

SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, ENERGIA, INDÚSTRIA E SERVIÇOS

Parecer s/nº - ASC - Anderson Schreiber

Distinção entre locação e prestação de serviço no direito brasileiro. Qualificação dos contratos celebrados pela Star One.

A pedido da ilustre Procuradora-Geral do Estado, Lucia Léa Guimarães Tavares, e do ilustre Procurador do Estado Gustavo Amaral, examinei, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, diversos contratos celebrados entre a Star One S.A. e seus clientes, com o propósito de responder aos seguintes quesitos:

1. Quais os requisitos essenciais para a caracterização, no direito brasileiro, de um contrato de locação, especialmente de coisa móvel?
2. Tendo em vista os documentos apresentados, a atividade da Star One S.A. pode ser considerada como de locação?
3. Em não sendo de locação as relações firmadas entre a empresa acima mencionada e seus clientes, qual seria a classificação do contrato? Qual seria a natureza da obrigação assumida?
4. É correto dizer que a relação contratual entre a empresa e seus clientes é de prestação de serviços de comunicação?

O presente parecer foi dividido em três partes: a primeira contempla, em breves linhas, a distinção entre locação e prestação de serviço no direito brasileiro; a segunda é dedicada à qualificação dos contratos celebrados pela Star One S.A.; a terceira sintetiza as conclusões alcançadas por meio de resposta específicas aos quesitos que me foram submetidos.

Parte I – Distinção entre locação e prestação de serviço no direito brasileiro

1. A consulta formulada centra-se sobre a qualificação dos contratos celebrados entre a Star One S.A. (doravante denominada simplesmente Star One) e seus clientes. A companhia sustenta que tais contratos exprimem “simples locação ou provimento/cessão de capacidade de satélite”.¹ Informa que, no desempenho de sua atividade econômica, “se limita a disponibilizar parte da capacidade de seus satélites” para determinados clientes, aos quais “cede, durante certo tempo, o uso

¹ TJRJ, processo judicial 2009.001.231930-9, petição inicial da Star One, p. 3.

desses equipamentos”.² O Estado do Rio de Janeiro sustenta, ao contrário, que os contratos celebrados pela Star One configuram prestação de serviço, tipo contratual que, diferentemente da locação, atrai a incidência de ICMS.

2. Antes de proceder à qualificação dos contratos examinados, é preciso compreender perfeitamente a distinção entre os dois tipos contratuais suscitados no caso concreto. A locação e a prestação de serviço encontram sua origem histórica em um mesmo e único instituto: a *locatio conductio*, tipo contratual do Direito Romano que abarcava, em seu amplíssimo objeto, a locação de coisas (*locatio conductio rei*), a prestação de serviço (*locatio conductio operarum*, comumente traduzida como locação de serviço) e, ainda, a realização de obra (*locatio conductio operis*).³

3. Para os juristas romanos, portanto, a prestação de serviço e a locação de coisas compunham um mesmo tipo contratual. A capacidade de trabalho do prestador do serviço era, nesta perspectiva, equiparada a uma *coisa*, colocada à disposição do contratante. Tal abordagem se explica diante da própria estruturação da vida social em Roma, caracterizada pela abundância de escravos, a quem era relegada a imensa maioria das tarefas braçais.⁴ O homem livre que emprestava sua força para a realização de tarefas menores aproximava-se, em alguma medida, do escravo, o que autorizava a assimilação entre a prestação de serviço e a locação de bens.⁵

4. A tradição romana nesta matéria foi sendo gradativamente abandonada ao longo da História. A progressiva emancipação do Homem veio revelar o equívoco inerente à equiparação da capacidade humana a uma coisa, objeto da apropriação alheia. A contratação do trabalho distanciou-se da simples disposição de um bem. Os juristas da Modernidade expurgaram, pouco a pouco, do âmbito do contrato de locação, as modalidades romanas centradas sobre a atividade do contratado, que passaram a ser consideradas como tipos contratuais autônomos. A antiga *locatio conductio operis* deu origem ao contrato de empreitada e a *locatio conductio operarum* converteu-se no atual contrato de prestação de serviço.

5. No Brasil, o Código Civil de 1916 ainda sofreu influência da tradição romana, tratando da empreitada e da “locação de serviço” como seções do capítulo dedicado à locação (arts. 1.188-1.247). Mesmo naquela codificação, contudo, era tamanha a disparidade entre o regramento da locação de coisas e da chamada locação de serviço que a imensa maioria da doutrina já lhes reservava autonomia, criticando duramente a letra da lei:

“Atualmente, locação é só a de coisas. Não é questão apenas de rigor terminológico, pois as outras espécies tradicionais de

² TJRJ, processo judicial 2009.001.231930-9, petição inicial da Star One, p. 3.

³ Confira-se, entre outros, José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª ed., p. 177.

⁴ Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1957, 4ª ed., p. 83.

⁵ Neste sentido, Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1962, 4ª ed., p. 378. Ver, em igual direção, José Cretella Júnior, *Curso de Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, 27ª ed., p. 194.

locação não se ajustavam perfeitamente ao conceito único a que se pretendeu reduzi-las. Para se verificar o artificialismo da pretensa unidade, basta considerar a chamada locação de serviço, hoje desdobrada nas figuras independentes do contrato de trabalho e do contrato de prestação de serviços. Designá-los com a expressão clássica é dar falsa idéia desses contratos.⁶

6. Na esteira da Constituição de 1988, que elegeu a dignidade humana como valor máximo do ordenamento jurídico, o Código Civil de 2002 veio corrigir, em definitivo, o equívoco da codificação anterior.⁷ Apartando o trabalho humano da disposição de bens, a nova codificação ocupou-se da locação de coisas, da prestação de serviço e da empreitada em capítulos distintos, como contratos independentes. Apartou até mesmo topograficamente os dois primeiros tipos contratuais, inserindo entre a locação e a prestação de serviço a disciplina do empréstimo. Não resta dúvida de que, no direito brasileiro contemporâneo, a locação e a prestação de serviço configuram contratos autônomos, de estruturas e funções inteiramente distintas.

7. A locação consiste no contrato por meio do qual alguém se obriga a ceder a outrem o uso e gozo de coisa não fungível, por determinado tempo, mediante retribuição (Código Civil, art. 565). Na prestação de serviço, ao contrário, alguém se obriga a realizar em favor de outrem, mediante remuneração, certa tarefa ou atividade (Código Civil, arts. 593-594). Enquanto a locação se centra sobre uma obrigação de dar, a prestação de serviço assenta sobre uma obrigação de fazer.

8. A distinção entre os dois tipos contratuais examinados não é puramente estrutural, mas reflete verdadeira disparidade de funções na vida social e econômica. Enquanto na locação, a utilidade do contrato recai sobre a própria coisa infungível que o locador entrega ao locatário, na prestação de serviço é a atividade do prestador que interessa ao outro contratante. Diversamente do locatário, que pretende explorar por sua própria conta e risco o bem entregue pelo locador, o tomador do serviço pretende que o prestador atue efetivamente na persecução do seu interesse. Enquanto o locatário acredita nas potencialidades da coisa, o tomador do serviço confia na qualidade técnica do prestador.

9. Desta distinção de estrutura e propósito derivam inúmeras diferenças na disciplina normativa dos dois tipos contratuais. Por exemplo, “o característico da locação é o regresso da coisa locada ao seu dono; ao passo que o serviço prestado fica pertencendo a quem o pagou e não é suscetível de restituição”.⁸ Em outras palavras: enquanto a locação gira em torno do binômio entrega-restituição da coisa infungível, a prestação de serviço, ainda que dependa da manipulação de certos bens, escapa a esta lógica. Não é por outra razão que o Código Civil, ao tratar da locação, reserva ao

⁶ Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, 24ª ed., pp. 272-273.

⁷ Sobre a constitucionalização do direito civil brasileiro, ver, por todos, Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª ed., pp. 1-22.

⁸ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, volume IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 5ª ed., p. 152.

locatário, por exemplo, o direito de retenção, instituto que não encontra paralelo na disciplina da prestação de serviço. Da mesma maneira, os deveres de guardar a coisa e usá-la do modo adequado só fazem sentido na locação, já que, na prestação de serviço, ainda quando se limite à operação de uma coisa, o bem permanece todo o tempo sob o controle do prestador, que da sua posse não se despede.

10. Compreendida, em linhas gerais, a distinção entre a locação e a prestação de serviço no direito brasileiro contemporâneo, cumpre retornar ao caso concreto.

Parte II – Qualificação dos contratos celebrados pela Star One

11. Em que pese o esforço da Star One, os contratos examinados não se qualificam como contratos de locação, nem estruturalmente, nem funcionalmente. Pode-se dizer, na esteira de preciosa lição, que a estrutura do contrato revela “como ele é”, enquanto sua função explica “para quê serve”.⁹ Examinando-se, em primeiro lugar, o aspecto estrutural dos contratos celebrados pela Star One, conclui-se que carecem dos elementos essenciais da locação.

II.1 – Ausência dos elementos essenciais da locação

12. Sob o prisma estrutural, os contratos celebrados pela Star One não contemplam uma cessão temporária do uso e gozo de coisa infungível, como seria indispensável a um genuíno ajuste locatício. É o que se extrai de inúmeros aspectos da relação contratual examinada, entre os quais merecem destaque os seguintes:

- (a) os instrumentos contratuais examinados não prevêm a entrega de qualquer coisa aos clientes da Star One;
- (b) a coisa que a Star One alega entregar (a chamada “capacidade espacial do satélite”) não é infungível, como registram os próprios instrumentos contratuais;
- (c) os clientes da Star One não têm o dever de restituir o que quer que seja à companhia;
- (d) os clientes da Star One não têm qualquer possibilidade fática ou jurídica de reter a coisa alegadamente locada.

13. Examine-se, em separado, cada um destes aspectos.

II.1.A – Não há entrega de coisa

14. A obrigação fundamental do locador é a de proporcionar o uso e gozo da coisa locada. Tal obrigação, no dizer da doutrina, desdobra-se “de molde a cobrir três

⁹ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94.

aspectos de utilização pelo locatário: entrega, manutenção e garantia.”¹⁰ A entrega da coisa locada ao locatário constitui “a principal obrigação do locador, a obrigação chave, por assim dizer.”¹¹ Trata-se, de fato, do dever primeiro que o Código Civil impõe ao locador:

Art. 566. O locador é obrigado:

I – a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário (...)

15. Os contratos celebrados entre a Star One e seus clientes não contemplam a entrega de qualquer bem. Os satélites permanecem durante todo o lapso contratual na posse direta e indireta da Star One. Tais equipamentos não são entregues aos clientes da companhia, nem física, nem operacionalmente. Não há entrega física porque os satélites permanecem em suas órbitas, gravitando a mais de 36.000 quilômetros da superfície terrestre. Não há entrega operacional porque os clientes da Star One não passam a deter controle ou qualquer outra forma de ingerência sobre os satélites, limitando-se a manter o funcionamento das suas estações terrenas, como se vê, por exemplo, das obrigações descritas na cláusula 6ª do contrato celebrado entre a Star One e a Rádio Guaíba S/A.

16. A cláusula 4ª do mesmo contrato registra textualmente que a Star One mantém o pleno controle dos satélites, da sua posição orbital, da frequência utilizada e das demais características técnicas da transmissão satelital:

“4.3. O satélite, a posição orbital, a frequência da portadora e demais características técnicas serão designados pela Star One (...)”

17. E a cláusula 8ª daquele instrumento contratual acrescenta:

“8.1. Caberá à Star One indicar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para operação da Cessão ora contratada (...)”

18. Tais disposições repetem-se em todos os instrumentos contratuais examinados, revelando que a Star One não transfere a seus clientes, em nenhum momento, a posse direta ou indireta dos satélites. Tais equipamentos permanecem sob o comando e a governabilidade da companhia, que fornece todas as especificações técnicas para

¹⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2005, 12ª ed., atualizado por Regis Fichtner, p. 283.

¹¹ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, volume IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 5ª ed., p. 47.

a transmissão dos dados e supervisiona até mesmo a operação das estações terrestres de emissão e recepção, como se vê da cláusula 6.1.6 dos instrumentos contratuais mencionados:

“6.1. Constituem obrigações e responsabilidades da Contratante, além de outras previstas neste Contrato:

(...)

6.1.6. Assegurar livre acesso aos funcionários da Star One nos locais de instalação das ETTS, para avaliar o atendimento das mesmas aos parâmetros técnicos estabelecidos na Cessão.”

19. Não há, no âmbito das relações contratuais examinadas, a entrega de qualquer coisa aos clientes da Star One, elemento que seria imprescindível à configuração de locação ou cessão temporária de bem. Para justificar sua menção à locação, a companhia sustenta que a coisa cujo uso e gozo cede aos seus clientes não é o satélite em si, mas a “capacidade espacial do satélite”. Embora engenhoso, o argumento não conduz, tecnicamente, à qualificação contratual pretendida pela Star One.

II.1.B – A coisa que a companhia sustenta entregar não é infungível

20. “Contrato de cessão de capacidade espacial de satélite” é o título que a Star One reserva aos contratos celebrados com seus clientes. Tal capacidade consiste, como explica a companhia, no potencial de transmissão de uma determinada quantidade de equipamentos, denominados *transponders*, de que é munido cada satélite.¹² O bem cujo uso e gozo é cedido aos clientes não consistiria, assim, nos satélites (de cuja posse a companhia não se despede em nenhum momento), mas em um bem incorpóreo consubstanciado no potencial de transmissão de dados inerente a um certo conjunto de *transponders*.

21. O argumento não supera, contudo, o obstáculo à configuração da locação. Por definição legal, a locação é contrato que recai sobre “o uso e gozo de coisa não fungível” (art. 565), assim entendida aquela que é certa e individualizada, não podendo ser substituída por outra da mesma espécie, quantidade e qualidade.¹³ Como ressalta a doutrina:

“É da própria essência do contrato de locação a obrigação de restituir o bem locado, sem qualquer alteração (CC, art. 569, IV), o que retira da esfera deste contrato os bens fungíveis, como os consumíveis, a não ser que se estabeleça, no contrato, a sua infungibilidade.”¹⁴

¹² JRJ, processo judicial 2009.001.231930-9, petição inicial da Star One, p. 3.

¹³ Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

¹⁴ Gustavo Tepedino et alii, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251.

22. Basta examinar os contratos celebrados pela Star One para compreender que, ainda que fosse possível considerar a capacidade satelital como coisa locada, não seria possível considerá-la infungível. Não deixa qualquer dúvida acerca do tema a cláusula 8ª dos instrumentos contratuais examinados, em que se lê:

“8.1. Caberá à Star One indicar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para operação da Cessão ora contratada, considerando acordos operacionais firmados com outras empresas, nacionais e internacionais, operados de satélites. *A Star One poderá, a qualquer tempo, e caso necessário, a seu exclusivo critério, modificar tais designações* por motivo de ordem técnica ou em decorrência de novos acordos internacionais ou ainda de novas obrigações contidas em regulamentos nacionais e/ou internacionais.” (grifou-se).

23. Se pode a Star One alterar, “a seu exclusivo critério”, as “designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para operação”, não há dúvida de que a coisa que a companhia alega ceder aos seus clientes – a “capacidade espacial do satélite” – é fungível, podendo ser substituída por outra, da mesma espécie, qualidade e quantidade, nos exatos termos do art. 85 do Código Civil.¹⁵

24. Vale dizer: ainda que se considerasse verdadeira a tese da Star One, entendendo que o objeto do negócio não consiste no uso dos satélites em si, mas no uso de uma certa “capacidade espacial do satélite”, não seria possível, de acordo com o direito brasileiro, cogitar de locação. É que a capacidade espacial do satélite, se fosse o bem objeto da avença, seria claramente um bem fungível.

25. A cláusula 13ª dos instrumentos contratuais examinados reafirma, de modo muito claro, a aludida fungibilidade:

“13.5. No caso de ocorrência de falha do segmento de satélite objeto da Cessão, a Star One envidará seus melhores esforços no sentido de prover segmentos de satélite alternativos em outros satélites no SBTS para dar continuidade à prestação da Cessão nas condições contratadas.”

26. O exposto reconhecimento da possibilidade de se “prover segmentos de satélite alternativos em outros satélites no SBTS para dar continuidade à prestação” evidencia que o potencial de transmissão de cada conjunto de *transponders* pode (e, sempre que possível, deve) ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, demonstrando, a mais não poder, a fungibilidade do bem cujo uso e gozo

¹⁵ Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

a Star One sustenta transmitir. Como se vê, mesmo que se assumisse como verdadeira a linha argumentativa da Star One, a coisa cedida seria fungível, de modo que contrato de locação não haveria.

II.1.C – Não há dever de restituição

27. O principal dever que a legislação brasileira atribui ao locatário é o de restituir a coisa locada. Neste sentido, registra textualmente o art. 569, IV, do Código Civil:

Art. 569. O locatário é obrigado:

(...)

IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.

28. Os contratos de “locação” ou “cessão” de “capacidade espacial de satélite” celebrados pela Star One não prevêm a restituição da coisa supostamente cedida. Não há qualquer cláusula que regule uma futura devolução da capacidade satelital pelos clientes da companhia. A ausência é compreensível quando se reconhece que, apesar do título atribuído aos instrumentos contratuais, nada é transferido no âmbito daqueles contratos. Tanto os satélites, quanto a sua incorpórea capacidade satelital, permanecem todo o tempo sob o comando, o uso, o controle, o monitoramento e a governabilidade da Star One. Seus clientes nada podem restituir porque nada receberam.

29. Também não há como se cogitar, nas relações contratuais examinadas, do cumprimento de outros tanto deveres que a codificação civil atribui aos locatários. O já mencionado art. 569 lhes impõe, por exemplo, o dever de tratar a coisa “com o mesmo cuidado como se sua fosse”. Os clientes da Star One não teriam, ainda que desejassem, qualquer meio fático ou jurídico para descumprir tal dever, já que a coisa não se ocupam em momento algum, limitando-se a emitir suas informações de estações terrestres de acordo com as especificações técnicas fornecidas pela própria companhia.

II.1.D – Não há direito de retenção

30. Os contratos da Star One não se mostram incompatíveis apenas com os deveres legalmente atribuídos ao locatário, mas também com os direitos que a codificação civil lhes reserva. Dentre estes, avulta em importância o direito de retenção, contemplado nos arts. 571 e 578 do Código Civil, como meio eficiente de proteção do locatário contra o arbítrio do locador.¹⁶⁻¹⁷ Seu exercício legitima o prolongamento da posse do locatário no bem locado. Trata-se de meio lícito de coação, mediante a conservação da coisa em poder do locatário contra a vontade do locador.

¹⁶ Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.

¹⁷ Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador.

31. Embora o direito de retenção possa ser excluído pelas partes em um contrato de locação, seu pressuposto fático, que é a possibilidade natural de conservação da coisa, afigura-se inerente ao ajuste locatício, como reflexo da própria entrega do bem locado. Tal possibilidade inexistente, contudo, nos contratos celebrados pela Star One. Os instrumentos contratuais reconhecem expressamente que a Star One tem não apenas o direito, mas o poder técnico de interromper o uso dos satélites a qualquer tempo. É o que se extrai, por exemplo, da cláusula 11.3.2, que autoriza a “suspensão da cessão após o 30º (trigésimo) dia de atraso do pagamento, a critério da Star One”.

32. Se a interrupção da transmissão pode ser promovida pela Star One a seu exclusivo critério, parece claro que seus clientes não têm qualquer possibilidade jurídica ou mesmo fática de retenção dos satélites, dos *transponders* ou de sua capacidade espacial. Os equipamentos e seu potencial de transmissão conservam-se todo o tempo com a companhia, não havendo cessão aos seus clientes para que os explorem diretamente. O benefício que auferem da rede satelital é o benefício que auferem por meio da atuação da Star One.

II.2 – Os contratos da Star One não desempenham função locatícia

33. A qualificação dos contratos se opera, para a civilística tradicional, por meio da identificação dos elementos essenciais do tipo contratual na operação econômica realizada. Trata-se da chamada doutrina dos *essentialia*,¹⁸ método que se centra sobre uma análise exclusivamente estrutural do contrato. Viu-se, neste sentido, que os contratos celebrados pela Star One não apresentam os elementos essenciais da locação, como a entrega e restituição de bem infungível. A doutrina mais recente tem, contudo, destacado a importância de se proceder a uma análise funcional do contrato, que permita sua qualificação a partir não apenas da sua estrutura, mas também da finalidade econômica e social que pretende atender.¹⁹ Tampouco sob o prisma funcional os contratos da Star One se qualificam como locações.

34. A locação tem como propósito nuclear a transmissão de um bem para que o locatário dele extraia, por certo tempo, a utilidade que lhe convier. O locador se limita, neste sentido, a entregar a coisa, assumindo, a partir daí, uma postura relativamente passiva na relação contratual, que se destaca justamente pela sua não-interferência na utilização do bem entregue ao locatário. Mesmo quando é chamado a agir, o locador o faz a pedido do locatário, para resguardá-lo dos embaraços ou turbações de terceiros. Sua atuação se limita a remediar eventuais patologias que ameacem a exploração direta do bem pelo locatário.

35. Por definição, o locador não atua ativamente na extração da utilidade econômica da coisa. Nem mesmo auxilia o locatário no seu aproveitamento da coisa

locada. Limita-se a garantir sua utilização pacífica, rechaçando interferências indevidas sobre o bem que é objeto da locação. Ao locatário compete, com exclusividade, explorar economicamente a coisa, agindo por sua própria conta e risco, de modo a extrair do bem os benefícios que porventura lhe interessarem. O locador não envida qualquer esforço neste sentido, restringindo-se a cumprir uma obrigação de dar e a assegurar, pelo lapso contratual, a manutenção dos seus efeitos.

36. Vê-se daí que as relações contratuais estabelecidas pela Star One não se qualificam funcionalmente como locações. Independentemente da roupagem que se lhes atribua, os instrumentos contratuais analisados refletem uma conduta ativa da companhia, que auxilia continuamente seus clientes na transmissão dos seus dados pela via satelital. A leitura dos instrumentos contratuais revela, de fato, a atuação decisiva da Star One em todas as etapas da operação.

37. Das disposições contratuais extrai-se, por exemplo, que a Star One providencia o cadastramento e licenciamento do cliente junto à Anatel (cláusula 5.1.5); informa os equipamentos que devem ser utilizados pelo cliente (cláusula 5.1.7); ativa, no momento oportuno, a estação terrena do cliente (cláusula 5.1.6); realiza testes periódicos para avaliar a observância dos requisitos técnicos necessários à transmissão via satélite (cláusula 4.5); tem livre acesso aos locais de instalação das estações terrenas para avaliar o atendimento dos parâmetros técnicos (cláusula 6.1.6); avalia a compatibilidade do projeto apresentado com a transmissão dos dados via satélite (cláusula 5.1.2); examina eventuais modificações na configuração do sistema das estações terrenas de transmissão (cláusula 5.1.3); e assim por diante.

38. Verifica-se, ainda, nos contratos examinados que é a Star One quem informa aos clientes de eventuais interrupções ou suspensões decorrentes de interferência solar no funcionamento dos satélites (cláusula 13.2); faz a manutenção preventiva dos satélites (cláusula 13.3); e provê segmentos alternativos em outros satélites no caso de falhas técnicas (cláusula 13.5). Além disso, assegura que a remuneração paga pelos seus clientes corresponderá à adequada transmissão de dados pela via satelital, concedendo descontos “por interrupções ou suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade” (cláusula 13.1).

39. Os contratos celebrados entre a Star One e seus clientes não desempenham, deste modo, a função típica da locação. Não formalizam a cessão de uso e gozo de um bem para que dele façam uso os clientes, como melhor entenderem, reservando-se à Star One uma posição passiva de não-interferência. Muito ao contrário, os contratos examinados revelam uma atuação ativa e continuada da companhia para atender ao propósito dos seus clientes, os quais não se dispõem a operar, por sua própria conta e risco, os satélites, confiando, isto sim, na especialização técnica e trabalho diligente da Star One.

40. Para além, portanto, da ausência dos elementos estruturais indispensáveis à configuração da locação, os contratos da Star One não desempenham a função sócio-econômica que caracteriza os ajustes locatícios ou de cessão temporária de bens.

¹⁸ A denominação advém da clássica tripartição dos elementos do negócio jurídico em essenciais (*essentialia*), naturais (*naturalia*) e acidentais (*accidentalita*). Ver, sobre o tema, Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2000, 3ª ed., pp. 30-39.

¹⁹ Confira-se, entre outros, Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera, *Structura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona: Bosch, 1979, pp. 696-710.

II. 3. Qualificação dos contratos da Star One como prestação de serviço

41. Como visto, os contratos celebrados pela Star One não se qualificam como contratos de locação. Pelos instrumentos contratuais examinados, a Star One não assume obrigação de ceder o uso e gozo de bem infungível, nem seus clientes assumem obrigação de restituir o que quer que seja. A relação contratual entre as partes centra-se sobre obrigação que não é de dar, mas de fazer.

42. Das diversas cláusulas contratuais já examinadas, extrai-se um amplo feixe de tarefas assumidas pela Star One, que atua em todo o processo técnico e jurídico de transmissão satelital de dados. Como se viu, a Star One age, em uma primeira etapa, providenciando o cadastramento e licenciamento do cliente junto à Anatel (cláusula 5.1.5); informando os equipamentos que devem ser utilizados (cláusula 5.1.7); e assessorando amplamente os seus clientes nos preparativos para a transmissão. No momento oportuno, a Star One “ativa” as estações terrenas dos clientes (cláusula 5.1.6), o que equivale a viabilizar a transmissão de dados entre elas por meio dos seus satélites. Ao longo de todo o lapso contratual presta assistência aos clientes, assegurando o correto funcionamento dos satélites e se responsabilizando por eventuais interrupções ou suspensões na transmissão de dados (cláusulas 13.2, 13.3 e 13.5).

43. Em outras palavras: a companhia não apenas prepara toda a operação de transmissão, como também “transporta” efetivamente as informações de uma a outra estação terrena dos clientes. Sua participação é ativa e permanente, não se confundindo com a posição contratual de um locador ou mero cedente. O conhecimento técnico necessário à operação da rede satelital pertence exclusivamente à Star One, não se propondo seus clientes a operar, por iniciativa própria, o equipamento espacial.

44. Neste contexto, não há dúvida de que os contratos celebrados pela Star One qualificam-se, de acordo com o direito brasileiro, como contratos de prestação de serviço.

45. Contrato “dominado pelas regras das obrigações de fazer”,²⁰ a prestação de serviço caracteriza-se justamente por ser espécie contratual de caráter residual, onde acabam por recair todos os ajustes centrados sobre uma atividade do contratado que não se enquadrem em outros tipos contratuais caracterizados por um *facere* específico, como o transporte ou o mandato. É este o caso dos contratos celebrados pela Star One, que se obriga a transmitir dados de uma a outra estação terrena dos seus clientes, mediante o uso de satélites que a própria companhia opera e controla.

46. A estrutura dos referidos contratos, já se viu, é composta por um amplo conjunto de obrigações de fazer assumidas pela Star One em troca de uma remuneração periódica, como é próprio da prestação de serviço. A análise funcional dos contratos examinados confirma esta conclusão. Seu propósito consiste, claramente, em atribuir aos clientes da Star One uma utilidade econômica consubstanciada na transmissão de dados entre suas estações terrenas, utilidade que se confunde com a própria atuação

da companhia. Aos clientes da Star One não interessa qual o satélite utilizado, ou quais os *transponders* que lhe são reservados em cada satélite. Seu objetivo limita-se à correta transmissão de seus dados de uma estação terrena a outra. Falta-lhes não apenas o *know-how*, mas também o interesse para operar os satélites.

47. Eis a circunstância que torna inviável, no direito brasileiro, a tese da Star One de que sua atividade se limita à locação da “capacidade espacial do satélite”. É evidente que a imensa maioria dos serviços depende, para sua prestação, da operação de algum equipamento, mas isso não converte o ajuste em um contrato de locação, se aquilo que o cliente persegue não é a exploração por ele próprio do maquinário, mas a operação do equipamento, no seu interesse, pelo prestador. Em um exemplo trivial, quem vai ao cinema não celebra contrato de locação de “capacidade cinematográfica do projetor”; contrata, isto sim, a prestação do serviço de projeção do filme.

48. Mesmo que o serviço contratado consista tão-somente em operar o equipamento, a avença não se transmuta em locação. O prestador do serviço de lavagem de automóveis se limita, muitas vezes, a apertar um botão para acionar o lava-jato. Nem por isso o contrato se converte em uma locação ou cessão da “capacidade de higienização do lava-jato”. O contrato continua a ser de prestação de serviço. Não se desnatura, porque o fornecedor continua assumindo uma obrigação que não é de dar, mas de fazer, da mesma maneira que o cliente continua interessado na realização do serviço e não na exploração direta do bem, cuja posse permanece todo o tempo com o próprio prestador.

49. O que a Star One oferece, por meio dos instrumentos examinados, é claramente a prestação de um serviço. Todo o esforço para apresentar tais contratos como locação ou cessão não é capaz de alterar sua qualificação. O título atribuído aos instrumentos contratuais é de todo irrelevante. Como já advertia Darcy Bessone em obra elegante sobre a teoria geral dos contratos, “*il y a le nom et la chose*, dizem os franceses, querendo significar que o nome não altera a essência da coisa”.²¹

50. De fato, “não é a parte quem dá o nome ao contrato, mas a natureza jurídica deste, e o fato dos contratantes lhe darem certo nome não obsta que, verificada aquela natureza, seja ele diversamente denominado pelo juiz e submetido aos preceitos reguladores do contrato correspondente”.²² Seja qual for a terminologia empregada pela Star One nos seus instrumentos contratuais, mantida a estrutura e a função da operação econômica examinada, tais contratos continuarão a ser, no direito brasileiro, contratos de prestação de serviço.

51. A este propósito, afigura-se revelador o exame dos contratos celebrados pela Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A., anteriormente à sua privatização, em 1998. Tais contratos, que tinham por objeto a mesma operação econômica desempenhada atualmente pela Star One, intitulavam-se “Contratos para a Prestação do Serviço Especial de Transmissão Digital de Áudio e Dados Via Satélite”.

52. Para além do título, confira-se a redação das cláusulas 1ª e 2ª de um destes contratos, celebrado entre Embratel e Rádio Itatiaia Ltda. em 16 de fevereiro de 1995:

²⁰ Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1957, 4ª ed., p. 85.

²¹ Darcy Bessone, *Do Contrato – Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 225.

²² E. V. de Miranda Carvalho, *Contrato de Empregada*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 16.

“Cláusula Primeira – Objeto do Contrato

1.1. O presente Contrato de Direito Público tem por objeto a prestação pela Embratel e a utilização, pela Contratante, do Serviço Especial de Transmissão Digital de Áudio e Dados Via Satélite (SETADS), doravante referido simplesmente como Serviço.

Cláusula Segunda – Descrição do Serviço

2.1. O Serviço consiste no fornecimento, à Contratante, mediante a cobrança de valores mensais, de 2 (dois) circuitos digitais unidirecionais via Brasilsat, para uso permanente e exclusivo da Contratante em conformidade com as especificações estabelecidas nos Anexos I, II e III, destinado a Transmissão Digital de Áudio e Dados, em circuito fechado, utilizando o Sistema Brasileiro de Telecomunicações por Satélite (SBTS), para uso dentro dos limites do território nacional brasileiro.”

53. A Star One, que se apresenta como “uma empresa Embratel”, adota terminologia diversa em seus instrumentos contratuais, mas reproduz substancialmente as disposições daquele contrato de 1995, como se vê especialmente das cláusulas 5ª, 6ª e 7ª, que descrevem as obrigações das partes. Trata-se rigorosamente da mesma operação econômica: a prestação do serviço de transmissão de dados via satélite. A mera alteração do título e das expressões empregadas nos contratos atuais não tem o condão de modificar a sua natureza, que continua a ser de prestação de serviço.

54. Na mesma direção, verifica-se que a própria Star One, ao anunciar em seu *site* a obtenção de novo certificado de qualidade, descreve a sua atividade como sendo de prestação de “serviço de controle de satélites”. Confira-se a afirmação da companhia na rede mundial de computadores:

“A Star One tem um dos controles de satélites mais confiáveis em todo o mundo. Seu certificado ISO 9001:2000, para o *Serviço Controle de Satélites*, foi obtido após um trabalho de migração entre as certificações ISO 9002:1994 e ISO 9001:2000. É um feito e tanto para uma empresa que foi a primeira operadora de satélites do mundo a ter esse *serviço* certificado pela ISO, em 1998.

Isso significa que a Star One é detentora de um prestígio global. Essa certificação é o reconhecimento, nacional e internacional, da padronização implantada no *serviço de controle de satélites brasileiro*, que tem melhorado significativamente, garantindo maior qualidade e confiabilidade para os usuários dos satélites Brasilsat e Star One C.”²³ (grifou-se).

²³ Informações disponíveis em <http://www.starone.com.br/internas/qualidade/index.jsp>, acessado em 15 de junho de 2010.

55. Também os atos constitutivos da Star One confirmam que a sua atividade não é de mera locação ou de cessão de satélites, mas de prestação de uma série de serviços de comunicação, relacionados à transmissão de dados por meio satelital. No art. 3º do Estatuto Social da companhia, lê-se que a Star One tem como objeto social “principal e especialmente a exploração de satélites”, o que abrange, inclusive, “operar o equipamento terrestre necessário” ao desenvolvimento da referida atividade (item i). O mesmo dispositivo estatutário contém referências ao “desenvolvimento de projetos, a construção, instalação, operação, exploração e manutenção de satélites” (art. 3º, item ii); ao “transporte de sinais de telecomunicações, através de satélites brasileiros” (art. 3º, item xi); e, por fim, à “prestação de serviços de telecomunicações no Brasil” (art. 3º, item xii).

56. Como se vê, não é apenas a análise estrutural e funcional dos instrumentos contratuais celebrados pela Star One que revela a configuração de uma autêntica prestação de serviço. Diversos elementos externos àqueles contratos, como o estatuto social da companhia e as suas declarações na rede mundial de computadores, confirmam tal conclusão. Um olhar ainda mais amplo atestaria que o expediente empregado pela Star One não é original: em diversos países, sociedades prestadoras do serviço de transmissão de dados via satélite têm procurado apresentar seus contratos como sendo de “locação” de satélites, possivelmente com o propósito de escapar à tributação do serviço.

57. Neste sentido, revela-se emblemática proposta atualmente em curso na *OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development*. Com efeito, a minuta para discussão pública dos comentários ao artigo 12 da Convenção Modelo sobre Tributação da OECD aborda especificamente o tema da qualificação contratual do chamado provimento de capacidade satelital. A proposta da OECD afirma, em síntese, que, embora os respectivos contratos se refiram freqüentemente a uma “locação” de *transponder*, “o satélite é operado pelo locador e o locatário não tem acesso ao *transponder* que lhe foi atribuído”. Conclui, deste modo, que os pagamentos feitos pelos clientes, no âmbito destes contratos, devem ser considerados “pagamentos por serviços”, e não pagamentos “pelo uso ou direito de usar” o aludido equipamento.²⁴

58. A mesma conclusão se aplica no direito brasileiro, onde, como visto, a operação econômica de transmissão de dados via satélite não se caracteriza, nem estrutural, nem funcionalmente, como locação, mas sim como prestação de serviço.

²⁴ 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.”

III. Resposta aos quesitos formulados

59. A título de conclusão, passa-se à resposta específica de cada um dos quesitos formulados.

1. Quais os requisitos essenciais para a caracterização, no direito brasileiro, de um contrato de locação, especialmente de coisa móvel?

Resposta: A locação consiste no contrato por meio do qual alguém se obriga a ceder a outrem o uso e gozo de coisa não fungível, por determinado tempo, mediante retribuição (Código Civil, art. 565). Elementos essenciais da locação são, portanto, o bem infungível, cuja posse direta é temporariamente transmitida ao locatário, e a retribuição paga, em contrapartida, ao locador. É indispensável à caracterização da locação que o locador assuma a obrigação de entregar o bem infungível ao locatário e que este se obrigue, por sua vez, a restituir o bem ao locador no encerramento do lapso contratual. Sob o prisma funcional, a locação desempenha propósito sócio-econômico específico, consubstanciado na exploração direta do bem pelo locatário, sem co-participação do locador, que assume posição passiva caracterizada justamente pela sua não-interferência na utilização do bem entregue ao locatário.

2. Tendo em vista os documentos apresentados, a atividade da Star One S.A. pode ser considerada como de locação?

Resposta: Os instrumentos contratuais celebrados pela Star One não configuram contratos de locação. Não há entrega de qualquer bem aos clientes da Star One. Os satélites permanecem todo o tempo na posse direta e indireta da companhia. Tampouco se pode falar em locação da capacidade espacial do satélite, já que, consoante registrado nos próprios instrumentos contratuais (cláusulas 8.1 e 13.5), tal capacidade é fungível. Carecem, ainda, os contratos examinados de qualquer dever de restituição por parte dos clientes da companhia. De locação não se trata.

3. Em não sendo de locação as relações firmadas entre a empresa acima mencionada e seus clientes, qual seria a classificação do contrato? Qual seria a natureza da obrigação assumida?

Resposta: Os contratos celebrados pela Star One caracterizam-se como contratos de prestação de serviço. A companhia assume uma série de obrigações de fazer, atuando continuamente no interesse de seus clientes. Como revela a leitura dos instrumentos contratuais, a Star One age, em uma primeira etapa, provi-

denciando o cadastramento e licenciamento do cliente junto à Anatel (cláusula 5.1.5); informando os equipamentos que devem ser utilizados (cláusula 5.1.7); e assessorando amplamente os seus clientes nos preparativos para a transmissão. No momento oportuno, a Star One “ativa” as estações terrenas dos clientes (cláusula 5.1.6), o que equivale a viabilizar a transmissão de dados entre elas por meio dos seus satélites. Ao longo de todo o lapso contratual presta assistência aos clientes, assegurando o correto funcionamento dos satélites e se responsabilizando por eventuais interrupções ou suspensões na transmissão de dados (cláusulas 13.2, 13.3 e 13.5).

4. É correto dizer que a relação contratual entre a empresa e seus clientes é de prestação de serviços de comunicação?

Resposta: De acordo com os instrumentos contratuais examinados, a obrigação principal da Star One consiste em transmitir dados de uma a outra estação terrena de seus clientes, pela via satelital. Neste sentido, os contratos celebrados pela Star One configuram contratos de prestação de serviços de comunicação, já que se centram sobre o transporte de dados de uma localidade a outra, por meio do uso da rede de satélites da companhia. Acrescenta-se, por fim, que seu próprio estatuto social, ao descrever o objeto social da Star One, refere-se à “prestação de serviços de telecomunicações no Brasil” (art. 3º, item xii).

60. É o parecer.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 2010

ANDERSON SCHREIBER
Procurador do Estado