elemento que torne essa parcela da capacidade do satélite única. Sem unicidade, ela se torna fungível. Se fungível, não há locação.

Portanto, a antecipação, no aspecto em que qualifica os fatos como “locação”, está muito longe do que se pode razoavelmente chamar de “prova inequívoca”. Bem ao contrário, se está diante de quadro de fato que envolve exame documental não trazido aos autos – os contratos indicados na autuação – e em prova técnica pericial.

Ao tratar a situação como “atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada”, *d.m.v.*, a decisão agravada aposta para o inverossímil. Se a atividade tributada é a *radiodifusão de sons e imagens fechada e paga* (CF, art. 155, § 2.º, X, *d, a contrario*) e ela se der por satélite, como dizer que se está antes ou depois da atividade tributada? Se Tício, no Amazonas, está apto a receber telefonemas com seu

<sup>8</sup> Tradução livre. No original: *Whilst the relevant contracts often refer to the “lease” of a transponder, in most cases the customer does not acquire the physical possession of the transponder but simply its transmission capacity: the satellite is operated by the lessor and the lessee has no access to the transponder that has been assigned to it. In such cases, the payments made by the customers would therefore be in the nature of payments for services, to which Article 7 applies, rather than payments for the use, or right to use, ICS equipment. A different, but much less frequent, transaction would be where the owner of the satellite leases it to another party so that the latter may operate it and either use it for its own purposes or offer its data transmission capacity to third parties. In such a case, the payment made by the satellite operator to the satellite owner could well be considered as a payment for the leasing of industrial, commercial or scientific equipment.*

aparelho do Rio de Janeiro apenas porque há conexão por satélite, como dizer que esse serviço se dá “antes ou depois” do serviço de comunicação.

Dizer isto, com redobradas vênias, é o mesmo que dizer que num caso em que Mélvio programa seu telefone, de uma operadora (op. 1), para transferir as ligações para um outro número de outra operadora (op. 2) (e.g., transferir do seu fixo para o seu celular, ou vice versa) e Caio liga para de uma terceira operadora (op. 3) para o número de Mélvio na “uma operadora” (op. 1), mas esse, pelo serviço de sigame, atende no número da “outra operadora” (op. 2), o serviço de transferência de chamadas feitos pela “uma operadora” (op. 1) para a “outra operadora” (op. 2) não seria serviço de comunicação. Simplesmente não faz sentido.

### **PERICULUM IN MORA REVERSO**

Como visto, a decisão Autora não ostenta os requisitos mínimos para sua concessão. Não é possível, entretanto, aguardar até a sentença para que seja revista.

A Autora havia antes ajuizado a medida cautelar 2009.001.216032-1, em que afirmava necessitar de certidão positiva com efeitos de negativa e, para tanto, oferecia em garantia seus satélites.

Se, nos dizeres da própria Autora, os bens que tem para oferecer são “tão líquidos” quanto satélites no espaço sideral, isto já demonstra o risco a que está sujeito o crédito do Estado.

Se revogada a antecipação de tutela, a discussão retoma seu curso normal, qual seja, com a prévia garantia do Juízo e a discussão em embargos.

Não cabe é deixar o crédito tributário, de valor vultoso, a mercê do passar do tempo, da depauperação patrimonial do devedor, ou de outros rearranjos societários que “blindem” o patrimônio, além da obsolescência natural do patrimônio imobilizado.

### **CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, confia o Estado seja extinto o processo por litispendência ou caso assim não se entenda, que sejam julgados improcedentes os pedidos exordiais, condenando a Autora nos ônus da sucumbência.

E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2013.

**GUSTAVO AMARAL**  
Procurador do Estado  
OAB/RJ n.º 72.167