

Os limites da autonomia privada na qualificação jurídica do denominado contrato de cessão de capacidade espacial de satélite

Mauricio MOTA*

SUMÁRIO: 1. A consulta; 2. O parecer. 1. O princípio da autonomia privada e a atipicidade dos contratos; 2. Tipicidade e atipicidade dos contratos; 3. A qualificação e sua importância na interpretação dos contratos; 4. A origem comum da locação de coisas, da prestação de serviço e da empreitada na *locatio conductio* romana e sua progressiva diferenciação; 5. A distinção entre locação e prestação de serviço no Direito brasileiro. 6. A qualificação dos contratos firmados entre a Star One e seus clientes; 7. A qualificação dos contratos da Star One como prestação de serviços; 8. Conclusão e resposta aos quesitos.

1. A CONSULTA

O ilustre advogado Dr. A nos dá a honra de formular consulta sobre questão que vem sendo debatida em controvérsia jurídica ajuizada sobre a prestação de serviço de comunicação de cessão de capacidade espacial de satélite.

Versa a consulta sobre a qualificação jurídica dos denominados contratos de cessão de capacidade espacial de satélite assinados entre a Star One S.A. e seus clientes. Para tanto solicita o ilustre advogado o exame de diversos desses contratos assinados entre a Star One S.A. e seus clientes e a resposta 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?

Em face das indagações, examinaremos, sucessivamente, a autonomia privada e a tipicidade contratual, o problema da qualificação jurídica dos contratos, os critérios de qualificação, a causa dos contratos, a base do negócio jurídico, a distinção entre locação e prestação de serviço no direito brasileiro; a qualificação dos contratos celebrados pela

* Professor do Mestrado e Doutorado em Direito e Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Civil pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado e parecerista em Direito Privado.

Star One S.A. e seus clientes e, concluindo, a resposta específica aos quesitos formulados.

2. O PARECER

1. O princípio da autonomia privada e a atipicidade dos contratos

A autonomia privada consubstancia-se no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem para a autorregulamentação de suas relações privadas, possibilitando a realização livre de negócios jurídicos e a determinação de seus respectivos efeitos.¹ Faculta-se aos particulares a disposição de seus interesses como melhor lhes aprouver, sendo estes satisfeitos por iniciativa própria, tendo em vista que o ordenamento jurídico atribui a todo homem a capacidade de, através de uma manifestação de vontade, criar, modificar ou extinguir direitos e relações jurídicas.

No Direito contratual, tal princípio se consubstancia na liberdade contratual, ou seja, na faculdade de celebrar ou não um contrato, de escolher o contratante e de estabelecer o conteúdo do contrato. Na lição de Orlando Gomes, “a *liberdade contratual propriamente dita* é o poder conferido às partes de suscitar efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente”.² Modernamente, tem se tornado corrente a distinção entre os termos liberdade contratual e liberdade de contratar, a fim de destacar os dois diferentes aspectos da liberdade negocial. Neste sentido, a liberdade de contratar seria a faculdade de realizar ou não determinado contrato, ao passo que a liberdade contratual seria a faculdade de determinar o conteúdo contratual.³

Em virtude disto, as pessoas que almejam obrigar-se não estão adstritas a utilizar apenas os tipos contratuais previstos em lei, sendo-lhes facultado criar novas espécies contratuais com o intuito de satisfazer as necessidades sociais decorrentes da evolução econômica. Assim, se não há um tipo, “há o espaço de autonomia que o sistema clássico dá às partes para erigirem modalidades contratuais que lhes interessem”.⁴ Neste sentido, o Código Civil de 2002 consagra o princípio da atipicidade dos contratos em seu artigo 425, nos seguintes termos: “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.⁵

¹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23.

³ Para Arnaldo Wald, “o interesse da distinção estaria fundamentalmente em enfatizar que, enquanto a liberdade de contratar ‘tem sido mantida em termos gerais’, já a liberdade contratual *tem sofrido amplas restrições*” (Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos, v. 2. 7^a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 121).

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 44.

⁵ Idêntica previsão encontra-se no Código Civil português que prevê: “Artigo 405 (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”.

O Codice Civile italiano contém disposição similar: “Art. 1322 Autonomia contrattuale.

Numa sociedade como a atual, marcada pela velocidade de modificações na tessitura social, tais contratos adquirem grande relevância já que são estes que permitem a constante adequação do fenômeno jurídico às demandas sociais que não param de se multiplicar, evitando se estabeleça uma discrepância abissal entre a realidade prática e a sistematização legal abstrata.

Os contratos atípicos subdividem-se em contratos atípicos puros ou propriamente ditos e mistos. Os primeiros são completamente diferentes dos tipos legais previstos, trazendo elementos novos; já os segundos resultam da combinação de elementos próprios de outros tipos contratuais. Os contratos mistos são contratos cuja estrutura engloba elementos característicos de dois ou mais contratos típicos. Apesar de haver proximidade entre dois ou mais tipos contratuais, tais contratos não correspondem a nenhum dos tipos que o constituem, apenas têm aspectos de cada um deles. Assim, devem ser considerados como contratos atípicos e incluídos nesta categoria.

Observe-se que nos contratos mistos há unidade contratual, isto é, combinam-se elementos de diferentes tipos contratuais, não se confundindo com a união de contratos, na qual há uma pluralidade contratual. De acordo com a classificação proposta por Enneccerus, a união de contratos pode se apresentar das seguintes formas: meramente externa, com dependência ou alternativa.⁶

A união meramente externa é apenas instrumental, referindo-se à hipótese em que os contratos conservam sua autonomia. A rigor não se configuraria uma união, já que estes contratos não se complementam, nem se excluem. A união com dependência ocorre quando, apesar de cada um dos contratos celebrados manter sua autonomia, há uma relação de dependência entre eles. Esta dependência pode ser recíproca (bilateral) ou não (unilateral); no primeiro caso tais contratos condicionam-se mutuamente, no segundo caso apenas um contrato depende do outro. A união alternativa caracteriza-se quando são estabelecidos dois contratos e, conforme se realize ou não determinada condição, apenas um deles subsiste; assim, embora unidos, são reciprocamente excludentes.

Desta forma, sob os pilares da autonomia privada, alicerça-se um regime jurídico dispositivo, o qual permite que as partes construam novos tipos contratuais. A autonomia privada justifica e fundamenta a existência de contratos atípicos, sendo certo que, diferentemente dos direitos reais, os quais são regidos pelo princípio da tipicidade, as relações contratuais são *numerus apertus*, não estando previstas de forma taxativa em lei, sendo, portanto, modeláveis às expectativas e necessidades dos contratantes.

2. Tipicidade e atipicidade dos contratos

Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative).

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

⁶ ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*. T. II. v. 2, 1º. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1966, p. 7/8.

A distinção entre contratos nominados e inominados remonta ao Direito Romano. Nominados eram aqueles identificados por seus próprios nomes, cujas características dogmáticas eram precisas e determinadas, tais como a venda, a locação, a sociedade, o comodato, dotados de ação e revestidos de todos os efeitos jurídicos. Já os inominados, não possuíam nome próprio, e não se enquadravam nos modelos pré-estabelecidos, resultando, em geral, da fusão de dois ou mais contratos nominados, abrangendo um número ilimitado de contratos não dotados de uma ação especial e que produziam efeitos limitados.

Contudo, como adverte o ilustre mestre Orlando Gomes, a atual distinção entre contratos típicos e atípicos não corresponde à antiga distinção romana entre contratos nominados e inominados. Isto porque o fundamento da admissibilidade de contratos não previstos no texto legal é essencialmente distinto. Enquanto no Direito Moderno tal admissibilidade repousa no princípio da liberdade contratual, no Direito Romano, admitia-se o contrato inominado em face da generalização dos contratos reais.⁷

Atualmente, tem-se optado pela utilização dos termos contratos típicos e atípicos, sendo, segundo a doutrina tradicional, os primeiros aqueles previstos em lei e os segundos aqueles que não são objeto de previsão legal específica. Todavia, tal definição denota-se restritiva e insuficiente para definir o que se deve entender por tipicidade e atipicidade contratuais numa perspectiva contemporânea, impondo-se sua ampliação, a fim de coaduná-lo com a realidade social em que os contratos invariavelmente estão inseridos.

Como é de sabença, o Direito é uma ciência social, isto é, foi criado pelo homem e para o próprio homem, tendo por finalidade reger as relações que se estabelecem entre os indivíduos no seio da sociedade. Tais relações, especificamente as contratuais, em homenagem ao princípio da autonomia privada, a princípio, independem de qualquer autorização ou previsão legal: elas apenas surgem do imaginário humano face à infinidade de novas necessidades a serem satisfeitas. O legislador, por mais esforçado que seja, jamais conseguirá legislar no mesmo ritmo em que as mudanças sociais ocorrem, havendo uma insolúvel defasagem entre as previsões legais e as relações contratuais que se estabelecem na vida de relação.

Tendo em vista o caráter fluido do tipo, os conceitos de tipicidade e atipicidade são relativos, variando conforme o contexto histórico no qual estão inseridos, em função do conteúdo que um determinado ordenamento jurídico determina. Estes devem sempre ser analisados sob dois planos: o plano legal e o plano social, tornando-se possível distinguir os tipos contratuais em legais ou extralegais. Os primeiros são previstos na lei, os extralegais são os socialmente típicos, isto é, os que existem na prática da contratação.⁸

⁷ GOMES, Orlando. *Contratos. op. cit.*, p.103.

⁸ A tipicidade social é assim definida por DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. v. I. 5 ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 387.: “En cambio, se puede hablar de una tipicidad social, para hacer referencia a aquellos contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la consciencia social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Son socialmente típicos aquellos contratos que, aunque carezcan de una disciplina normativa

Cumprе ressaltar que, para que o tipo contratual seja considerado legalmente típico, é necessário que se encontre na lei um modelo disciplinador do contrato, não bastando uma previsão legal genérica, qual seja, apenas um *nomen iuris*, de forma que a distinção entre contratos nominados e inominados nos dias atuais perde a importância. Por seu turno, a divisão entre contratos típicos ou atípicos remonta à idéia de existência ou não de disciplina própria, seja na lei ou na prática.

Socialmente típicos são aqueles contratos cuja prática é constante e reiterada por uma determinada coletividade, independentemente de previsão legal específica. Por esta razão, se as partes, ao celebrarem um contrato socialmente típico, silenciam acerca de determinados aspectos do mesmo, isto significa uma remissão tácita para o que é socialmente característico deste contrato, devendo o julgador proceder à observação da realidade social, recorrendo às estipulações ou usos consagrados, bem como às finalidades e expectativas almejadas pelos contratantes a fim de integrar as disposições das partes.

Em consonância com o acima exposto, no que se refere à atipicidade contratual, note-se que esta não designa apenas os contratos que não encontram respaldo no texto legal – os quais podem ser socialmente típicos – mas também aqueles que não estão consagrados na prática social, na vida de relação. Admite-se, deste modo, a existência de um contrato legalmente atípico que seja socialmente típico.

As espécies legais de contratos geralmente correspondem a uma realidade social, surgindo da *praxis*, vindo posteriormente a receber a chancela legislativa. Deste modo, na grande maioria dos casos, a vida cotidiana antecipa-se ao legislador, criando tipos contratuais socialmente aceitos, fenômeno conhecido como geração indutiva do tipo. Quando a lei reconhece e disciplina tais tipos sociais, essas práticas transformam-se em tipos legais. A tipificação legislativa tem dupla função: completar as estipulações das partes e assegurar a igualdade de tratamento a situações iguais, realizando o princípio constitucional da isonomia, que impõe que os contratos do mesmo tipo tenham uma mesma disciplina jurídica.

A realidade social e o tipo interagem, são interdependentes, podendo-se afirmar que um constitui o outro. Tal assertiva remonta à idéia de função promocional do Direito, o qual, face aos novos anseios e exigências sociais, deve também proporcionar a transformação da realidade, criando regras jurídicas aplicáveis às novas situações surgidas. Os paradigmas fáticos impõem-se ao jurídico, sendo tipificados, propondo-se uma noção generalizante diante de um conjunto de fatos, nascendo a idéia que os italianos denominam de *fattispecie* e os alemães de *tatbestand*. Como bem expõe Luiz Edson Fachin:

(...) a emolduração abstrata da figura do contrato (ou da própria figura do negócio jurídico) não se fez tendo em conta uma eventual projeção de uma relação jurídica potencial, vale dizer, reportando-se

consagrada por la ley, poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un nomen iuris por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o jurisprudencial”.

às exigências concretas. O que se fez, considerando determinadas práticas da sociedade, foi o desenho normativo da projeção ideal de interesses relevantes no tráfego jurídico⁹

Assim, como supramencionado, via de regra, a um tipo contratual legal corresponde um tipo contratual social que lhe constitui e lhe é anterior. Em contrapartida, podem existir tipos legais que não sejam socialmente típicos ou porque caíram em desuso ou pelo fato de serem importados de legislações alienígenas sem que tenham força suficiente para subsistir na vida social. Por sua vez, os tipos sociais podem ter ou não tipos legais correspondentes, o que irá depender da vontade legislativa, uma vez que há tipos que são construções sociais muito recentes e outros o legislador não julgou conveniente disciplinar.

Note-se que nem toda praxe contratual pode ser caracterizada como um tipo social, sendo necessário que tal prática seja constante e largamente difundida, ocorrendo em uma grande variedade de casos, vez que a tipicidade não se coaduna com o particularismo. Além disso, entre esses casos deve existir uma ligação que permita caracterizá-los como do mesmo tipo, além do reconhecimento social de tais práticas como algo vinculante.¹⁰

Importante ainda salientar que o nascimento do tipo legal não faz com que o tipo social que o originou desapareça do mundo jurídico, mantendo este sua existência como fenômeno social e jurídico. Isto também não significa que o mesmo tenha se tornado lei. Em verdade, o tipo legal e o social coexistem e influenciam-se mutuamente, pois, se por um lado, o tipo social serve como escopo para a criação do tipo legal, este por sua vez estabelece um regramento positivo compatível e aplicável ao mesmo, ainda que de forma supletiva.

Os tipos sociais têm importante função criadora do Direito, servindo de parâmetro para a interpretação e regulamentação dos contratos legalmente típicos a que dão origem. Contudo, ao edificar um tipo legal tendo por base um tipo social, o legislador não está adstrito a reproduzi-lo em sua totalidade, podendo fazer algumas modificações desde que não altere a essência do próprio tipo, descaracterizando-o.

Desta forma, a identidade do tipo social é o limite à atuação legislativa. Caso contrário tratar-se-ia de criação de um tipo legal diferente, dotado de sentido diverso da conduta

⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil. op. cit.* p.200.

¹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 61.

social que se busca consagrar no texto legal, não havendo correspondência entre ambos. Todavia, não se pode olvidar que o legislador, ao estabelecer um modelo regulatório do tipo social, define seus elementos essenciais e acidentais, impondo suas concepções acerca da justiça interna do contrato.

3. A qualificação e sua importância na interpretação dos contratos

3.1. Conceito

No dizer de Enzo Roppo, a “*qualificação é a operação lógica através da qual o intérprete individualiza a que tipo contratual um contrato concreto pertence*”.¹¹ Insta salientar que esta não é uma questão que se coloca apenas no âmbito contratual, perpassando por todas as áreas do Direito já que tem por objetivo promover a delimitação de um objeto, explicando o seu sentido a fim de encontrar o regime aplicável às relações jurídicas a este atinentes.

Contudo, há quem sustente sua desnecessidade, alegando que “*as prestações contratuais podem ser reduzidas às categorias de coisa, trabalho e direito, estando invariavelmente sempre fixadas em lei. Além disso, tendo em vista a afinidade entre os diversos tipos contratuais, não se pode qualificar os contratos ditos novos como atípicos. Estes seriam pseudo-novos contratos, tratando-se de mera combinação entre contratos já tipificados*”.¹²

A qualificação não se confunde com a classificação. Enquanto aquela se refere a um tipo contratual, esta trata de uma classe de contratos. Classe é um conjunto de objetos que apresenta características semelhantes, agrupados em torno de uma ou mais qualidades. Note-se que a classificação tem por objetivo determinar as categorias em que se subdivide um conjunto de contratos tendo por base critérios que verificam a presença ou não de determinadas características que lhes são comuns. Por seu turno, a qualificação pretende estabelecer a que tipo contratual um determinado contrato pertence.

Para que se possa proceder à qualificação de um determinado contrato, impõe-se sempre a verificação da correspondência entre a regulação contratual pretendida pelas

¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 133.

¹² SBISÀ, Giuseppe. *Contratti inominati: riconoscimento e disciplina della prestazione in tipicità e atipicità dei contratti*. Milão: Giuffrè, 1983, p 120/121.

partes e os tipos abstratamente previstos pelo ordenamento jurídico. Com efeito, o intérprete deve ter uma noção do conteúdo e do sentido das estipulações, isto é, uma compreensão prévia do contrato a ser qualificado, bem como dos tipos legais potencialmente aplicáveis. Uma vez delimitada as alternativas possíveis, os tipos legais elegíveis, deve-se “experimentar” um a um a fim de verificar qual deles melhor corresponde às relações contratuais estabelecidas.

Pedro Pais de Vasconcelos nos ensina que a qualificação é um juízo predicativo, isto é, um juízo de correspondência que tem por base a semelhança, que é uma qualidade intermediária entre a igualdade e a diferença.¹³ Não é necessária a total coincidência de elementos do contrato com o modelo legal ou social previsto, devendo-se proceder a uma análise global deste. Daí vislumbra-se que a verificação da correspondência ao tipo é graduável, podendo ser maior ou menor, não se aplicando no sistema do “tudo ou nada”, sim ou não. De acordo com a maior ou menor correspondência, concluir-se-á pela maior ou menor tipicidade.

Ocorre que a elasticidade do tipo cria dificuldades referentes à qualificação de um contrato como típico ou atípico, delimitando suas fronteiras, o que faz com que o raciocínio acima mencionado seja de difícil aplicação em face de tipos contratuais legais. Isto porque o juízo de correspondência de um contrato a um tipo legal traz consigo a questão da determinação de fronteiras certas e do caráter vinculativo das definições legais, o mesmo não ocorrendo com os tipos sociais, que são mais fluidos, tendo em vista a ausência de limites definidos em lei.

Nesta esteira, o juízo acerca da tipicidade ou atipicidade de um contrato implicará na determinação do regime jurídico aplicável ao contrato em tela. Havendo um juízo de correspondência entre um contrato e um tipo legal, são aplicáveis as disposições do modelo regulativo previsto em lei. Por outro lado, decidindo-se pela correspondência do contrato a um tipo social que não tenha regras previstas em lei, deve-se recorrer ao modelo regulativo socialmente típico, isto é, às práticas sociais reiteradas (condutas socialmente típicas) a fim de interpretar o contrato. Note-se que, ao se qualificar um contrato como pertencente a um determinado tipo legal, deve-se aplicar as normas previstas em lei para regular tal tipo. Contudo, o mero enquadramento dos fatos ao modelo legal não tem o condão de proporcionar a resolução automática do problema abordado, sendo necessário que se estabeleça uma conexão entre os fatos e a previsão legal abstrata.

¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos. op. cit.* p. 167.

No que se refere ao alcance da qualificação, esta deve ser entendida como um primeiro passo a fim de encontrar regras potencialmente aplicáveis a uma determinada situação fática, verificando-se posteriormente se, e em que medida, tais regras são aplicáveis. Em outras palavras, uma vez definido o tipo legal a que se enquadra, não se trata de aplicar imediatamente as previsões legais ao mesmo atinentes. Para além disso, a inquirição acerca da qualificação de um contrato deve também abranger a subsequente análise da aplicabilidade do regime do tipo contratual em tela ao caso concreto.

Uma vez estabelecido o conceito e a importância da qualificação, bem como a necessidade de se estabelecer uma correspondência entre o contrato em análise e os tipos legais ou sociais, resta-nos analisar e saber quais são os critérios para se afirmar esta correspondência.

3.2. Critérios de qualificação

3.2.1. A doutrina dos *essentialia*

Tal doutrina parte de uma classificação tripartida do conteúdo contratual em elementos essenciais, naturais e acidentais. Os elementos essenciais ou *essentialia* são aquelas coisas sem as quais o contrato não pode existir, correspondem ao mínimo que as partes devem acordar para que se caracterize determinado tipo contratual. A identificação dos elementos essenciais de cada contrato proporciona sua definição e determina qual regime jurídico será ao mesmo aplicado.

Os elementos naturais ou *naturalia* não são da essência do contrato, mas fazem parte da natureza deste ainda que as partes não tenham sobre ele convencionado, estando subentendidos no contrato. Por sua vez, os elementos acidentais ou *accidentalialia*, por não fazerem parte da natureza do contrato, apenas podem ser inseridos mediante estipulação de cláusula contratual neste sentido, de modo que são sempre definidos por exclusão, abrangendo tudo aquilo que não constitua elemento essencial ou natural.

Note-se que os elementos naturais ocupam uma posição intermediária entre os elementos essenciais e os acidentais. Diferem dos primeiros pela possibilidade de o contrato subsistir sem eles, podendo ser excluídos por acordo entre as partes; quanto aos segundos, a diferença reside no fato de que não necessitam de estipulação para que estejam presentes no contrato.

A fim de melhor analisarmos a aplicação desta teoria, tomemos como exemplo o contrato de compra e venda. Neste caso, podemos afirmar que a coisa e o preço são elementos essenciais, isto é, sem que eles estejam presentes, não há possibilidade de o contrato vir a existir. Por outro lado, a obrigação de garantia do vendedor é elemento natural, estando implícita no próprio conteúdo do contrato, não sendo necessária disposição expressa das partes neste sentido. Contudo, o contrato pode subsistir sem essa obrigação, sendo possível às partes afastá-la. Quanto a um elemento accidental da compra e venda, podemos citar o prazo para o pagamento do valor devido ou entrega da coisa, a possibilidade de parcelamento do valor devido ou a possibilidade de dação em pagamento.

Assim, para que um contrato seja qualificado como pertencente a um determinado tipo, impõe-se a determinação dos elementos essenciais deste tipo e a verificação da ocorrência destes no caso em análise. Os elementos essenciais definem e identificam o conceito contratual, proporcionando sua distinção de todos os outros contratos, tendo fundamental importância, pois trazem características cuja verificação é fundamental para a inclusão em um determinado tipo contratual e sua ausência acarreta necessariamente a exclusão deste tipo.

Trata-se de método subsuntivo. A subsunção implica num silogismo, donde parte-se de uma premissa menor, isto é, o contrato estipulado pelas partes, a fim de alcançar uma premissa maior, que é o tipo contratual abstratamente previsto no texto legal, verificando-se a correspondência do fato à norma. O juízo positivo quanto à adequação da premissa menor ao modelo regulativo legal tem por resultado a qualificação. Deste modo, uma vez fixados os fatos e o tipo legal potencialmente aplicável, surgem duas hipóteses: ou se verificam no contrato todos os elementos essenciais do tipo e como tal o contrato é qualificado, ou nem todos estão presentes, não sendo possível ocorrer a subsunção.

Para Karl Engish, o método subsuntivo implica na verificação da igualdade ou divergência essencial entre novo caso concreto e os que têm sido submetidos ao um determinado conceito, tratando-se de uma questão de interpretação. Segundo ele, “a interpretação não só fornece o material de confronto para a subsunção como ainda os pontos de referência para a comparação. Desta forma, ela decide ao mesmo tempo

sobre aqueles momentos (aspectos) do material de confronto e da situação de fato a decidir que hão de ser entre si comparados”.¹⁴

Faz-se a qualificação mediante um juízo de inclusão ou exclusão de um contrato a um determinado tipo tendo por base os elementos essenciais do tipo em questão. Contudo, sob o ângulo da totalidade, esta doutrina é insuficiente, pois restringe a qualificação a algumas características que integram o conteúdo do contrato, não abrangendo outras características, igualmente importantes, que são consideradas elementos naturais, os quais fazem parte da estrutura do tipo jurídico, devendo ser também relevantes para sua qualificação.

Há uma ligação importante entre os *essentialia* e os *naturalia*: uma vez verificada a presença de todos os *essentialia*, os *naturalia* vigorariam em decorrência da própria subsunção, seriam efeitos do próprio contrato. Importante ressaltar que ambos são elementos típicos de um contrato. A divisão entre eles apenas determina os elementos que são operadores da subsunção e, conseqüentemente, qualificadores.

A separação entre os diferentes elementos contratuais é criticável, tendo em vista que os elementos naturais são imprescindíveis para a formação do tipo, para a sua estruturação, sem os quais não há que se falar em qualificação completa. Sob a perspectiva da doutrina dos elementos do contrato e o pensamento jurídico a ela subjacente, analisa-se apenas um aspecto do tipo em questão, ignorando-se outros que decorrem da própria natureza do contrato. Ora, se estes elementos decorrem da natureza do contrato, não necessitando de estipulação entre as partes para que estejam presentes, seria de se esperar fossem também levados em consideração quando do processo qualificatório.

3.2.2. Identificação da Causa

Parte-se da noção de causa como conceito diferenciador dos diversos tipos contratuais, fazendo referência a esta como elemento de qualificação. Contudo, a fim de procedermos à análise da doutrina em tela, torna-se necessário alguns esclarecimentos acerca do conceito de causa, delimitando seu sentido. Ressalte-se que, face à amplitude do tema, e por tratar-se de *vexata quaestio* no Direito brasileiro e alienígena, não temos aqui pretensão totalizante, senão somente explicar algumas das teorias que

¹⁴ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 98.

propõem a definição do conceito de causa, a fim de estabelecer sua importância no que concerne à qualificação dos contratos.¹⁵

A identificação do elemento causal tem como escopo evitar que seja dada proteção jurídica a negócios sem relevância social. Uma vez determinada a causa, estabelece-se qual o efeito que as partes pretendiam alcançar quando da celebração do contrato, a partir daí, surge o regime jurídico aplicável ao mesmo. Jean Domat, no século XVII, foi quem primeiro lançou as bases da teoria da causa, que seria o fundamento da obrigação, sendo requisito de validade de convenções. Segundo o referido autor, nos contratos sinalagmáticos, cada uma das obrigações encontra fundamento na obrigação que corresponde à outra parte. Mesmo nos contratos unilaterais, nos quais não há contraprestação, há uma entrega de coisa, o que fundamenta a obrigação. Desta forma, à exceção da doação pura, a obrigação do contratante se fundamenta na correspondente obrigação do outro, sendo esta a causa do contrato. Nesta, há uma mera liberalidade, identificando-se sua causa com o próprio motivo que a inspirou, qual seja, um mérito do donatário que fundamenta a sua vinculação ou apenas a simples vontade de realizar uma benesse.¹⁶

Pothier, por seu turno, inclui a causa entre os elementos essenciais dos contratos, juntamente com o consentimento e o objeto e dedica um parágrafo especial à falta de causa no contrato. Quanto aos contratos a título oneroso, sustenta que a obrigação de uma das partes é o fundamento da obrigação da outra; no que concerne aos contratos gratuitos, afirma ser a intenção de liberalidade causa suficiente da obrigação, aproximando-se da teoria de Domat.¹⁷

Referidos autores fazem parte da chamada corrente subjetiva da causa, consagrada no *Code Napoléon*, a qual determina que a causa nada mais é que o fundamento da

¹⁵ Neste sentido, importante salientar o ensinamento de BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 98., segundo o qual “a imprecisão do conceito de causa, problema doutrinário dos mais tormentosos e controvertidos, repercute na questão de saber se, em face da distinção entre os pressupostos e os elementos do contrato, ela deve incluir-se entre os primeiros ou entre os últimos, ou ainda, se deve excluir-se de qualquer das duas categorias”.

¹⁶ DOMAT, Jean. *Oeuvres complètes. Tome I. Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Partie I, livre I, section I, n.º. 5 e 6. Paris: Firmin Didot Père et fils, 1828, p. 122/124.

¹⁷ Veja-se a lição do eminente mestre: “Todo compromisso deve ter uma causa honesta. Nos contratos *interessados*, a causa do compromisso que contrata uma das partes está naquilo que a outra parte lhe dê, se comprometa lhe dar ou no risco pelo qual se responsabilize. Nos contratos de *beneficência*, a generosidade que uma das partes quer exercer para com a outra é uma causa suficiente do compromisso a que se compromete para com ela. Mas, quando um compromisso não tem causa, ou quando a causa pela qual foi contratado é uma causa falsa, o que é a mesma coisa, o compromisso é nulo, e também é nulo o contrato que a contém”. (POTIHER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2000, p. 59).

obrigação contratual, isto é, razão pela qual ela é contratada. Assim, a causa seria o motivo típico do contrato, entendimento que torna o elemento causal prescindível. Entretanto, tendo em vistas as insuficiências apresentadas por esta doutrina, surge a teoria objetiva da causa, que propõe uma ruptura radical com a concepção anterior, de forte cunho voluntarista. Parte-se do pressuposto que é a previsão legal de um comportamento - e não apenas a manifestação de vontade do sujeito em um determinado sentido - é a fonte geradora de efeitos jurídicos.

Todavia, apesar da tendência à objetivação do conceito de causa, a própria corrente objetiva diverge quanto a sua definição, conceituando-a de várias formas distintas, dentre elas, a que obtém maior aceitação e está mais difundida é a noção de causa como função econômico-social.¹⁸ Referido conceito, apesar de reconhecer o negócio jurídico como um ato de autonomia privada, sustenta-se que o ordenamento jurídico o toma em consideração e lhe dá relevância não em virtude da vontade individual, mas porque este representa interesse socialmente útil, digno de tutela jurídica.¹⁹

A noção de causa seria a de função objetiva do tipo legal, isto é, a função que o contrato pretende concretizar para ser classificado como pertencente a determinado tipo. Nesse sentido, por ser uniforme para todos os negócios concretos pertencentes a um mesmo tipo contratual, serve como elemento diferenciador dos diferentes tipos. É a concepção bettiana de causa do contrato.²⁰ Com efeito, um negócio jurídico apenas será qualificado como pertencente a determinado tipo contratual se cumpre a função econômico-social que o caracteriza.²¹

¹⁸ No entender de Paulo Barbosa de Campos Filho (*O problema da causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, p. 159): “Dentre os progressos realizados, importa salientar os da escola ‘objetiva’, que fez da causa ‘função social’ do negócio jurídico. Esta nova orientação, se não teve o condão de pacificar os espíritos, todavia permite considerar-se a ‘causa’ não já como ‘elemento’, seja da obrigação, seja do contrato, seja do ato, ou do negócio jurídico, mas como expressão, em termos objetivos, do intento negocial próprio de todo ato, intento êsse sempre realizável desde que conforme à ordem jurídica”.

Assim entendida, a ‘causa’ se nos apresenta como a expressão de um princípio: o da só eficácia dos intentos negociais conformes aquela ordem. E é sob esse aspecto que a ‘causa’ se revela de particular utilidade, sobretudo como instrumento de caracterização do ilícito”.

¹⁹ Este é o posicionamento de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t.3, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.78), nos seguintes termos: “a causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”.

²⁰ BETTI, Emilio. *Causa del negozio giuridico*. Novissimo Digesto Italiano. Torino: UTET, 1957, p. 35.

²¹ “A causa do contrato identifica-se, então, afinal, com a operação jurídico-econômica realizada tipicamente por cada contrato, com o conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais que, tipicamente, dele derivam, com sua função econômico-social, como freqüentemente se diz. Causa de qualquer compra e venda é, assim, a troca da coisa pelo preço; causa de qualquer locação é a troca entre entregas periódicas de dinheiro e concessão do uso de um bem (...). Acolhida esta noção de causa do contrato, resultam claros os nexos que a ligam ao conceito de tipo contratual” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. op. cit., p. 197)

A teoria bettiana da causa como função econômico-social sofreu acerbadada crítica de Salvatore Pugliatti. Para Pugliatti não basta fazer referência a uma função genérica, sendo necessário examinar o negócio no conjunto de seus efeitos específicos concretos, de modo que a causa não deve ser identificada em uma função econômica ou social, mas unicamente na sua particular razão de ser jurídica, substancial e integralmente emergente do preceito legislativo que a reconhece.²²

Pugliatti propõe outra interpretação, na qual a causa seria a função jurídica do negócio, expressa pela síntese de seus efeitos jurídicos essenciais. De acordo com esta definição, a causa constitui a mínima unidade de efeitos do contrato: por exemplo, no mandato, seria a obrigação do mandatário de cumprir um ou mais atos jurídicos por conta do mandante, pois sem isto, não pode haver mandato.²³

Contemporaneamente a causa do contrato deve ser compreendida como causa em concreto e não é sinônimo da chamada função econômico-individual, porque não pretende dar relevo ao dado psicológico das partes (sinalizando um retorno às teorias subjetivas), pois a razão concreta que justifica o contrato não é o interesse pessoal de cada uma das partes, sob a ótica da satisfação da necessidade do indivíduo, modificável de sujeito para sujeito e de caso para caso, mas o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, um interesse portanto ainda econômico-social, porém perseguido não por um tipo contratual pré-confeccionado, mas sim avaliado “*no particular contexto de circunstâncias e finalidades e interesses no qual aquelas partes o programaram*”.²⁴

Cumprir ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente de outros ordenamentos - dentre eles, o italiano, o francês e o espanhol - não erige a causa como elemento do contrato. O Código Civil de 1916 não a previa no artigo referente à validade dos atos jurídicos, fazia apenas menção à falsa causa.²⁵ O Código Civil de 2002 segue a mesma orientação, referindo-se apenas ao falso motivo como vício do contrato, desde

²² PUGLIATTI Salvatore. *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica. Milano: Giuffrè, 1951, p. 90.

²³ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 369.

²⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 364.

²⁵ Cf. Art 82: “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145,I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”.

Cf Art. 90: “Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”.

que seja expresso como declaração determinante,²⁶ não prevendo o elemento causal como requisito de validade.²⁷

Por fim, insta salientar que, em que pesem opiniões em contrário, não há que se falar em negócio jurídico sem causa em concreto, vindo sua falta a impedir a tutela do negócio a ser celebrado pelo ordenamento, isto é, que se produzam efeitos juridicamente válidos. Assim, em princípio, a relevância da causa é direta e imediata. Contudo, em alguns casos tal relevância é adiada, protraída, gerando os negócios abstratos, nos quais “*a causa vem, por assim dizer, colocada temporariamente entre parênteses*”,²⁸ ocorrendo uma relevância indireta desta.

Além disso, insta salientar que, na análise fática, o elemento causal pode ser fracionado em dois aspectos, sendo um abstrato e outro concreto. No que se refere à causa em sentido abstrato, esta corresponde ao conteúdo mínimo de um negócio a fim de que seja caracterizado como pertencente a determinado tipo contratual. A função concreta diz respeito aos efeitos efetivamente criados pelas partes, os quais devem ser analisados com cautela para fins de qualificação. Desta forma, caminha-se no sentido da superação da qualificação meramente subsuntiva, ou seja, a mecânica adequação do fato à norma, propondo-se uma qualificação-interpretativa, a qual é perfeitamente compatível com o pensamento tipológico.

3.2.3. Base objetiva do negócio jurídico

A base subjetiva do negócio é a “*comum representação mental dos contratantes pela qual ambos se hão deixado guiar ao fixar o conteúdo do contrato. A representação tem que haver induzido ambas as partes a concluir o contrato*”.²⁹ Por sua vez, a base objetiva deste seria “*o conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas cuja existência, ou persistência, é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido*”.³⁰

²⁶ Cf art. 140: “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”.

²⁷ Cf Art. 104: “A validade do negócio jurídico requer:
I- agente capaz;
II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III- forma prescrita ou não defesa em lei”.

²⁸ ROPPO, Enzo. O contrato. *op. cit.* p. 202.

²⁹ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 41.

³⁰ LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 225.

Assim é que podemos distinguir duas teorias acerca da base do negócio jurídico, sendo uma delas subjetiva e a outra objetiva. Paul Oertmann, principal representante da primeira teoria, sustenta que a base é a representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte ou a comum representação de ambas as partes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se baseia a vontade negocial.

³¹ Referido autor diferencia ainda o simples motivo e a representação mental determinante que haja determinado a decisão de uma das partes do negócio jurídico, estabelecendo que a outra parte deve ter conhecimento desta representação, ocorrendo sua aceitação de forma expressa ou tácita.

Entretanto, tal teoria sofreu severas críticas, dentre elas o fato de tratar apenas do que as partes representaram, não atentando, contudo, para o que objetivamente era necessário à consecução da finalidade contratual almejada pelas partes. Além disso, critica-se que a mera exteriorização de um motivo por uma das partes e o consequente conhecimento da outra não é suficiente para configurar a vontade negocial.

A teoria de Oertmann, de certa forma, inspira a criação da doutrina de Larenz, a qual tem por objetivo aprofundar a investigação, ampliando o sentido do termo base do negócio jurídico, entendendo-o em uma dupla dimensão. Com efeito, para o eminente jurista alemão pode-se distinguir entre base subjetiva e objetiva do negócio jurídico. A primeira delas seria a representação mental comum dos contratantes, existente no momento de conclusão do contrato. Se tal representação não se realiza, ambas as partes incorrem em erro quanto aos motivos.³² Por seu turno, a base objetiva é definida como o conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas cuja existência, ou persistência, é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido.³³ Tal base pode vir a desaparecer em virtude da impossibilidade de alcançar uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação, bem como quando há a frustração da

³¹ OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1933, p. 305.

³² Leia-se a lição do eminente juriconsulto: “*entendemos por base del negocio subjetiva aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a uno sino a ambas partes. Si la representación no se realiza, cada una delas partes há incurrido en un ‘error’ en los motivos, que se refiere a una situación de hecho por ambas admitida, o sea, a una presuposición común a ambas. El análisis jurídico de todos estos casos há de partir, por consiguiente, de la disciplina geral del error en los motivos (el cual es, por lo regular, unilateral)*” (LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 41).

³³LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 225

finalidade contratual, ou seja, a finalidade objetiva do contrato resta inalcançável, ainda que a prestação do devedor seja possível.³⁴

No que se refere à qualificação, a definição do conteúdo do conceito de base objetiva é importante no sentido de que, a partir da delimitação desta, pode-se estabelecer quais efeitos que as partes pretendem produzir, analisando-as à luz dos tipos legais existentes. O conceito subjetivo de base tem pouca importância, já que está fulcrado na concepção de motivos, que são irrelevantes para tal propósito.

Fixados esses pressupostos teóricos, absolutamente necessários para o deslinde da questão proposta, verifiquemos a origem dos tipos contratuais da locação e da prestação de serviço e sua distinção, que são o cerne do problema aqui aventado.

4. A origem comum da locação de coisas, da prestação de serviço e da empreitada na *locatio conductio* romana e sua progressiva diferenciação

A *locatio conductio* era para os romanos um contrato unitário que abrangia o que hoje conhecemos por locação de coisas, prestação de serviço e empreitada, e esse seu caráter se mantinha apesar da variedade de relações que podiam constituir o seu conteúdo. Tal diversidade de relações se unificava exteriormente pelas vozes que a compendiam, *locare* e *conducere*, as quais estavam reproduzidas nas fórmulas *bonae fidei*.

Locator é quem “coloca” algo, quem concede a alguém um poder de disposição sobre alguma coisa. No aluguel se concede o uso e o gozo de uma coisa.³⁵ Na prestação de

³⁴ Ressalte-se que tal teoria vem encontrando reconhecimento jurisprudencial, senão vejamos: RESP 73370/AM; Recurso especial 1995/0043990-5 Fonte: DJ data:12/02/1996, p. 02433. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar “Promessa de compra e venda. Resolução. Fatos supervenientes. Inflação. Restituição. A modificação superveniente da base do negócio, com aplicação de índices diversos para a atualização da renda do devedor e para a elevação do preço contratado, inviabilizando a continuidade do pagamento, pode justificar a revisão ou a resolução judicial do contrato, sem ofensa ao artigo 6. da LICC. A jurisprudência desta 4a. turma permite a retenção, pela promitente vendedora, de parte do preço pago, aplicando a regra do artigo 924 do Código Civil”.

Acórdão RESP 32488/ GO; Recurso especial 1993/0005060-5 Fonte: DJ data 05/12/1994. Relator: Min Ruy Rosado de Aguiar. “Cédula de crédito rural. Correção monetária não pactuada. Alteração da base do negócio. Constando expressamente do contrato a alíquota zero no campo reservado à correção monetária, procede a ação consignatória promovida para o pagamento do débito assim como pactuado, sem a correção. Nas circunstâncias do negócio bancário, o banco prejudicado com a superveniência da alteração da base do negócio deveria ter promovido a revisão judicial do contrato”.

³⁵ El arrendamiento es muy semejante a la compraventa, y se rige por las mismas reglas de derecho. Porque así como la compraventa se contrae, si se hubiere convenido en el precio; así también se entiende que se celebra el arrendamiento, si se hubiere establecido el alquiler. Y al arrendador compete ciertamente la acción locati (del arrendamiento), y al arrendatario la acción conducti (por lo arrendado) (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso L (compilador). *Cuerpo del Derecho civil romano*. Digesto. Primera Parte. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 114).

serviço se outorga o poder de disposição sobre a própria pessoa e trabalho (*se locare*). Na empreitada se entregam a outro coisas para que este as elabore de certo modo.

Reciprocamente, é *conductor* quem “leva consigo” a coisa objeto do contrato ou toma debaixo do seu fático poder de disposição a coisa arrendada, a pessoa que há de prestar o serviço ou a coisa que há de ser elaborada.

Ainda que os romanos mantivessem a unidade desse contrato, ao determinar o que segundo a fórmula deve ser objeto do *locare* e do *conducere* (desfrute da coisa ou da pessoa, elaboração), respectivamente, ofereceram antecedentes em que se pode basear a tripartição levada a cabo pelo Direito comum e pelo moderno, o qual distingue: locação de coisas (*locatio conductio rei*), prestação de serviço (*locatio conductio operarum*) e empreitada (*locatio conductio operis*).³⁶

Na *locatio conductio rei* (locação de coisas) o *locator* é obrigado a entregar a coisa para a outra parte durante um certo tempo, para que esta a use, ou a use e desfrute em seu caso; também, a manter a coisa em estado de aptidão para tais fins. Se o arrendador quebrar conscientemente esse dever jurídico, responderá pelo prejuízo que por esta causa derive ao arrendatário (D., 19, 2, 30, 4).³⁷ O mesmo ocorre quando o arrendador garantiu tácita ou expressamente a aptidão da coisa arrendada. Também responde pelos vícios jurídicos da coisa. O *conductor* deve pagar a pensão ou mercê, se outra coisa não se convencionou, ao término do prazo do arrendamento. Ao expirar o prazo deverá restituir a coisa ao arrendador e responde pela custódia (I., 3, 24, 5).³⁸

A aplicação da *locatio conductio* como prestação de serviço (*locatio conductio operarum*) pela qual o *locator* se entrega e cede os seus próprios serviços não teve, em

³⁶ KASER, Max. *Derecho romano privado*. 2. ed. Madri: Réus, 1982, p. 197/198.

³⁷ Digesto compendiado por Paulo, libro III - El que por treinta habla tomado en arrendamiento una casa, subarrendó cada cenáculo de modo, que de todos se percibiesen cuarenta; el dueño de la casa, como dijese que el edificio contrata vicio, la habla demolido; se preguntó, ¿en cuánto se deberla estimar el litigio, si el que la habla tomado toda en arrendamiento ejercitase la acción de conducción? Respondió, que si por necesidad hubiese demolido el edificio viciado, se forma la cuenta á proporción de la cantidad en que el dueño de los predios los hubiese dado en arrendamiento, y del tiempo que no hubiesen podido habitarlos los habitadores, y en tanto se estima el litigio; *mas que si no hubiese sido necesario demolerlo, pero lo hubiese hecho porque quisiera edificarlo mejor, debe ser condenado en tanto quanto interesase al arrendatario que no se fuesen los habitadores* (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso L (compilador). *Cuerpo del Derecho civil romano*. Digesto. Primera Parte. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 962).

³⁸ § 5. El arrendatario debe hacerlo todo según la ley del arrendamiento, y si algo se hubiere olvidado en la ley, debe hacerlo según lo bueno y lo equitativo. De aquel que ó dió ó prometió un estipendio por el uso ó de vestidos, ó de plata ó de una bestia de carga, se exige tal cuidado cual pone en sus cosas el más diligente padre de familia; y silo hubiere puesto y por caso fortuito hubiere perdido la cosa, no estará obligado á haber de restituirla (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso L (compilador). *Cuerpo del Derecho civil romano*. Digesto. Primera Parte. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 115).

uma economia de escravidão, que cobria tanto as necessidades do trabalho ordinário como do trabalho qualificado, a mesma importância que tem em nossa época. Contudo, não foi menosprezável em Roma o emprego de trabalhadores livres.

As obrigações derivadas da prestação de serviço seguem princípios semelhantes aos que regem o arrendamento em geral, e, especialmente, o arrendamento de escravos. A *actio conducti* do arrendatário se dava para exigir a prestação do serviço; a *actio locati* do arrendador para exigir o pagamento do salário (mercês). Quanto ao risco do salário cabe distinguir. Se os serviços não foram prestados por causas imputáveis ao arrendatário deverá este satisfazer o salário convencionado com o arrendador (D., 19, 2, 19, 9).³⁹ Se, pelo contrário, os serviços não foram realizados por causas imputáveis a quem deveria prestá-los, isto é, ao arrendador, não terá este direito algum ao salário. São possíveis, entretanto, regulações ou convenções de conteúdo diferente. A proteção social em caso de despedida é desconhecida.⁴⁰

Na Idade Média, sobretudo no Direito Germânico, a locação sofreu uma notável mudança estrutural. Ela passou a se aplicar através de um rígido formalismo. Deveria necessariamente concluir-se através de expressões mais do que materiais, corporais (tomar com as mãos uma quantidade de terra, assumir posição de solenidade etc.).

A introdução do feudo favoreceu em muito o travamento da consciência jurídica antiga no que concerne à singularidade da locação romana (*locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* e *locatio conductio operis*). Os senhores feudais apropriaram-se das terras improdutivas se reservando o domínio absoluto do solo. Eles concediam aos trabalhadores agrícolas livres o direito de cultivá-las somente com o respectivo de uma retribuição em dinheiro ou em frutos. Tanto que, a partir do período carolíngio, os antigos precaristas se avizinham à condição de locatários servis, verdadeiros colonos, no sentido romano. E ainda que os novos pactos, as novas formas de contrato, possam se subsumir no conceito fundamental à locação, em termos puros não se podem classificar como contratos de locação.

³⁹ § 9. Habiendo un copista dado en arriendo sus servicios, y habiendo fallecido después el que los habla tomado arrendados, el Emperador Antonino respondió por rescripto, junto con el Divino Severo, A la instancia del copista en estos términos: «Puesto que alegas que no consistió en ti que no prestases á Antonio Aquila los servicios arrendados, si de otro no recibiste en el mismo año salarios, es justo que se cumpla lo prometido en el contrato» (GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso L (compilador). *Cuerpo del Derecho civil romano*. Digesto. Primera Parte. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 958).

⁴⁰ KASER, Max. *Derecho romano privado*. 2. ed. Madri: Réus, 1982, p. 200/201.

Isto explica como no medievo puderam surgir, na Itália e alhures, tantos contratos agrários de forma especial, aos quais se deram nome consoante as circunstâncias, e não raro acompanhados do próprio nome de locação, seja por razões de afinidade, seja porque em substância todos esses contratos substituíram o verdadeiro e próprio arrendamento de bens rurais do tempo romano. A concessão de um fundo às vezes era feita com a fórmula *habere ad laborandum*, *habere ad habitandum*, e o correspondente *terraggio*; se consistia em pagamento *in natura*, *gabella*, *estaglio*, *pensione*, *censo*, *canone* etc..

Em tal amontoado de formas especiais é impossível de encontrar características comuns com a locação. Tratava-se, para falar com propriedade, em linguagem jurídica, de direitos reais, que muitas vezes trocavam suas características, e alguns dos quais tiveram maior, e outros, menor desenvolvimento. Assim, de modo próprio, resta verdadeiro que a existência de todas essas relações jurídicas especiais nesse período suprime a existência da locação pura, e que, portanto, a história da locação no longo período medieval se confunde com a história de um instituto afim, a enfiteuse.⁴¹ Para Carlo Calisse, a enfiteuse, assim, muito se avizinhou à locação quando foi combinado o direito para o condutor de alienar e transmitir para outro o fundo; não se distinguiam mais pelo tempo da sua duração, porque não era mais limitada esta locação ao prazo de vinte e nove anos. Poderia renovar-se, mas, em tal caso, nos períodos sucessivos, é chamada de enfiteuse, denominando-se somente ao primeiro período o nome de locação. De resto, o nome, que mais comumente foi adotado nesses contratos foi aquele de “locação perpétua”.⁴²

Como nota interessante, é de se assinalar que o inadimplemento dessas obrigações nascidas desses contratos de arrendamento perpétuo era severamente castigado com penas públicas (de ação pública), já que a inadimplência dava ao autor o caráter de réu ou delinquente.

Portanto, na época feudal, como bem disse Serpa Lopes, a locação encontrou um grande obstáculo ao seu desenvolvimento, dada a confusão então reinante entre Direito público e Direito privado, o que fez diminuir sua importância, pela preponderância das enfiteuses ou dos censos. Um direito pessoal de gozo não era concebível num momento

⁴¹ BRUNO, Tommaso. Locazione. In: LUCCHINI, Luigi. *Il Digesto Italiano*. v. XIV. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1902-1905, p. 987.

⁴² CALISSE, Carlo. *Storia del Diritto italiano*. v. III. Firenze: Barbèra, 1891, n. 170, p. 267.

em que o conceito de propriedade assumia um sentido absoluto e isento de delimitações.⁴³

Após o período medieval, o direito canônico, atento à absoluta diversidade dos institutos jurídicos que se agrupavam sob a denominação de *locatio conductio* e o seu caráter pessoal, procurou atenuar o rigorismo do medievo. Ao contrário do direito germânico medieval, que não reconhecia validade à obrigação não revestida de determinada formalidade ou não coligada a uma prestação real, o direito canônico atribuiu eficácia jurídica aos pactos nus.⁴⁴ Essa maior largueza de visão se deveu, sobretudo, ao progresso da consciência do Direito, fundado na razão e na equidade, mas também e principalmente devido ao fato de que nos antigos padres da Igreja e nos canonistas do século XI o conceito de moral prevalece acima de todas as outras considerações, e, de qualquer maneira, sobre a regra de direito estrita.

Assim, em geral, o Direito canônico acolheu os ensinamentos do Direito romano. A obrigação do sucessor a título universal de manter os pactos estabelecidos do locador ou condutor, como se ele próprio os tivesse feito; a inexistência de obrigação da parte do sucessor a título particular de manter o pacto estabelecido; a obrigação do locador de garantir ao condutor o gozo da coisa locada e de restituir a ele o preço correspondente ao tempo durante o qual o condutor não tivesse podido gozar da coisa; a outra obrigação do locador de fazer as reparações necessárias; de reembolsar ao condutor as despesas feitas para o mesmo objeto; de denunciar o vício oculto; de pagar os tributos e de não despejar o condutor sem uma causa legítima, mormente antes do término do termo convencionado.⁴⁵

Nessa mesma linha de desenvolvimento, em 23 de março de 1820, um decreto do Ducado de Parma, Piacenza e Guastalla ordenou a promulgação e entrada em vigor do

43 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Locação de coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 6/7.

44 Os pactos nus, no Direito romano, não geravam, diferentemente dos contratos, obrigações unilaterais ou bilaterais, pois são desprovidos de força obrigatória e eficácia jurídica, sendo facultado à parte prejudicada apenas a via da exceção, ou *exceptio*. Tal situação acarretava insegurança jurídica, notadamente quando uma parte dolosamente descumpria o pacto. Outrossim, nem todos os pactos eram nus – por conta da jurisprudência, dos Editos e das constituições imperiais, surgem algumas *actiones* a defender interesses decorrentes de obrigações inadimplidas. Surgem então as *pacta uestita*, ou "pactos vestidos", cujas espécies são os *pacta adiecta* (pactos adjetos), *pacta praetoriana* (pactos pretorianos) e *pacta legitima* (pactos legítimos). Os pactos adjetos, ou acrescentados, são acordos que modificam certas condições presentes num contrato preexistente, que podem tanto reduzir quanto ampliar as obrigações do devedor. Podiam ser firmados no ato da celebração do instrumento principal (*in continenti*) ou após (*ex intervallo*) – tal diferenciação se justificava nos casos de aumento de obrigações, pois quando o pacto adjeto era firmado *in continenti* e de boa fé, cabia ação; sendo *ex intervallo*, restava a via da exceção (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 201).

45 BRUNO, Tommaso. *Locazione*. In: LUCCHINI, Luigi. *Il Digesto Italiano*. v. XIV. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1902-1905, p. 988.

“*Codice Civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*”, abrogando, ao mesmo tempo, todas as leis, ordenações, costumes gerais ou especiais, decretos e regulamentos e todas as outras disposições legislativas anteriormente observadas nos domínios do Ducado.

O *Codice Civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla* modificou notavelmente a até então estrutura da locação, considerando o alojamento de animais (Del *soccio* - arts. 1792-1805) como um contrato em si e tratando separadamente a locação de coisa daquela relativa ao trabalho (classificando assim os contratos a partir dos dispositivos e efeitos deste, e não de seu eventual *nomen iuris*) e ainda adicionando, sempre com tratamento separado, disposições detalhadas e concretas sobre a meação agrícola e a colônia parciária.⁴⁶

O Código contém quatro capítulos sobre essa clivagem entre a tradicional locação de coisas e a locação de serviços: capítulo VIII *Della locazione delle cose* (arts. 1626-1688), dividido em Seção I *Delle regole comuni alle locazioni delle case e de' beni rurali* (arts. 1629-1664), seção II *Delle regole particolari alla locazione delle case* (arts. 1665-1672), seção III *Delle regole particolari alle locazioni de' beni rurali* (arts. 1673-1688). Capítulo IX *Della locazione delle opere* (arts. 1689-1721), subdividida em Seção I *Delle persone che obbligano l'opera propria all'altrui servizio* (art. 1690 ss), e Seção II *Degli spedizionieri che s'incaricano de' trasporti per acqua e per terra* (arts. 1692-1699), e, por fim, capítulo XI *Della mezzadria o colonia parziaria* (art. 1763-1791) e capítulo XII *Del soccio* (art. 1792-1805). Não reconhecia mais esse Código, em 1820, nenhum nexos necessário entre a locação de coisas e a locação de serviços.

Em 1900 com a promulgação do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), o direito germânico passa a distinguir claramente na Seção VII do Livro II no Título III o arrendamento de uso do contrato de serviços e do contrato de obra, operando em definitivo a divisão já esboçada no Direito romano.

O arrendamento de uso é tratado no Título III, dividindo-se em arrendamento de uso *stricto sensu* (§§ 535 a 580) e arrendamento de uso e desfrute (§§ 581 a 597). Já o

⁴⁶ No caso da "colônia parziaria" de quintas inteiras, o proprietário confiava uma quinta a um chefe de família, que se comprometia a executar, com o auxílio dos membros da sua família (família rendeira), os trabalhos da quinta, tendo a seu cargo uma parte das despesas e partilhando os frutos com o proprietário em determinadas proporções. As pessoas que formavam a família rendeira têm, em geral, a obrigação de residir na quinta.

contrato de serviços é tratado no Título VI (§§ 611 a 630) e o contrato de obra no Título VII (§§ 631 a 651).

Em relação ao contrato de serviços o BGB reconheceu que quando estes serviços constituem relações ‘obrigacionais duradouras’ (§ 625), que pressupõem uma relação de confiança recíproca ou que obrigam a uma prestação pessoal, essas relações podem ser denunciadas por cada parte sem observância de um prazo de denúncia, desde que haja uma causa significativa (§ 626). Assim, com fundamento na boa-fé objetiva (§ 242), resultam no contrato de serviços a cargo do devedor esses deveres ‘secundários’ especiais de ‘notificar’ ou informar o credor sobre algo do interesse para ‘conservação dos seus bens jurídicos’. Seu cumprimento acarretará a pretensão da parte prejudicada de ser indenizada, podendo também resultar na caducidade do direito.

Na nova divisão proposta no Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), o direito germânico reconhece expressamente *que o que realmente separa o arrendamento ou contrato de serviços do arrendamento de coisas é o valor do elemento trabalho*, elemento que no arrendamento de coisas, do mesmo modo que ocorre em outros contratos, *tem o caráter de uma prestação acessória*, enquanto que no arrendamento de serviços *constitui a prestação fundamental*. Assim, este é o critério científico que deve ser utilizado para classificar essa convenção jurídica sob um novo *nomen iuris*, contrato de serviços.

No arrendamento de coisas o arrendador tem que assegurar ao arrendatário a possibilidade de gozar a coisa arrendada *e com isso termina toda a sua prestação*, enquanto que no arrendamento de serviços o arrendador deve prestar a própria atividade para procurar a utilidade que o arrendatário tem direito de obter. *Se se detém a atividade do arrendador de serviços, toda a utilidade desaparece*, e o arrendatário só poderia obter proveito do que até então houvesse sido executado. Por isso, enquanto no arrendamento de coisas, salvo casos excepcionais, o arrendador não é responsável pela falta de utilidade da coisa, sempre que esta mantenha sua capacidade produtiva – e na mesma linha – e as características que tinha no momento do contrato, no arrendamento de serviços não se pode conceber a execução do contrato e a atribuição de alguma utilidade ao arrendatário nem, por conseguinte, a consecução dos fins que este se havia proposto, *sem a contínua colaboração do arrendador, que com seu próprio esforço tem que produzir as vantagens prometidas*.⁴⁷

⁴⁷ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte General*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 16/17.

No Direito brasileiro, pioneiramente, em 1858, na Consolidação das Leis Civis, Augusto Teixeira de Freitas distinguia claramente a locação de coisas (Livro I, *Direitos pessoaes*, na Seção II, *Direitos pessoaes nas relações civis*, Título II, *Dos contractos em particular*, no capítulo VII, *Da locação*, arts. 650 a 678) da prestação de serviços, ainda que sob a velha denominação romana de locação de serviços (Livro I, Seção II, Título II, capítulo VIII, *Da locação de serviços*, arts. 679 a 695) e esclarece que por serviços se entende só os serviços corpóreos, ou mais corpóreos que espirituais.⁴⁸ Serviços espirituais ou mais espirituais que corpóreos, como no mandato, comissão, preposição e outros contratos inominados de locação com representação, não são objeto de locação de serviços. Salvo essas distinções, a locação de serviços compreendia quaisquer trabalhadores, operários, oficiais, marinheiros etc.⁴⁹

No Esboço do Código Civil, de 1861, Teixeira de Freitas dá mais precisão à matéria, distinguindo especificadamente na Parte Especial, no Livro II, *Dos direitos pessoaes*, na Seção III, *Dos direitos pessoaes nas relações civis*, Título I, *Das obrigações derivadas dos contractos*, a locação de coisas (capítulo VIII, *Da locação*, arts. 2282 a 2556) da prestação de serviços, também sob denominação romana de locação de serviços (Livro II, Seção III, Título I, capítulo IX, *Da locação de serviços*, arts. 2692 a 2852) mas aqui já delimitando a locação de serviços materiais dos imateriais e especificando as particularidades das empreitadas, dos transportes, do fornecimento e da edição. No artigo 2696 definiu a prestação de serviços em termos abrangentes, reformulando o entendimento da Consolidação das Leis Civis e preconizando que toda espécie de serviço ou trabalho pode ser objeto desse contrato e que o contrato será de locação de serviços e não mandato se não houver representação.⁵⁰

O Código Civil de 1916 (Lei nº. 3071/1916) conservou essas especificações classificando separadamente a locação de coisas (arts. 1188 a 1215) a locação de serviços (arts. 1216 a 1236) e a empreitada (arts. 1237 a 1247). Pelo Código Civil de 1916 o contrato de locação

⁴⁸ Para os romanos, quem trabalhava por salário assimilava-se aos escravos, *servorum loco*. Com a mudança das circunstâncias econômicas, principalmente devido às guerras, os que trabalhavam passaram à frente ou ao nível dos que antes viviam do trabalho dos outros.

A vinculação da atividade intelectual de um cidadão a outro cidadão foi tida como *honor*. Donde os honorários, remuneração de tais laboradores. A princípio, só havia a dádiva, o dom, o presente, o *honorarium*, por ser gratuita a promessa, ou a dádiva de serviço. Ainda ULPIANO (L. 1, § 5, 19, 50, 13) negava que se julgassem os serviços dos professores de direito civil: eram da classe das artes liberais, “*res sanctissima*”, “*sapientia*”.

⁴⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1896, p. 446/447.

⁵⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861, p. 1010.

de coisa é um contrato que tem como elemento típico a entrega da coisa ao locatário, o qual tem, além do dever de guarda do bem (CCB/1916, arts. 1.189, I, e 1.192, I) a obrigação de usar o bem segundo o que foi ajustado e à finalidade a que se destina. Assim, no contrato de locação de veículos há a entrega do bem ao locatário e este, por sua conta e risco, exerce a locação, devendo manter o bem no estado em que recebeu (CCB, arts. 1.189, I, e 1.192, I). O veículo assim locado será utilizado na finalidade para a qual foi locado (CCB, arts. 1.189, I, 1.192, I, e 1.193). Portanto, a locação de coisas não se constitui como uma disciplina geral na qual estaria abrangida a locação de serviços, pois esta última implica conduta humana (ação) que se constitui num fazer ou num prestar que não se confunde com a locação que se constitui num entregar a coisa para o uso do locatário.

Em sentido amplo e próprio, a locação de serviço no Código Civil de 1916 abrange todas as locações de atividade. *Uma vez que se prometem atos, e não resultados, o contrato é de locação de serviços.* Assim, há locação de serviços se quem presta os serviços é empregado urbano ou rural, se trabalha à mão ou à máquina, ou com animais, ou botes, ou canoas, ou outros veículos a vela, ou com motor, ou se tem a profissão que corresponde ao serviço ou se não a tem, como o professor e o médico, o armeiro, o cozeiro, o garçom, o preparador de bebidas, o motorista de automóvel, a cozinheira e a copeira.

O serviço pode consistir em serviço de ordem corporal, ou em serviço de ordem intelectual, ou mista. Àquele, como a esses, pode ser, ou não, pressuposto necessário terem-se práticas ou conhecimentos especiais. A locação de serviços, para empregarmos a expressão que o Código Civil de 1916 conservou, abstrai da inserção e da não-inserção do prestador de serviços na estrutura interna da empresa, a ponto de torná-lo dependente.⁵¹

No Código Civil de 2002 a prestação de serviços alcança finalmente o patamar de direito (embora já o fosse de fato) de um instituto jurídico autônomo. Não se confunde ela com o contrato de trabalho, por ausência dos elementos próprios do artigo 3º da CLT (onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação -, que caracterizam o vínculo de emprego entre as partes) e nem com a locação de coisas, por ter como elemento essencial a prestação de fazer.

⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 47. Campinas: Bookseller, 2006, § 5.039, 1.

As características da prestação de serviços no Código Civil de 2002 são: a) é um contrato pelo qual uma das partes se obriga para com outra a prestar-lhe serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, mediante retribuição (artigo 594, do CC); b) é um contrato consensual entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física, ou entre duas pessoas físicas (a relação é sempre bilateral); c) a retribuição é livremente estipulada pelas partes contratantes, mas, se o contrato for omissivo a respeito, fixa-se por arbitramento, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade (artigo 596, do CC); d) não se poderá convencionar a duração do contrato por mais de quatro anos (artigo 598 do CC). Decorrido esse prazo, o contrato se extingue, mesmo não tendo sido concluída a obra (artigo 598 do CC); e) não havendo prazo estipulado, qualquer das partes pode resolver o contrato mediante prévio aviso, nos prazos previstos no artigo 599 do CC — 1) oito dias, se a retribuição foi fixada por um mês ou mais; 2) quatro dias, se a retribuição foi ajustada por uma semana, ou quinzena; e 3) de véspera, se o contrato se fez por menos de sete dias; f) não é computado no prazo do contrato o tempo em que o prestador de serviço, por culpa sua, deixou de servir (artigo 600, do CC); g) o prestador de serviços contratado por prazo certo ou por obra determinada não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo ou concluída a obra (artigo 602, do CC). Se se despedir sem justa causa, tem direito à retribuição vencida, mas responde por perdas e danos — o mesmo se dá se despedido por justa causa; h) se o prestador de serviço for despedida sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e, pela metade, a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato (artigo 603 do CC); i) sem consenso entre as partes contratantes, o solicitador não poderá ceder seus direitos aos serviços convencionados com o prestador, nem este, por sua vez, poderá efetuar o serviço por intermédio de substituto (artigo 599, do CC) e j) término do contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato, mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior (artigo 607, do CC).

Conhecida, portanto, a origem comum e a posterior fundamentação histórica da separação dos tipos contratuais da locação e da prestação de serviço, vejamos a sua distinção no Direito brasileiro.

5. A distinção entre locação e prestação de serviço no Direito brasileiro

A locação consiste em um contrato bilateral pelo qual alguém se obriga a *ceder* a outrem, por tempo determinado, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição (CC, art. 565). O locador é obrigado ainda a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina e a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa (CC, art. 566). A obrigação de *conceder* ao locatário o *uso da coisa* durante o tempo da locação é constitutiva dessa figura contratual. Não pode, portanto, faltar sem que o contrato perca o seu caráter de locação. Se identifica assim, ontologicamente, na figura contratual da locação de bens móveis, a presença de uma típica *obrigação de dar*, fundada na cessão de coisa não fungível.

Na prestação de serviço, ao revés, é o contrato bilateral no qual alguém se obriga a realizar uma atividade em serviço ou interesse de outrem. É o contrato onde são prometidas prestações de serviço de qualquer classe em troca de um preço ou remuneração (CC, art. 594). O que promete serviço, ou trabalho, *deve a atividade mesma*. Não há que se confundir: *quem trabalha para quem contratou o serviço promete a atividade e não o resultado*. O tomador do serviço suporta o risco do contrato. No contrato de prestação de serviço, inclusive no contrato de trabalho, o *tempo é elemento primordial*, não o resultado da atividade.

O contrato de prestação de serviço é bilateral e oneroso. Se o serviço é prestado gratuitamente, ou cabe em objeto de mandato, ou em promessa de doação, ou em doação. Se a prestação de serviço só se há de considerar prometida mediante remuneração, tem-se de ter como tacitamente convencionada, segundo os usos do tráfico, o tempo do serviço e a sua qualidade. São elementos relevantes a posição pessoal, o nível do promitente e as relações existentes entre os figurantes. Não se pode deixar de levar em consideração os preços que o prestador dos serviços costuma exigir, nem os que acaso o promissário costumava pagar.⁵² A figura da prestação de serviço se constitui, ao contrário da locação, em uma típica *obrigação de fazer*.

Primeira diferença estrutural, portanto, entre os dois contratos: na locação temos fundamentalmente uma típica *obrigação de dar* (ceder o uso e gozo da coisa não fungível) enquanto que no contrato de prestação de serviço existe primordialmente uma *obrigação de fazer* (realizar uma atividade no interesse de outrem).

⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 47. Campinas: Bookseller, 2006, § 5.039, 1.

Importante também é a distinção da natureza da obrigação do locador e do prestador de serviço. Na locação, o locador é obrigado a entregar ao locatário a coisa em estado de servir ao uso a que se destina (CC, art. 566), ou seja, o locador deve colocar o locatário em situação de fazer da coisa o uso ordinário ou o uso determinado no contrato. Verificado isso, é incumbência do locatário, por seus meios, levar ou não a cabo o dito uso. *Ao locador basta proporcionar ao locatário a possibilidade de “fazer uso” da coisa, para servir para aquilo a que ela se destina.*⁵³ O prestador de serviço, ao revés, deve realizar a atividade no inteiro interesse do tomador do serviço, assegurar a utilidade, usando do melhor dos seus esforços e da sua aptidão para a consecução do desiderato contratual.

Assim, outro elemento fundamental que separa a locação da prestação de serviços é o valor do elemento trabalho do locador e do prestador do serviço. Esse elemento, na locação, do mesmo modo que ocorre em outros contratos, tem o caráter de uma prestação acessória, enquanto que na prestação de serviço constitui a prestação fundamental.

Na locação o locador tem que assegurar ao locatário a possibilidade de gozar a coisa arrendada *e com isso termina toda a sua prestação*, enquanto que na prestação de serviço o prestador de serviço deve prestar a própria atividade para procurar a utilidade que o tomador de serviço tem direito de obter. *Se se detém a atividade do prestador de serviços, toda a utilidade desaparece*, e o tomador do serviço só poderia obter proveito do que até então houvesse sido executado. Por isso, enquanto na locação, salvo casos excepcionais, o locador não é responsável pela falta de utilidade da coisa, sempre que esta mantenha sua capacidade produtiva – e na mesma linha – e as características que tinha no momento do contrato, na prestação de serviço não se pode conceber a execução do contrato e a atribuição de alguma utilidade ao tomador de serviço nem, por conseguinte, a consecução dos fins que este se havia proposto, *sem a contínua colaboração do prestador de serviço, que com seu próprio esforço tem que produzir as vantagens prometidas.*⁵⁴

A natureza material ou imaterial do bem objeto do contrato não importa para a classificação de um contrato como locação ou prestação de serviço, mas, sim, dentre outros elementos, a função do produtor da utilidade. Basta se pensar no contrato de

⁵³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 199.

⁵⁴ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte general*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 16/17.

fornecimento de energia elétrica. Nesse contrato existem traços característicos da cessão (a cessão do uso e gozo de um bem imaterial que se mantém *moto continuo*, a eletricidade) e da prestação de serviço (a atividade de possibilitar o subministro da energia elétrica).

Aqui, para se averiguar a distinção, há que se ater à função do produtor da utilidade. Na locação a inatividade do locador, mais do que a cessão da coisa produtora da utilidade, é a característica do contrato. Mais do que a entrega da coisa que se cumpre de uma só vez, o locador tem fundamentalmente na locação uma obrigação de deixá-la, o que implica para ele em uma obrigação de trato sucessivo. É, em primeiro lugar, um dever de tolerar e de se omitir. O locador deve suportar que o locatário use a coisa conforme o contrato; não pode perturbar o locatário, de nenhuma forma, no exercício da sua posse e uso consoante o contrato.

No fornecimento de energia elétrica, pelo contrário, o gozo do usuário não existe sem o esforço contínuo do arrendador na subministração da energia. Sem o labor do arrendador, que tem lugar de mil maneiras, todas muito complexas, na organização industrial (constituição da administração, estabelecimento, direção técnica, administrativa, trabalhos materiais e intelectuais, e, pelo que se refere às coisas, máquinas, instrumentos etc.) não é materialmente possível uma produção determinada de energia elétrica e seu fornecimento ao consumidor. *Dessa maneira, faltando ao arrendatário a possibilidade de gozar em virtude da só natureza da coisa arrendada, e com independência do esforço de outras pessoas, não se pode aqui falar em arrendamento ou locação de coisas, mas, sim, em prestação de serviço.*⁵⁵

Outra distinção fundamental entre os tipos contratuais da locação e da prestação de serviço é que na locação de coisa o locador, que é proprietário ou possuidor, *transfere a posse direta* do bem para o locatário, para uso e fruição, e este retribui pagando o preço. Na prestação de serviço há a simples prestação da atividade no interesse de outrem, sem transmissão de posse do que quer que seja.

Há que se atentar para o que seja essa transferência de posse. Via de regra, o locador cumpre por sua parte o dever de prestação que lhe incumbe quando faz possível o uso da coisa ao locatário, o que geralmente ocorre com a entrega da coisa àquele ou colocando-a à disposição dele.

⁵⁵ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte general*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 20/21.

Hipoteticamente, podemos aventar que *coisa* no sentido dos arts. 565 e 566 do Código Civil poderia ser também, impropriamente, uma cessão de uso e gozo, de um bem imaterial, por exemplo, a cessão da capacidade instalada de um determinado equipamento, um arrendamento de uso e gozo de direitos correlativos a esse bem.

Porém não se pode olvidar que, falando o Código Civil em entrega da coisa em *estado de servir ao uso a que se destina*, garantindo o locador a *manutenção desse uso* pelo tempo do contrato e o *uso pacífico da coisa* (CC, art. 566) claro está que, não se pode considerar como transferência a mera providência de fazer acessível ao arrendatário a cessão de uso e gozo de direitos correlativos a este bem, *porque esta não decorreria da coisa, de seu uso pacífico, servindo ao uso a que se destina, mas sim que derivariam de cessão de direitos correlativos, direitos correlativos estes que são entidades patrimoniais que estão fora da coisa e que decorrem de uma série de elementos que emanam da pessoa que os criou, e não da coisa*. Senão vejamos.

A *posse da capacidade instalada de um determinado equipamento constitui verdadeira cessão de “uso e seus frutos”*. No arrendamento de uso e desfrute o arrendador se obriga a conceder temporalmente ao arrendatário o completo aproveitamento da coisa arrendada, isto é, por regra geral, o uso e percepção de frutos enquanto estes, segundo as normas de uma economia ordenada, *possam considerar-se como rendimentos da coisa*.⁵⁶ Objeto desse arrendamento pode ser um direito ou um objeto patrimonial incorporeal, como uma empresa. São frutos de uma empresa ou de um objeto incorporeal patrimonial os rendimentos econômicos que dela podem derivar-se em virtude da atividade do empresário.⁵⁷

⁵⁶ Quanto ao desfrute, pode ele somar-se ao uso, ou pode ser só. Se bem que o Código Civil pareça conceber “uso e gozo” (aliás, uso e fruição) como inseparáveis, tanto é locação o contrato pelo qual se cede o uso como aquele pelo qual se dão uso e fruto e aquele pelo qual apenas se atribui a desfrutação. O contrato pelo qual se outorga o direito de caçar, ou de caçar e pescar, ou só de pescar, ou de explorar mina, ou cortar lenha, sem que se componha direito real (servidão ou direito de propriedade das minas), é locação de coisa somente quanto ao fruto, ou compra e venda de frutos ou produtos. Quem aluga edifício para nele explorar hotel, ou hospital, ou locação de cômodos, não obtém locação de uso e fruto, e sim, tão-só, de uso. Quem toma de aluguel sítio, que tem casa de campo, horta e árvores frutíferas, sem caráter de exploração agrícola, que dê maior lucro que o aluguel, não alugou uso e fruto, mas só uso, ainda que o locatário se obrigue a repor as ferramentas de trabalho rural, ou a pagar os impostos de plantação e pequenas vendas de produtos. Mas é locação de uso e fruto a locação de fazenda, ou de grande sítio, ou até de horta, se a casa ou casas de moradia não justificam que se tenha o uso delas, a habitação, como elemento primacial do negócio jurídico, ainda que o locatário ou desde antes dele não se desfrutasse a propriedade. Se primeiro só se locou o uso e, depois, por oferta do locador, ou do locatário, se passou a explorar o prédio (e. g., arrolamento posterior de matas e aparelhos que se achavam em depósito), há-se de cogitar de outro contrato, e não de *novo* (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 40. Campinas: Bookseller, 2005, § 4.352, 3).

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 199.

A utilidade de que é suscetível a coisa é, simplesmente, *a resultante de sua natureza* [o uso a que se destina de que fala o art. 566, I, do Código Civil]. Quando se trata de direitos correlativos, *que só incidentalmente estão ligados à coisa*, não há porque falar da utilidade desta, senão unicamente de entidades patrimoniais que estão fora da coisa e que derivam de uma série de elementos que emanam da pessoa que os criou. *Não é a coisa a que dá vida a tal utilidade*, senão que é unicamente ocasião dela, nem representa mais do que um dos elementos que podem influir sobre a entidade patrimonial. Como tal não há que considerá-la fundamento desta, nem eixo em torno do qual gire uma relação determinada, nem objeto com uma aptidão especial que deva ser levado em consideração no estudo da relação jurídica mesma. Por tudo isso, não parece que se possa falar de arrendamento de coisas, nem tampouco atribuir uma significação especial que a coisa possa ter no contrato. Se se toma em consideração a cessão de direitos especiais que nascem para a vida com ocasião da coisa, tem lugar uma relação especial [cessão de direitos correlativos] e não são aplicáveis a ela as disposições concernentes ao arrendamento de coisas.⁵⁸

Não fosse assim, considerar que a cessão temporal de direitos de gozo de tais entidades patrimoniais correlatas (*hacienda*) daria vida a um arrendamento de coisas levaria a consequências jurídicas incabíveis. Ao terminar o arrendamento o arrendatário deve restituir a coisa (CC, art. 569, IV); isso implicaria em restituir a clientela [que é esforço do arrendatário e não do arrendador, por isso, não é restituível]. Se tem a obrigação de restituir a coisa (CC, art. 569, IV), e se a *hacienda*⁵⁹ correlata integra a coisa, o arrendatário não poderia exercer o comércio do arrendador, uma vez cessado o arrendamento. Ou ainda, o arrendatário não poderia dirigir-se aos clientes antigos porque, procurando atraí-los, tomaria aquilo que deveria restituir e se faria culpado de apropriação desses sutis objetos de propriedade.

Indiscutível se considerar, portanto, que na cessão de direito de uso e gozo de direitos correlatos que ocorrem por ocasião da coisa [através da coisa] não há mais do que

⁵⁸ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte General*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 298.

⁵⁹ Na empresa, que é universalidade de direito, há mais do que no patrimônio, que também é universalidade de direito, e mais do que na universalidade de fato: quanto àquele, porque se incluem nela as oportunidades ou probabilidades, como a *clientela*, a fama, a propaganda, e, pois, *a empresa é mais do que a soma dos direitos*; quanto a essa, porque há, na empresa, coisas (direito de propriedade) e direitos. Não há direito real sobre a empresa; donde ter-se de observar, a respeito de cada elemento, as suas regras jurídicas sobre transmissão. As oportunidades mesmas regem-se por suas regras jurídicas próprias. Se a empresa pertence a uma só pessoa física ou jurídica, há o patrimônio, que consiste na soma dos seus elementos **direitos**, e a empresa. No caso de negócio jurídico sobre a empresa, abrange ele mais do que o patrimônio; donde a diferença entre a venda e compra dos bens da empresa e a venda e compra da empresa (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, § 595, 3).

uma cessão especial dos direitos do cedente ao cessionário, no interesse deste, o que não se confunde com a locação. Portanto, como bem expõe Rubini, da união das aptidões pessoais de alguém com uma acertada situação de comércio, surge um complexo de operações comerciais que favorece a quem utiliza a *hacienda*. Uma vez que cessa o exercício comercial e se forma uma nova entidade econômica distinta da primeira, nada impede que a atividade do comerciante, ainda desfrutando de tudo o que pôde aprender durante a gestão precedente, se dirija a fazer concorrência ao negócio anterior. Transcorrido o termo do negócio, dentro do qual as obrigações foram cumpridas, não se pode seriamente impedir que suas aptidões pessoais se exercitem, nem podem estas ser negadas por nenhum contrato⁶⁰ [como o seriam no caso do arrendamento de coisas]. Por isso a cessão de direitos correlativos ao bem deve ser considerada como ela é, uma cessão de direitos no interesse do cessionário. *Sendo a cessão realizada no precípua interesse do cessionário este é o motivo pelo qual, ao término do contrato, o dito cessionário leva com ele todos os benefícios e as utilidades que ocorrerão por ocasião ou através da coisa, não havendo que se falar em nenhum dever de restituição.*

De outro lado, falando o Código na locação em *entrega da coisa* (CC, art. 566, I) e em garantia pelo locador do uso pacífico *da coisa* (CC, art. 566, II) não há que se imaginar nessa *posse sobre coisa alheia* a existência de uma posse meramente espiritual, (como é possível no direito integral sobre coisa própria, o direito de propriedade⁶¹) sem apropriação da direção da coisa, *porque não há na locação posse sem poder de direção do arrendatário sobre o uso e gozo da coisa, ainda que imaterial, porque isso desnaturaria o conceito civilístico de posse.*

A posse, na realidade, consiste em uma manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, isto é, um estado fático tal que revela o senhorio de fato da coisa, aquele que a tem sob sua dependência e que a faz servir para a satisfação de suas necessidades econômicas. O *animus* aplicado ao *corpus* será, por conseguinte, a vontade de realizar a apropriação econômica da coisa, a vontade de agir como senhor

⁶⁰ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte General*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 298.

⁶¹ O direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com a qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida a posse ou não havia posse para transmitir, ou tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 373)

de fato da coisa.⁶² A posse refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda a um ideal coletivo, consoante aos costumes e à opinião pública.

Sendo a posse uma relação de poder que se apresenta à consciência popular como relação de fato, é essa consciência social, perante determinadas situações, que considera caracterizada essa dominação necessária à aquisição e à continuação da posse.

Dessa maneira é a psicologia social que atribui ao comprador a posse dos objetos por ele adquiridos, desde o momento em que foram depositados em sua casa, durante sua ausência. Não é preciso a apreensão por parte do comprador ou de alguém da sua casa.

No caso do animal bravo, apanhado na armadilha do caçador, a consciência social considera adquirida a posse, antes que o possuidor saiba de sua apreensão. O mesmo ocorre com relação à marca aposta pelo comprador em certas mercadorias que ele deixa em poder do vendedor; e, no direito justinianeu, quanto à entrega das chaves do armazém em que se encontram os gêneros vendidos.

A consciência social considera esses fatos suficientes para indicar a senhoria da coisa, necessária à aquisição da posse. Assim, o *corpus* é a disponibilidade da coisa, segundo a consciência social, entendida essa como o aspecto negativo da relação possessória (o aspecto positivo é a atuação do possuidor), ou seja, consistente na abstenção socialmente aceita por parte de terceiros relativamente à coisa possuída.⁶³ Como diz Perozzi, os homens depois que obtiveram um certo grau de civilidade, se abstêm socialmente de intervir em uma coisa que aparentemente não seja livre, isto é, com possibilidade de que alguém em situação facilmente perceptível pretenda a exclusiva disponibilidade. Em razão desse costume social, aquele que manifesta a intenção de que todos se abstenham da coisa para que ele possa dispor com exclusividade, sem que encontre resistência a isso,⁶⁴ resta investido a respeito desta de um poder chamado posse, que pode ser definido como a plena disposição de fato de uma coisa.⁶⁵

⁶² SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon : Imprimerie Darantie, 1894, p. 183

⁶³ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em direito romano*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1936, p. 145-146.

⁶⁴ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Apelação nº. 364/1999. Relator: Ferreira de Barros. Acórdão julgado em 04 de março de 2008. "Caminho público. Domínio público. Utilidade pública.

Portanto, consoante os postulados da teoria social e o entendimento de Saleilles, sendo a posse uma relação de apropriação econômica, para estabelecer essa relação não é suficiente, como imaginava Ihering, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. *É preciso remontar à tomada da posse e ver em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar: é preciso que em um momento dado aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa.*

Não existindo esse momento de afirmação da senhoria do locatário, da direção por este da coisa alheia do locador, mas mera prestação da atividade do prestador de serviço ao arrendador do serviço, no interesse deste, posse não há e, assim, não se considera que a coisa foi de qualquer modo entregue como exige o dispositivo legal.

Na locação, com a entrega e a possibilidade de usar a coisa (CC, art. 566), o arrendatário recebe também a possibilidade de atuar sobre ela, e, a este respeito está facultado para as ações que não sobrepujem os limites do seu direito de uso (CC, art. 569, I, o locatário pode servir-se da coisa para os usos convencionados ou presumidos). O arrendador deve suportar que o arrendatário use a coisa conforme o contrato, não podendo de nenhuma forma perturbar o exercício da posse e do uso conforme o contrato. Se o arrendatário fizer uso da coisa contra o disposto no contrato e continuar esse uso, não obstante haver sido notificado pelo arrendador para cessar o uso indevido (CC, art. 569, I) *o arrendador só poderá exercitar contra ele a ação judicial de omissão* para que o arrendatário implemente o dever de cuidado da coisa como se sua fosse ou, em não o fazendo, para rescindir o contrato com exigência de perdas e danos (CC, art. 570).⁶⁶

Atravessadouro. Legislação: Artigos 84º da Constituição e artigos 1383º e 1384º do Código Civil. Os bens são do domínio público - para além dos casos de domínio directo e imediato do público - quando assim são classificados pela Constituição ou pela lei ordinária, por deferência daquela. Nos termos do Assento do STJ, de 19.04.1989, "são públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público". É imprescindível a afectação dos caminhos à utilidade pública, de tal forma que cessando essa utilidade cessa a dominialidade pública. A posse imemorial verifica-se quando um determinado estado de facto teve uma permanência uniforme por um espaço de tempo que excede a memória de todos os homens. Sendo construída uma nova via que passa a ser mais utilizada pelo público que o caminho que atravessa um prédio particular, convertido este caminho em mero atravessadouro deve considerar-se abolido".

⁶⁵ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. v. 1. Roma : Casa Editrice Dott. F. Vallardi, 1925, p. 823.

⁶⁶ Surgindo quaisquer das circunstâncias legais que autorizam a retomada do imóvel, cessa a locação. O direito de retomada pode ser assim definido: o direito que assiste ao locador de, *dando por finda a locação mediante notificação judicial*, exigir a restituição do imóvel locado, a fim de utilizá-lo, numa determinada destinação prevista em lei. Os pressupostos do direito de retomada são os seguintes: a) que exista uma relação *ex-locato*; b) que seja demandado pelo locador, com ou sem a qualidade de proprietário, conforme a circunstância legal; c) que o pedido de retomada tenha efetivamente por objetivo a destinação prevista em lei (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Locação de coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 89).

Na prestação de serviço, ao contrário, sendo prestação de atividade e estando sempre na posse e alvitre do prestador, ele pode interrompê-la, sponte propria, sempre que o tomador do serviço deixar de cumprir com o objeto da avença, sem necessidade de recorrer às vias judiciais.

Na locação o locatário está obrigado, uma vez extinta a locação a devolver a coisa ao locador, no estado em que a recebeu (CC, art. 569, IV). Esta obrigação constitui um dever de prestação independente. A devolução da coisa não representa uma contraprestação (ou uma parte desta) à prestação do locador, se achando fora da relação sinalagmática. A obrigação de devolver a coisa corresponde à fase de liquidação do contrato.⁶⁷

Na prestação de serviço não há qualquer dever de restituição ao final do contrato porque serviço, senso largo, é qualquer prestação de fazer, ou, de atividade no interesse de outrem.⁶⁸ A realização do serviço ou a prestação da atividade se consubstancia no próprio fazer, que é instantâneo e se tem por acabado logo após a sua consecução, ficando assim sua utilidade pertencendo a quem o pagou, nada havendo que restituir.

Por fim, o locatário que realiza benfeitorias necessárias tem o direito de retenção do bem locado para satisfazer sua pretensão de indenização (CC, art. 578). Nesse período de retenção o locatário não fica obrigado a pagar os valores de aluguel. Isso para que seja eficaz o desiderato do direito de retenção, que é o pagamento dos valores das benfeitorias. Se o locatário permanece realizando a contraprestação, o locador não sentirá os efeitos da coerção que se pretende com a retenção.

Enquanto não indenizado o locatário, a retenção será legítima, não importando o tempo decorrido. A retenção, assim, não se confunde com as perdas e danos e nem tem natureza de contraprestação, traduzindo apenas meio de coerção indireta do locador, motivando-o a cumprir a obrigação indenizatória.⁶⁹

⁶⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 206.

⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 47. Campinas: Bookseller, 2006, § 5.038, 1.

⁶⁹ SOUZA, Sylvio Capanema de. Das várias espécies de contratos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Comentários ao novo Código Civil*. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 526.

Na prestação de serviço a atividade é prestada no interesse do tomador do serviço e sob o próprio risco dele. Assim, não há direito à retenção de nada porque não há objeto específico ao qual a coisa seja vinculada. Embora possa haver manipulação de meios para que o serviço seja realizado, esses meios postos à disposição do prestador de serviço não se vinculam ao serviço na forma de garantia deste.

Entendidos os elementos teóricos que presidem a distinção entre os tipos contratuais da locação e da prestação de serviço, passemos à qualificação dos contratos firmados entre a Star One e seus clientes.

6. A qualificação dos contratos firmados entre a Star One e seus clientes

Os contratos ora em análise foram celebrados pela Star One S.A., uma empresa com 80% de participação acionária da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. - Embratel e 20% da GE Satellite Holdings LLC com seus clientes, Rádio Guaíba S.A., Omnes do Brasil Ltda. e Fundação José de Paiva Netto. Eles têm por objeto declarado a “*cessão de capacidade espacial de satélite*” na execução de serviços de telecomunicações dos clientes destinados ao uso próprio ou à sua prestação a terceiros, respectivamente de 0,4 MHz do Satélite BRASILSAT – B2 (Rádio Guaíba S.A.), 1,9 MHz do Satélite BRASILSAT – B1 (Omnes do Brasil Ltda.) e 0,7 MHz do Satélite BRASILSAT – B3 (Fundação José de Paiva Netto).

Tais contratos, todavia, não se qualificam como contratos de locação, pelos fundamentos e motivos a seguir expostos. Procederemos a uma análise percuciente dos contratos em suas perspectivas estrutural e funcional.

6.1. Análise estrutural dos contratos

6.1.1. A ausência dos elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis do contrato de locação

Na análise da estrutura dos negócios jurídicos assumem relevo os elementos essenciais ou os *essentialia negotii*. A noção dos *essentialia* constrói-se a partir de uma classificação dos elementos componentes da estrutura do negócio jurídico. A primeira categoria de elementos seriam aqueles ditos essenciais, que se subdividem em gerais e categoriais. São elementos essenciais gerais aqueles vinculados à própria existência do negócio jurídico: de um lado, sem estes componentes, não há

negócio, de outro lado, eles bastam à sua configuração: “nesse sentido, são eles elementos necessários e, se nos ativermos ao negócio jurídico como categoria geral, são também suficientes”.⁷⁰ Normalmente são referidos como agente, objeto e forma, nos moldes do disposto no art. 104 do Código Civil.⁷¹

Sem quaisquer dos elementos gerais não existe negócio jurídico. Com precisão, se faltarem os elementos tempo e lugar, não existirá negócio jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e, finalmente, sem circunstâncias negociais, forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico.

Ao descer na escala de abstração e passar às diversas categorias de negócio, esses elementos gerais já não serão suficientes. A eles serão acrescidos os elementos próprios de cada categoria, isto é, os elementos categoriais. Esses elementos não resultam de vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constroem (exemplos: compra e venda, locação, doação, depósito, comodato, mútuo, contratos em geral, distratos, casamentos, pactos antenupciais, testamentos, aceitação e abstenção de herança).

Existem duas espécies de elementos categoriais: essenciais ou inderrogáveis e naturais ou derogáveis. Os primeiros definem cada categoria de negócio e, portanto, caracterizam sua essência (exemplos: consenso sobre a coisa e o preço, na compra e venda; a manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no depósito; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível, no comodato; a disposição de bens para depois da morte, no testamento etc.). Os naturais podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo (exemplos: responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; a gratuidade, no depósito, no mútuo e no mandato etc.).

⁷⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

⁷¹ Antonio Junqueira de Azevedo subdivide os elementos essenciais gerais em intrínsecos (ou constitutivos) e extrínsecos. Estariam entre os primeiros a forma, o objeto e as circunstâncias negociais (“*quid...* que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos), e entre os segundos o agente, o lugar e o tempo (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32-33).

A doutrina tradicional romanística estava certa quando distinguia, em cada tipo de negócio, os elementos essenciais e os naturais, pois não se havia chegado à categoria mais abstrata (negócio jurídico). O que havia eram tipos de negócios e cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*). Os primeiros são inderrogáveis e os naturais, derogáveis, e, neste último caso, geram para as partes o ônus de manifestar-se se quiserem afastá-los.⁷²

Na locação são elementos categoriais inderrogáveis a obrigação de conceder ao locatário o uso e gozo da coisa não fungível durante o tempo da locação, mediante certa retribuição, para que este se sirva dela para o uso a que ela se destina.

Como bem diz Karl Larenz, caracterizando o elemento categorial inderrogável do negócio jurídico de locação: “a obrigação de conceder ao locatário o uso da coisa durante o tempo da locação é constitutiva dessa figura contratual. Não pode, portanto, faltar sem que o contrato perca o seu caráter de arrendamento de uso”.⁷³

Deste modo, em primeiro lugar, sem a dação da coisa, a entrega da coisa alugada não há locação. Em segundo lugar, sem o uso e gozo da coisa, não há locação, ou seja, faltando ao locatário a possibilidade de gozar em virtude da só natureza da coisa arrendada, e com independência do esforço de outras pessoas, não há que se falar em locação. Em terceiro lugar, sendo elemento categorial inderrogável do contrato a entrega de coisa não fungível, não há locação se existir a fungibilidade da prestação. Em quarto lugar, pressupondo a locação a entrega da coisa para que o locatário se sirva dela para o uso a que se destina, não há locação sem poder de direção do locatário sobre o uso e gozo da coisa. Em quinto lugar, sendo elemento categorial inderrogável do contrato a entrega da coisa e seu uso e gozo restrito ao tempo da locação, a coisa deve ser restituída e, portanto, não há locação sem dever de restituição da coisa infungível. Por fim, da obrigação do locatário de servir-se da coisa alugada para o uso a que ela se destina, decorre seu dever de tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse, realizando, portanto, obrigatoriamente, as benfeitorias necessárias na coisa, e, assim,

⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34/38.

⁷³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 199.

podendo reter a coisa até ser ressarcido. Não há então, em princípio,⁷⁴ que se falar em locação sem a possibilidade fática ou jurídica de reter a coisa locada.

Pois bem. Examinando as relações jurídicas decorrentes dos contratos em tela, verifica-se:

- os contratos examinados não prevêm a entrega de qualquer coisa aos clientes da Star One;
- o uso e gozo da utilidade proveniente dos contratos para os clientes da Star One não decorre da só natureza da coisa dita cedida, a “*capacidade espacial de satélite*” e nem pode ser realizado com independência, sem pressupor o esforço contínuo, diuturno e permanente da Star One;
- a coisa, o provimento de capacidade espacial, que a Star One sustenta entregar não é infungível;
- não há poder de direção dos clientes da Star One sobre o uso e gozo da coisa dita locada, que permanece o tempo todo sob o mando e controle da Star One;
- não há dever de restituição dos clientes da Star One de qualquer coisa à empresa dita locadora;
- os clientes da Star One não têm possibilidade fática ou jurídica de reter a coisa locada.

Especifiquemos, pormenorizadamente, tais considerações.

6.1.1.1 Não há cessão ou entrega de coisa

No contrato de locação a obrigação principal do locador é a de transmissão temporal da posse de objeto para que o locatário tenha o uso, ou o uso e a fruição. Nessa obrigação estão incluídos o dever de entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e o dever de mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato:

Art. 566. O locador é obrigado:

⁷⁴ Esse direito de retenção, sendo uma decorrência natural da natureza da avença, pode ser afastado, mas somente por vontade expressa das partes.

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;

Não há entrega de bem nos contratos firmados entre a Star One e seus clientes. A cláusula 02 dos contratos, que descreve a cessão, em seu item 2.1, é bem clara quanto a isso:

2.1 - A CESSÃO consiste na alocação à CONTRATANTE, pela STAR ONE, de capacidade de segmento espacial no satélite mencionado na Cláusula Primeira, para uso exclusivo da CONTRATANTE, em conformidade com todas as cláusulas deste Contrato e de acordo com as especificações estabelecidas nos seus Anexos, com o objetivo de efetuar transmissões via satélite dos sinais de telecomunicações, por meio das Estações Terrenas de Transmissão - ETTS licenciadas pela Anatei, para a execução de serviços.

Alocar, consoante o Dicionário Houaiss é “colocar algo em um ponto determinado, destinar a um fim específico ou, mais propriamente no que estamos falando, no campo da informática, reservar um trecho de memória primária para uma rotina”. Nas três acepções temos uma atividade, uma obrigação de fazer, e não uma entrega, uma obrigação de dar.

O art. 9º do Anexo à Resolução nº. 220, de 5 de abril de 2000 – Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para Transporte de Sinais de Telecomunicações é bem claro ao dispor que a dita “cessão” constitui *uma atividade*, o *provimento* de capacidade espacial, *oferecimento de recursos*, uma *obrigação de fazer* e não uma obrigação de entrega, de dar alguma coisa:

VIII- Exploradora de Satélite: entidade à qual foi conferido o direito de exploração de satélite;

IX - Posição Orbital: posição na órbita de satélites geoestacionários caracterizada por uma longitude;

X - Prestadora: é a entidade que detém concessão, permissão ou autorização para exploração de serviço de telecomunicações que *contrata o provimento de capacidade espacial*;

XI - *Provimento de Capacidade Espacial: é o oferecimento de recursos de órbita e espectro radioelétrico à Prestadora de serviços de telecomunicações; (...)*

XIII- Registro: notificação das características da rede de satélites junto ao Registro Mestre Internacional de Frequências da UIT, visando a proteção internacional;

XIV - Satélite Brasileiro: é o que utiliza recursos de órbita e espectro radioelétrico notificados pelo País, ou a ele distribuídos ou consignados, cuja estação de controle e monitoração esteja instalada no território brasileiro;

XV - Satélite Estrangeiro: é aquele que utiliza recursos de órbita e espectro radioelétrico coordenados ou notificados por outros países;

XVI - Satélite Geoestacionário: satélite geossíncrono de órbita circular localizado no plano do equador terrestre que permanece aproximadamente fixo em relação à Terra;

XVII - Satélite Não-Geoestacionário: satélite cujas características orbitais não o enquadrem como satélite geoestacionário;

XVIII - *Segmento Espacial: são os satélites e as estações de rastreamento, telemetria, comando, controle, monitoração e equipamentos requeridos para suportar a operação desses satélites;*

Verifique-se que, consoante a regulamentação da lei, a prestadora contrata provimento de capacidade espacial (item X), ou seja, oferecimento de recursos de órbita e espectro radioelétrico (item XI) atividade de fazer, não obrigação de dar.

Segmento espacial (item XVIII), na definição legal, é o satélite, e este remanesce sempre com a Star One, em sua posse direta e indireta, durante todo o tempo do contrato.

Isso é reconhecido pelo próprio autor da demanda, sendo o fato incontroverso, no parecer do Prof. Heleno Taveira Torres, em fls. 278, dos autos judiciais:

A partir do contrato, assim constituído entre as partes, as atividades a serem desempenhadas pelas "exploradoras", nos limites da administração da capacidade espacial, impõe a estes diversos deveres, e, ao mesmo tempo, direitos à outra parte da relação jurídica, às "Prestadoras" (dos serviços de telecomunicações que usem da capacidade espacial), a exemplo do que segue:

"I - acesso e fruição do provimento de capacidade espacial dentro dos padrões de qualidade, regularidade e eficiência previstos na regulamentação;

II - tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do provimento de capacidade espacial;

III - obtenção e utilização de capacidade espacial, com liberdade de escolha, observadas as limitações técnicas, as cláusulas contratuais entre a Operadora e as Prestadoras e a regulamentação;

IV - inviolabilidade e o segredo das comunicações, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações;

V - conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do provimento de capacidade espacial

que lhe atinjam direta ou indiretamente, inclusive e especialmente nas hipóteses de início do provimento de capacidade espacial, sua suspensão e cessação;

VI - privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais;

Assim, reconhece o réu (consoante o que diz o Regulamento da lei, art. 9º do Anexo à Resolução nº. 220, de 5 de abril de 2000 – Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para Transporte de Sinais de Telecomunicações) que a utilidade que busca no contrato é uma atividade, uma obrigação de fazer do provedor do serviço, o explorador do satélite, consistente em atuar, prover a dita capacidade, assegurando diuturnamente a prestação da atividade (item V) dentro dos padrões de qualidade, regularidade e eficiência previstos. Mais do que isso, essa atividade deve se fazer em condições tais que assegure, permanentemente, a inviolabilidade e o segredo das comunicações.

Como esclarece e reconhece também o Prof. Heleno Taveira Torres em seu parecer em fls. 283, 2º parágrafo, dos autos judiciais, a atividade de provimento de capacidade espacial é uma prestação de serviço, mas não é acessória porque domina toda a relação jurídica:

As designações de posição orbital e faixas de frequências para operação e polarização da portadora e demais características técnicas são obtidas pelas Exploradoras de satélites para que, em seguida, possam vir atribuídas às prestadoras para que suas estações terrenas possam ser habilitadas para o encaminhamento de ondas ao satélite. Não descaracteriza tal contrato como típico caso de "locação" a adição dos serviços técnicos praticados pelos satélites, pois, nesse caso, o serviço prestado é acessório àquele propósito de locação da capacidade espacial. Prefere tais serviços a atribuição de órbita e de frequências, que é o objeto central da contratação.

Não há entrega de coisa incorpórea (a dita atribuição de órbita e frequências) porque os clientes não passam a controlar, gerir, ou intrometer-se de maneira autônoma nos satélites e, mais do que isso, o só uso e goza da coisa (a atribuição de órbita e de frequências) consoante a sua natureza, por si só nada possibilita, sem a atividade da operadora do satélite.

Como já explicitado, o que separa a prestação de serviços da locação é o valor do elemento *trabalho*, elemento que no arrendamento de coisas, do mesmo modo que ocorre em outros contratos, *tem o caráter de uma prestação acessória*, enquanto que no arrendamento de serviços *constitui a prestação fundamental*.

No arrendamento de coisas o arrendador tem que assegurar ao arrendatário a possibilidade de gozar a coisa arrendada *e com isso termina toda a sua prestação*, enquanto que no arrendamento de serviços o arrendador deve prestar a própria atividade para procurar a utilidade que o arrendatário tem direito de obter. *Se se detém a atividade do arrendador de serviços, toda a utilidade desaparece*, e o arrendatário só poderia obter proveito do que até então houvesse sido executado. Por isso, enquanto no arrendamento de coisas, salvo casos excepcionais, o arrendador não é responsável pela falta de utilidade da coisa, sempre que esta mantenha sua capacidade produtiva – e na mesma linha – e as características que tinha no momento do contrato, no arrendamento de serviços não se pode conceber a execução do contrato e a atribuição

de alguma utilidade ao arrendatário nem, por conseguinte, a consecução dos fins que este se havia proposto, *sem a contínua colaboração do arrendador, que com seu próprio esforço tem que produzir as vantagens prometidas*⁷⁵.

Aqui a atividade da operadora do satélite, a Star One, sua prestação de serviço, domina toda a relação e a dita atribuição de órbita e frequências nada mais é do que a atividade-meio, a condição que possibilita o fornecimento do serviço. A relação em questão, tem o seu cerne, a sua *utilitatis causa*, na transmissão via satélite dos sinais de comunicações. Nessa transmissão, o que importa para as partes, e foi por isso que elas contrataram, é o transporte dos sinais. Para a comunicação, para o transporte de sinais, é necessário o uso da coisa, mas isso não qualifica o contrato como locação porque na locação tal uso da coisa é o fim único do contrato, e, no transporte ou transmissão de sinais de comunicação, é só o meio, com o qual o explorador da atividade pode alcançar o fim contratual a que se destina sua atividade (transmitir comunicação).

Como bem esclarece Riccardo Fubini, falando de transporte em geral, mas também aplicável ao transporte de sinais ou transmissão de comunicação⁷⁶:

“a atividade que o transportador se obriga a empregar para que o transporte se realize, constitui o elemento essencial desse contrato; por isso, enquanto que no arrendamento de coisas o vendedor se obriga só a conceder ao arrendatário o gozo da utilidade das coisas, o transportador se obriga a transportar. Não poderá falar-se de arrendamento, senão unicamente de transporte, não obstante as expressões usadas pelas partes, nas hipóteses em que uma pessoa se obrigue a facilitar à outra um determinado percurso em automóvel, coche etc.. Claro está que nesses casos a atividade do transportador é essencial. Ele é que tem que preocupar-se com o meio de transporte e sua obrigação não se contrai com a concessão de uso da coisa por um certo tempo, mas sim realizando um percurso determinado⁷⁷.

Não há assim, entrega operacional seja da coisa, seja do seu uso (a dita atribuição das órbitas e de frequências) porque, como se comprova no item 4.3 dos contratos, a Star One se assegura o pleno controle dos satélites, de sua posição orbital, da frequência utilizada e demais características técnicas:

⁷⁵ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte general*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 16/17.

⁷⁶ O que na realidade ocorre, nas atividades contratadas entre a Star One e seus clientes é a alocação de uma porta de um satélite para transmitir sinais às estações terrestres habilitadas dos usuários, monitorando de forma permanente a recepção destes sinais, avaliando suas condições de fornecimento dos equipamentos, verificando a ocorrência de interferência ou outras interrupções que possam vir a causar ao serviço. É inequívoco, conseqüentemente, que os serviços prestados pela Star One caracterizam um serviço de comunicação e, em sendo assim, sobre eles incide o ICMS, até porque, deve ficar claro, que o ICMS não incide sobre os serviços de telecomunicações (espécie), mas sim sobre serviços de comunicação (gênero). Assim dispõe o art. 3º, inciso XI da Lei nº 2.657/96 “*verbis*”: “Art. 3º - O fato gerador ocorrerá: XI – na prestação onerosa de serviços de comunicação feito por qualquer modo, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição, e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.” A Lei 2.657/96, se adequa plenamente a Constituição Federal e a Lei Complementar 87/96, a primeira quando ela confere competência exclusiva a Lei Complementar para em relação aos impostos nela discriminados estabelecer a definição dos respectivos fatos geradores (art. 186) e com a Lei Complementar nº 87/96, quando ela determina a incidência do ICMS sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio (art. 2º, inc. II).

⁷⁷ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte General*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 45/46.

4.3 - O satélite, a posição orbital, a frequência da portadora e demais características técnicas serão designados pela STAR ONE no documento de Autorização de Implantação da ETTS ("AIE"), que será fornecido pela STAR ONE após análise dos formulários A e B do Anexo I do Contrato, a serem preenchidos pela CONTRATANTE.

Além disso, tal controle é mantido diuturnamente com exclusividade pela Star One, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês:

4.4 - A CESSÃO objeto do presente Contrato será prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, durante o prazo contratado conforme item 12.1 deste Contrato, ressalvados os casos de interrupção, conforme cláusula Décima Terceira.

O mesmo dispositivo é reforçado pelo item 8.1 dos contratos, inclusive fazendo a ressalva de que a Star One pode, a seu exclusivo critério, entabular outros acordos operacionais com outras operadoras de satélites para melhor atender o objeto do contrato, a transmissão dos sinais:

8.1 - Caberá à STAR ONE indicar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para a operação da CESSÃO ora contratada, considerando acordos operacionais firmados com outras empresas, nacionais e internacionais, operadoras de satélite. 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.

Deste modo, nos contratos examinados não há entrega de qualquer coisa aos clientes, seja a operação do satélite em si, seja a capacidade espacial, que, como visto, é provimento de atividade, obrigação de fazer, e não coisa, obrigação de dar. Como explicado, os contratos em referência têm como objeto a alocação de provimento de capacidade (uma obrigação de fazer), objeto de prestação de serviço (prestação onerosa de serviço de comunicação feito de qualquer modo) e não uso e gozo da própria coisa por sua natureza (obrigação de dar) porque a dita coisa (a atribuição de órbita e de frequências) nada é sem a atividade diuturna, prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, da Star One, que a assegura e possibilita.

6.1.1.2 O uso e gozo da utilidade não decorre da só natureza da coisa cedida

Assevera Serpa Lopes que toda a importância da obrigação de entrega da coisa, dessa prestação, assenta em ser ela um meio para o cumprimento daquilo que constitui a

essência do contrato de locação - o uso e gozo da coisa locada - os quais não se tornam efetivos sem a entrega daquilo que lhes forma o objeto⁷⁸.

É elemento categorial inderrogável do contrato de locação assim, o uso e gozo da utilidade que decorre da só natureza da coisa cedida. Por isso a lei fala em entregar ao locatário a coisa em estado de servir ao uso a que se destina (CC, art. 566) e a mantê-la nesse estado, ou seja, o locador deve colocar o locatário em situação de fazer da coisa o uso ordinário ou determinado no contrato:

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;

II - a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa.

Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

O uso e gozo da coisa pelo locatário se faz em decorrência da só natureza da coisa cedida, servindo a coisa para o fim a que se destina. Pontes de Miranda bem esclarece essa noção, versando sobre as condições estranhas à locação, ao dizer que “*o conceito de locação conserva-se incólume, se os contraentes introduzem no contrato cláusulas que não se referem ao usar ou ao fruir, porém de algum modo se ligam a um ou ao outro: e. g., dever de limpeza dos móveis que ficaram na casa, aguagem do jardim, poda anual das árvores, dragagem dos rios, ou abertura de caminhos*”⁷⁹.

Isso porque, o uso e gozo autônomo da só natureza da coisa, a casa, não é interdito ou impossibilitado pela imposição de deveres laterais de conduta de limpeza dos móveis, aguagem do jardim, poda de árvores ou abertura de caminhos. Estes em nada elidem a prestação principal. Porém, quando o uso e gozo da utilidade do contrato não decorrem da disponibilidade da coisa, mas sim, da atuação contínua do pretenso locador, na realidade temos um novo tipo de contrato, o contrato de prestação de serviços.

Como bem expressa Rubini, já antes mencionado, a utilidade de que é suscetível a coisa é, simplesmente, *a resultante de sua natureza* [o uso a que se destina de que fala o art. 566, I, do Código Civil]; quando se trata de direitos correlativos, *que só incidentalmente estão ligados à coisa*, não há porque falar da utilidade desta, senão unicamente de entidades patrimoniais que estão fora da coisa e que derivam de uma série de elementos que emanam da pessoa que os criou. *Não é a coisa a que dá vida a tal utilidade*, senão que é unicamente ocasião dela, nem representa mais do que um dos elementos que podem influir sobre a entidade patrimonial. Como tal não há que considerá-la fundamento desta, nem eixo em torno do qual gire uma relação determinada, nem objeto com uma aptidão especial que deva ser levado em consideração no estudo da relação jurídica mesma. Por tudo isso, não parece que se possa falar de arrendamento de coisas, nem tampouco atribuir uma significação especial que a coisa possa ter no contrato. Se se toma em consideração a cessão de direitos especiais que nascem para a

⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Locação de coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 45.

⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 40. Campinas: Bookseller, 2005, § 4.352, 6.

vida com ocasião da coisa, tem lugar uma relação especial [cessão de direitos correlativos] e não são aplicáveis a ela as disposições concernentes ao arrendamento de coisas⁸⁰.

Pois bem. Nos contratos firmados entre a Star One e os seus clientes, não é a coisa em si (a atribuição de órbita e de frequências) em sua natureza que permite a utilidade (o uso e gozo da transmissão de sinais) mas sim, a atividade diuturna da Star One prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês.

Senão vejamos. Qual a especificidade da coisa de que estamos falando? Como visto o provimento de capacidade espacial é definido no art. 9º do Anexo à Resolução nº. 220, de 5 de abril de 2000 – Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para Transporte de Sinais de Telecomunicações e consiste no oferecimento de recursos de órbita e espectro radioelétrico à prestadora de serviços de telecomunicações.

Sendo assim, a operação em comento resume-se à seguinte fórmula: uma empresa A, operadora de um satélite, concede a uma empresa B certa capacidade de potencial de transmissão do instrumento que se encontra em órbita, expressa em megahertz, através da instalação de “*transponders*” com a constante manutenção desse meio de trânsito de informações.

Transponder (abreviação de *transmitter-responder*) é um dispositivo complementar de automação e cujo objetivo é receber, amplificar e retransmitir um sinal com frequência diferente ou transmitir um sinal em uma frequência diferente ou transmitir de uma fonte uma mensagem pré-determinada em resposta a uma outra pré-definida de outra fonte. Esses equipamentos, no caso de operação de cessão de capacidade espacial, funcionam como o meio necessário para que a comunicação, entre o satélite e as estações terrestres se estabeleça.

Fácil de se notar, pela só descrição da coisa e da operação, que esta não é apta para realizar por si só, por sua natureza, o uso e gozo da utilidade pretendida pelas partes, sem a atividade do pretense locador, a Star One. Logo, não há locação, mas sim, prestação de serviço da operadora do satélite para as empresas, seus clientes, para que a utilidade pretendida pelas partes (a comunicação) seja possível.

Isso é admitido pelo próprio autor, sendo o fato incontroverso, no parecer do Prof. Heleno Taveira Torres, em fls. 289, dos autos judiciais, ao tratar do preço pelo uso da capacidade espacial:

O preço a ser contratado entre as partes, geralmente devido pelos "prestadores de serviços de telecomunicações" aos "exploradores de capacidade espacial", pela locação realizada, não toma como "custo" apenas o valor do quanto tenha sido fixado pelo ente governamental responsável na atribuição de órbita e frequências (ex.: a Anatel), mas agrega ainda ao custo a manutenção do satélite, bem como as características tecnológicas típicas do equipamento e suas funções, sem as quais em nada se aperfeiçoaria o cumprimento do objeto central do contrato, que é ter direito ao uso das frequências contratadas, para permitir o transporte dos sinais de telecomunicações pertinentes com eficiência e confiabilidade. Estes serviços, contudo, não prevalecem sobre o objeto central (capacidade satelital), posto serem acessórios e de impossível separação, não

⁸⁰ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte General*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 298.

sendo cabível imputar a condição de "serviço" à atribuição de capacidade satelital a partir do recurso a tais meios, isoladamente.

Assim, o preço da atividade é o custo oficial fixado pela Anatel mais a retribuição da atividade diuturna da Star One na manutenção do satélite e na ampliação e retransmissão dos sinais (características tecnológicas típicas do equipamento e suas funções), atividade essa, sem a qual não se aperfeiçoa o cumprimento do objeto central do contrato, ou seja, a comunicação não se realiza. Não há uso e gozo da coisa (CC, art. 565) mas prestação de atividade por ocasião da coisa, o que configura prestação de serviço já que o equipamento nada mais é do que o meio pelo qual o serviço é prestado.

Tal fato se evidencia no item 4.4 dos contratos que dispõe que tal prestação de atividade é permanente:

4.4 - A CESSÃO objeto do presente Contrato será prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, durante o prazo contratado conforme item 12.1 deste Contrato, ressalvados os casos de interrupção, conforme cláusula Décima Terceira.

Também no item 13.1 dos contratos se verifica que a Star One concederá descontos por interrupções e suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade:

13.1 - A STAR ONE concederá descontos por interrupções ou suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade. Para isto, serão consideradas, apenas, as interrupções ou suspensões que ocorrerem por períodos superiores a 24 horas contínuas e ininterruptas. O valor do desconto por cada período de interrupção ou suspensão de 24 horas contínuas e ininterruptas será calculado à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do pagamento mensal constante na Cláusula Nona.

Ora, se se tratasse de uma locação, na forma do art. 568 do Código Civil, os defeitos da coisa posteriores ao início da locação com a entrega da coisa, correriam por conta do locatário. Como bem aduz Larenz, o arrendador cumpre por sua parte o dever de prestação que lhe incumbe quando faz possível o uso da coisa pelo arrendatário [não há mais, a partir daqui, falha técnica de sua responsabilidade], o que geralmente ocorre com a entrega da coisa para o arrendatário ou colocando-a à disposição dele. O risco de obstáculos a esse uso, dependentes do arrendatário, deve suportá-los este (por exemplo, por ausência forçosa por causa de enfermidade, prestação de serviços em outro ponto, cumprimento do serviço militar)⁸¹.

Assim, não há que se falar em locação porque o gozo dos clientes na utilidade da coisa (a transmissão de sinais) não existe sem o esforço contínuo da Star One na prestação do serviço. Sem o labor do arrendador, que tem lugar de mil maneiras, todas muito complexas, na organização industrial (constituição da administração, estabelecimento, direção técnica, administrativa, trabalhos materiais e intelectuais, e, pelo que se refere aos satélites, máquinas, instrumentos etc.) não é materialmente possível a comunicação pretendida, com a transmissão dos sinais. *Dessa maneira, faltando aos clientes da Star One a possibilidade de gozar em virtude da só natureza da coisa*

⁸¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 203.

arrendada (o transponder em uso no satélite), e com independência do esforço da Star One, não se pode aqui falar em locação, mas, sim, em prestação de serviço.

6.1.1.3 A coisa, o provimento de capacidade espacial, que a Star One sustenta entregar não é infungível

O prof. Heleno Taveira Torres em seu parecer, em fls. 288, dos autos judiciais assim conceitua a denominada locação de capacidade espacial:

Decididamente, no domínio da capacidade de satélite, não cabe falar de "cessão", posto não se tratar de tecnologia; nem tampouco há serviço, por ausência de obrigação de "fazer" que se constitua em utilidade em favor do utente. Tem-se, na espécie, hipótese de "uso", a título oneroso (do contrário ter-se-ia comodato)", como obrigação de "dar" bem não-fungível, o que configura claramente o caso de locação, e não mais do que isso, no provimento de capacidade espacial. Na análise do direito estrangeiro sobre o tratamento aplicável a essa matéria, igualmente vê-se referência apenas ao contrato de "locação", o que não poderia ser diferente, por tudo o que já dissemos acima, cujo estudo sobre suas peculiaridades impõe-se desde logo.

Depois descreve que tal "obrigação de dar" nesse contrato consistiria em dar coisa não fungível, assim caracterizada (fls. 284, dos autos judiciais):

Vê-se que o Código oferece como limite à locação de coisas que esta se faça a título de "uso e gozo" e que a "não-fungibilidade" da coisa ou do serviço seja requisito para sua adequada qualificação. Assim, bens fungíveis não podem ser locados. Ora, na medida em que "são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade" (art. 85, do Código Civil), a capacidade satelital queda-se excluída de tal qualificação, pois as atribuições de frequência e órbita, por serem previamente delimitadas e não substituíveis, após o competente registro, não são modalidades de bens fungíveis, tal como designado pelo Código, cabendo, assim, seu uso mediante "locação".

A coisa que se entrega, portanto, no dizer do autor, é o uso e gozo do potencial de transmissão de determinadas atribuições de frequência e órbita, para transmissão de sinais através dos *transponders* dos satélites da Star One.

Ora, a locação trata somente de uso e gozo da coisa por período determinado, devendo o locatário restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvo as deteriorações naturais ao uso regular (CC, art. 569, IV). Esta obrigação constitui um dever de prestação independente. A devolução da coisa não representa uma contraprestação (ou uma parte desta) à prestação do locador, se achando fora da relação sinalagmática. A obrigação de devolver a coisa corresponde à fase de liquidação

do contrato⁸². Assim, devendo o locatário devolver a coisa locada sem alteração, no estado em que a recebeu, não se admite a locação de coisas fungíveis.

Verificando os contratos, resta indubitável que o bem em questão, uso e gozo do potencial de transmissão de determinadas atribuições de frequência e órbita, é fungível, uma vez que é um bem móvel que pode ser substituído por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade, como atesta o item 8.1:

8.1 - Caberá à STAR ONE indicar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para a operação da CESSÃO ora contratada, considerando acordos operacionais firmados com outras empresas, nacionais e internacionais, operadoras de satélite. 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.

Portanto, se a Star One pode, a qualquer tempo, a seu exclusivo critério, alterar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequência de operação e polarização para a operação de cessão, a coisa que ela alega ceder a seus clientes é fungível, nos termos do disposto no art. 85 do Código Civil.

O item 13.5 dos contratos deixa claro o caráter fungível do aludido bem, o provimento de capacidade espacial:

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.

Sendo o bem em questão fungível, não há que se falar em locação.

6.1.1.4 Não há poder de direção dos clientes da Star One sobre o uso e gozo da coisa locada

Estabelecendo o Código Civil na locação a entrega da coisa (CC, art. 566, I) e disciplinando a garantia pelo locador do uso pacífico da coisa (CC, art. 566, II) não há que se imaginar que essa posse sobre coisa alheia na locação possa ser uma *posse sem poder de direção do arrendatário sobre o uso e gozo da coisa, ainda que imaterial, porque isso desnaturaria o conceito civilístico de posse*.

⁸² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 206.

Alega o autor no parecer do Prof. Heleno Taveira Torres, fls. 287 dos autos judiciais, que os clientes da Star One exercem o poder de direção sobre a coisa que decorre do uso e gozo da coisa, inclusive podendo fazer uso das ações possessórias:

Com a posse da capacidade satelital locada, o locatário passa a ter os direitos de garantia contra interferências, podendo exigir proteção em favor dos sigilos de dados e todas as demais garantias aplicáveis. As ações possessórias podem nascer-lhe. Segundo Pontes, verifica-se sempre um efeito possessório no contrato de locação. E assim, "quer no tocante à proteção possessória em relação com o terceiro, quer no tocante à proteção com relação ao próprio locador, o locatário é possuidor". Arremata-se, pois, a dizer que essas modalidades em nada se aproximam de prestações de serviços ou similares.

Como já dito, a posse, na realidade, consiste em uma manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, isto é, um estado fático tal que revela o senhorio de fato da coisa, aquele que a tem sob sua dependência e que a faz servir para a satisfação de suas necessidades econômicas. O *animus* aplicado ao *corpus* será, por conseguinte, a vontade de realizar a apropriação econômica da coisa, a vontade de agir como senhor de fato da coisa⁸³. A posse refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda a um ideal coletivo, consoante aos costumes e à opinião pública.

Sendo a posse uma relação de poder que se apresenta à consciência popular como relação de fato, é essa consciência social, perante determinadas situações, que considera caracterizada essa dominação necessária à aquisição e à continuação da posse.

Dessa maneira é a psicologia social que atribui ao comprador a posse dos objetos por ele adquiridos, desde o momento em que foram depositados em sua casa, durante sua ausência. Não é preciso a apreensão por parte do comprador ou de alguém da sua casa.

Portanto, consoante os postulados da teoria social e o entendimento de Saleilles, sendo a posse uma relação de apropriação econômica, para estabelecer essa relação não é suficiente, como imaginava Ihering, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. *É preciso remontar à tomada da posse e ver em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar: é preciso que em um momento dado aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa.*

Não existindo esse momento de afirmação da senhoria do locatário, da direção por este da coisa alheia do locador, mas mera prestação da atividade do prestador de serviço ao arrendador do serviço, no interesse deste, posse não há e, assim, não se considera que a coisa foi de qualquer modo entregue como exige o dispositivo legal.

Vejamos se esse requisito da locação a senhoria ou poder de direção do locatário sobre a coisa que decorre do uso e gozo da coisa locada ocorre no caso dos contratos firmados entre a Star One e seus clientes.

Não há nenhuma senhoria ou poder de direção dos clientes da Star One sobre a coisa, seja da coisa em si, seja do seu uso (a dita atribuição das órbitas e de frequências) porque, como se comprova no item 4.3 dos contratos a Star One se assegura o pleno

⁸³ SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon : Imprimerie Darantie, 1894, p. 183

controle dos satélites, de sua posição orbital, da frequência utilizada e demais características técnicas:

4.3 - O satélite, a posição orbital, a frequência da portadora e demais características técnicas serão designados pela STAR ONE no documento de Autorização de Implantação da ETTS ("AIE"), que será fornecido pela STAR ONE após análise dos formulários A e B do Anexo I do Contrato, a serem preenchidos pela CONTRATANTE.

Além disso, tal controle é mantido diuturnamente com exclusividade pela Star One, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, evidenciando a ausência de poder de direção dos clientes da Star One sobre a coisa:

4.4 - A CESSÃO objeto do presente Contrato será prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, durante o prazo contratado conforme item 12.1 deste Contrato, ressalvados os casos de interrupção, conforme cláusula Décima Terceira.

O mesmo dispositivo é reforçado pelo item 8.1 dos contratos, inclusive fazendo a ressalva de que a Star One pode, a seu exclusivo critério, entabular outros acordos operacionais com outras operadoras de satélites para melhor atender o objeto do contrato, a transmissão dos sinais:

8.1 - Caberá à STAR ONE indicar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para a operação da CESSÃO ora contratada, considerando acordos operacionais firmados com outras empresas, nacionais e internacionais, operadoras de satélite. 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.

Por fim, cabe ressaltar o disposto nos itens 11.3.2 e 11.3.3 dos contratos. Ao contrário do que alega o autor, os clientes da Star One, em caso de litígio com essa operadora de satélite, não poderão fazer uso de quaisquer ações possessórias. Primeiro, porque não tem posse, remanescendo os satélites na posse direta e indireta da Star One a 36.000 km de distância da Terra. Em segundo lugar porque no caso de inadimplemento do pagamento o contrato prevê o direito potestativo da Star One de suspender o pagamento após o 30º dia de atraso, a seu exclusivo critério, e rescindir unilateralmente o contrato após 90 dias de atraso de qualquer montante devido pela contratante:

11.3.2 - Suspensão da CESSÃO após o 30º (trigésimo) dia de atraso do pagamento, a critério da STAR ONE. O restabelecimento da CESSÃO fica condicionado ao pagamento do valor do DC, acrescido dos respectivos encargos financeiros.

11.3.3 - Rescisão contratual após 90 (noventa) dias de atraso de pagamento de qualquer montante devido pela CONTRATANTE, conforme disposto na Cláusula 16.1.3.

Portanto, em todas as cláusulas primordiais do contrato se evidencia a posse direta e indireta da Star One sobre os bens e direitos em tela e sua plena senhoria e poder de direção da coisa, o que desnatura a idéia de locação.

6.1.1.5 Não há dever de restituição

Na locação o arrendatário está obrigado, uma vez extinta a locação a devolver a coisa ao locador, no estado em que a recebeu (CC, art. 569, IV). Como já dito, esta obrigação constitui um dever de prestação independente. A devolução da coisa não representa uma contraprestação (ou uma parte desta) à prestação do locador, se achando fora da relação sinalagmática. A obrigação de devolver a coisa corresponde à fase de liquidação do contrato⁸⁴.

Os contratos de locação ou cessão de provimento de capacidade espacial firmados pela Star One com seus clientes não prevêm qualquer restituição da coisa cedida.

Por motivos óbvios. Não se trata de contratos de locação. Nada foi transferido no âmbito desses contratos. Os satélites, sua incorpórea possibilidade de provimento de capacidade espacial, tudo, permanece sob a direção e controle da Star One. A utilidade de que é suscetível a coisa nesse contrato (a comunicação, a transmissão de sinais) não é resultante da natureza da coisa (os *transponders*) [o uso a que se destina de que fala o art. 566, I, do Código Civil], mas sim, diz respeito a direitos correlativos, que só incidentalmente estão ligados à coisa. Não há porque falar da utilidade desta, senão unicamente de entidades patrimoniais, direitos correlativos, que estão fora da coisa e que derivam de uma série de elementos que emanam da pessoa que os criou. É a atividade da Star One, sua organização de todo o empreendimento que possibilita a comunicação, e ela presta essa atividade no interesse de outrem, seus clientes, através de uma prestação de serviços.

Não é a coisa a que dá vida a tal utilidade, senão que é unicamente ocasião dela, nem representa mais do que um dos elementos que podem influir sobre a entidade patrimonial.

Indiscutível se considerar, portanto, que na cessão de direitos correlativos de uso e gozo de “provimento de capacidade espacial” que ocorrem por ocasião da coisa [através da coisa] não há mais do que uma prestação de serviço do prestador, a Star One, ao tomador do serviço, seus clientes, no interesse destes.

Da união das aptidões pessoais de alguém (a Star One) com uma acertada situação de comércio (a propriedade dos satélites), surge um complexo de operações comerciais, a exploração de satélite, que favorece a quem utiliza o serviço a consecução de suas finalidades institucionais, por meio do recebimento de uma prestação de serviço de comunicação.

Não há que se considerar tal cessão de direitos correlativos de uso e gozo senão como o que ela é, uma cessão especial de direitos correlativos ao bem da Star One no interesse dos cessionários dos direitos correlativos, seus clientes. *Sendo a prestação realizada no*

⁸⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 206.

precípua interesse dos clientes este é o motivo pelo qual, ao término do contrato, os ditos clientes levam com eles todos os benefícios e as utilidades que ocorreram por ocasião ou através da coisa, não havendo que se falar em nenhum dever de restituição.

6.1.1.6 Não há direito de retenção

O direito de retenção por benfeitorias é um dos vários meios diretos de defesa que a lei, excepcionalmente, confere ao titular de um direito. Consiste na liberdade, deferida ao credor, de conservar a coisa além do momento que a deveria restituir, em garantia de um crédito que tenha contra o devedor e decorrente de despesas feitas ou perdas sofridas em razão da coisa. É um meio de defesa, no sentido de que atua com elemento compulsivo, incidente sobre o espírito do devedor, pois a recuperação da coisa só lhe será possível se efetuar o pagamento do débito. O reivindicante, vitorioso na demanda, só obterá a entrega da coisa reivindicada se indenizar o possuidor de boa-fé das benfeitorias necessárias, por ele levantadas. Enquanto o não fizer, é legítima a retenção da coisa, por parte do credor.

Na locação o locatário que realiza benfeitorias necessárias tem o direito de retenção do bem locado para satisfazer sua pretensão de indenização (CC, art. 578). Nesse período de retenção o locatário não fica obrigado a pagar os valores de aluguel. Isso para que seja eficaz o desiderato do direito de retenção, que é o pagamento dos valores das benfeitorias. Se o locatário permanece realizando a contraprestação, o locador não sentirá os efeitos da coerção que se pretende com a retenção.

Não há qualquer direito de retenção nos contratos firmados pela Star One com seus clientes. Muito pelo contrário. Os clientes da Star One, em caso de litígio com essa operadora de satélite, não só não tem nenhum direito de retenção, mas sim se sujeitam ao direito potestativo da Star One de suspender o pagamento após o 30º dia de atraso, a seu exclusivo critério, e rescindir unilateralmente o contrato após 90 dias de atraso de qualquer montante devido pela contratante:

11.3.2 - Suspensão da CESSÃO após o 30º (trigésimo) dia de atraso do pagamento, a critério da STAR ONE. O restabelecimento da CESSÃO fica condicionado ao pagamento do valor do DC, acrescido dos respectivos encargos financeiros.

11.3.3 - Rescisão contratual após 90 (noventa) dias de atraso de pagamento de qualquer montante devido pela CONTRATANTE, conforme disposto na Cláusula 16.1.3.

Não há para os clientes da Star One qualquer possibilidade fática de retenção seja dos satélites, dos transponders ou da capacidade espacial. Só através da Star One eles auferem a utilidade da coisa, o que demonstra aqui, uma vez mais, que não se trata de nenhuma locação.

A análise dos elementos essenciais do contrato, que se pauta pela verificação da presença de um rol de elementos reputados necessários e suficientes para o enquadramento do contrato concreto no tipo legal, não esgota a análise contratual. É preciso proceder a uma análise da função concretamente desempenhada pelo contrato em tela.

A qualificação dos contratos impõe a busca da normativa mais adequada à realização dos preceitos contratuais diante das peculiaridades do caso concreto em exame. Este procedimento que se pauta pela cuidadosa avaliação do merecimento de tutela do contrato concreto e conduz à mitigação da dicotomia entre contratos típicos e atípicos, contrapondo-se à rígida predeterminação em abstrato de elementos reputados essenciais e à visão mecanicista pautada pela figura da subsunção.

É o que faremos a seguir, na verificação das peculiaridades juridicamente relevantes dos contratos em exame, sob uma perspectiva funcional, dando relevo à uma análise que leve em conta a base objetiva dos contratos que as partes efetivamente conceberam e a causa concreta dos contratos queridos, firmados e executados pelas partes.

6.2. Análise funcional dos contratos

6.2.1. A base objetiva do contrato de provimento de capacidade espacial

A base objetiva do negócio jurídico é a “*soma das circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência sejam objetivamente necessárias para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido*”⁸⁵. Trata-se assim da regulação do exercício da autonomia privada.

Ela visa garantir ao contrato a plena realização de sua finalidade prático-social, tendo como grande mérito a inclusão de todo o contexto de fato no qual se insere o contrato como sendo um suporte fático necessário à consecução dessa finalidade econômica e prático-social do contrato, ou seja, visa preservar a utilidade do contrato, em si, e para ambos os contratantes.

Assim afirma Larenz, desaparece a base objetiva do negócio jurídico “*se a consecução da finalidade última de ambas as partes há resultado impossível, cada uma delas pode resolver o contrato, e só tem lugar a indenização de danos e prejuízos quando uma parte tiver produzido a transformação das circunstâncias por seus atos livres e, por conseguinte, deva responder por eles*”⁸⁶. Consoante Larenz, “*se se trata unicamente da finalidade última de um contratante (que a outra parte pode conhecer) aquele cuja finalidade há resultado frustrada pode também resolver o contrato, mas tem que indenizar a outra parte no caso da transformação ter se produzido por obra sua*”⁸⁷.

Larenz desenvolve a ideia de que existe necessariamente um liame lógico e objetivo entre a base do negócio e o fim do contrato. O contrato é elaborado em determinados termos, para que possa gerar certos efeitos. Esses efeitos somente têm sentido quando são analisados a partir de seu suporte fático. Segundo Larenz, um contrato não pode

⁸⁵ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 225.

⁸⁶ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. op. cit., p. 150.

⁸⁷ LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. op. cit., p. 149.

subsistir como um negócio dotado de sentido quando a finalidade objetiva do contrato expressa em seu conteúdo, se torna inalcançável. Essa finalidade objetiva do contrato deduz-se da natureza do contrato ou de seu conteúdo expresso.

No Brasil, a teoria da base objetiva do negócio jurídico aparece como um suporte, de diversos institutos, como a revisão ou resolução do contrato pela onerosidade excessiva ou surge como uma teoria acessória, de auxílio prático, que funciona com um instrumento em mãos do operador do Direito, para melhor determinar o método ou sistema de aplicação prática de certos institutos, como a interpretação do contrato por frustração de seu fim, entre outros.

Segundo o artigo 113 do Código Civil o negócio jurídico como um todo deve ser interpretado conforme os usos do local de sua celebração e a boa fé. Trata-se de elementos eminentemente objetivos. Aliam-se à essa análise sistemática as cláusulas gerais da função social do contrato, do abuso de direito e da boa fé objetiva, de modo a tornar inexorável o entendimento de que, atualmente, o contrato deve ser interpretado também através de elementos objetivos e não meramente através de uma análise atomística da vontade de cada contratante subjacente às declarações emitidas. Nesse contexto, a determinação concreta do que venha a ser o “fim objetivo do contrato” em cada caso, para utilizarmos o termo adotado por Karl Larenz, necessariamente partiria de uma avaliação de elementos externos à vontade das partes, ou seja, das próprias circunstâncias que formam a base objetiva do negócio jurídico.

Vejamos então qual seja a finalidade prático-social, a utilidade, do denominado “contrato de provimento de capacidade espacial”.

A finalidade prático-social do contrato é a comunicação. As partes do contrato querem possibilitar a comunicação. O contratante, o tomador do serviço, quer, por exemplo, a transmissão de uma partida de futebol jogada no exterior, por uma estação de TV. Sem o satélite, tal desiderato é impossível. O operador do satélite, por seu turno, quer que tal comunicação se realize e se realize através do meio por ele colocado à disposição para tal comunicação, o satélite. Por esse serviço, pretende receber uma retribuição, o preço. Essa é a base objetiva do negócio firmado entre as partes.

Para tanto, nos contratos firmados entre a Star One e os seus clientes, está previsto não apenas a transmissão dos sinais de áudio, vídeo e dados através do satélite, mas monitoramentos constantes do serviço, a realização de teste, avaliação periódica das características técnicas das estações terrestres que recebem os sinais, a supervisão dos serviços prestados 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês e até a comunicação aos contratantes da ocorrência de interferência solares e outras interferências previsíveis, que possam prejudicar a transmissão dos sinais, caso em que, ocorrendo alguma interrupção a Star One oferece desconto nos meses em que tal se der:

4.3 - O satélite, a posição orbital, a frequência da portadora e demais características técnicas serão designados pela STAR ONE no documento de Autorização de Implantação da ETTS ("AIE"), que será fornecido pela STAR ONE após análise dos formulários A e B do Anexo I do Contrato, a serem preenchidos pela CONTRATANTE.

4.4 - A CESSÃO objeto do presente Contrato será prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, durante o prazo contratado conforme item 12.1 deste Contrato, ressalvados os casos de interrupção, conforme cláusula Décima Terceira.

4.5- A STAR ONE realizará as verificações necessárias visando avaliar a observância por parte da CONTRATANTE aos requisitos técnicos estabelecidos nos anexos a este Contrato, os quais serão comprovados através dos testes mandatários, cabendo à CONTRATANTE a correção sempre que constatado algum desvio, falha ou inacuidade.

8.1 - Caberá à STAR ONE indicar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para a operação da CESSÃO ora contratada, considerando acordos operacionais firmados com outras empresas, nacionais e internacionais, operadoras de satélite. 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.

13.1 - A STAR ONE concederá descontos por interrupções ou suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade. Para isto, serão consideradas, apenas, as interrupções ou suspensões que ocorrerem por períodos superiores a 24 horas contínuas e ininterruptas. O valor do desconto por cada período de interrupção ou suspensão de 24 horas contínuas e ininterruptas será calculado à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do pagamento mensal constante na Cláusula Nona.

13.2 - As interrupções ou suspensões previstas por interferência solar serão informadas pela STAR ONE à CONTRATANTE, relativas as coordenadas de todas as capitais do país, com 2 (dois) meses de antecedência.

A apresentação desse contrato com o *nomem iuris* de “contrato de cessão de capacidade espacial” e sua conceituação jurídica como uma locação de bens, sendo um aluguel a denominação da receita auferida pela Star One com o contrato, não condiz com a realidade, pois equivale a dizer que é possível locar capacidade espacial de emissão, recepção e transmissão, através de um meio de comunicação, sem possibilitar o acesso do usuário a tal meio. Seria desnaturar a base objetiva do negócio jurídico que é o efetivo negócio querido, efetuado e praticado pelas partes, o fim objetivo do contrato celebrado.

Como bem destaca Riccardo Fubini analisando o fim objetivo dos contratos de arrendamento de coisas e de arrendamento ou contrato de serviços *o que realmente separa o arrendamento ou contrato de serviços do arrendamento de coisas é o valor do elemento trabalho*, elemento que no arrendamento de coisas, do mesmo modo que ocorre em outros contratos, *tem o caráter de uma prestação acessória*, enquanto que no arrendamento de serviços *constitui a prestação fundamental*. Assim, este é o critério científico que deve ser utilizado para classificar essa convenção jurídica sob um novo *nomem iuris*, contrato de serviços.

No arrendamento de coisas o arrendador tem que assegurar ao arrendatário a possibilidade de gozar a coisa arrendada *e com isso termina toda a sua prestação*, enquanto que no arrendamento de serviços o arrendador deve prestar a própria atividade para procurar a utilidade que o arrendatário tem direito de obter. *Se se detém a atividade do arrendador de serviços, toda a utilidade desaparece*, e o arrendatário só poderia obter proveito do que até então houvesse sido executado. Por isso, enquanto no arrendamento de coisas, salvo casos excepcionais, o arrendador não é responsável pela

falta de utilidade da coisa, sempre que esta mantenha sua capacidade produtiva – e na mesma linha – e as características que tinha no momento do contrato, no arrendamento de serviços não se pode conceber a execução do contrato e a atribuição de alguma utilidade ao arrendatário nem, por conseguinte, a consecução dos fins que este se havia proposto, *sem a contínua colaboração do arrendador, que com seu próprio esforço tem que produzir as vantagens prometidas*⁸⁸.

O que na realidade ocorre aqui, constituindo a soma das circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência sejam objetivamente necessárias para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido, é a alocação de uma porta de um satélite para transmitir sinais às estações terrestres habilitadas dos usuários, monitorando de forma permanente a recepção destes sinais, avaliando suas condições de fornecimento dos equipamentos, verificando a ocorrência de interferência ou outras interrupções que possam vir a causar ao serviço. Não há assim, como se negar, que aquilo que o autor da demanda quer apresentar como locação, é intrinsecamente um serviço de comunicação que é prestado aos seus clientes através do satélite.

Não pode o uso e gozo da coisa, o *transponder*, constituir a base objetiva do presente negócio jurídico porque a locação propriamente dita é um negócio jurídico autônomo, pelo qual o locador entrega a coisa locada para que o locatário lhe dê a utilização que lhe é própria, utilizando e gozando da coisa, sem qualquer condicionamento ou vinculação a outro tipo de negócio. Este é o fim contratual do negócio jurídico de locação. Na locação de um veículo, por exemplo, o locador o utiliza sem que haja outro negócio paralelo ou outra remuneração a ser paga, senão o preço do aluguel. Os clientes da Star One não tem qualquer conhecimento técnico necessário à operação do satélite, nem se propõem a fazê-lo, por iniciativa própria, como se daria em uma locação.

A base do negócio jurídico avençado, sua finalidade prático-social, não pode ser outra senão a comunicação pretendida pelas partes, com transmissão dos sinais feita através do satélite, dirigido e operado com exclusividade pela Star One. Então, deste modo, a atividade primordial da Star One, é possibilitar essa comunicação e, assim, seu negócio precípua é a prestação de serviços de comunicação, sendo a parcela por ela denominada de locação, parte incidível da prestação do serviço de comunicação.

Essa determinação da base objetiva do negócio jurídico a partir do fim contratual almejado, efetuado e executado pelas partes é da prática corrente dos Tribunais na qualificação jurídica dos contratos e demonstra que o fim contratual informado pelas respectivas circunstâncias negociais em concreto objetivamente necessárias para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido, é o elemento primordial na análise funcional do contrato.

Como bem demonstrou o Supremo Tribunal Federal na qualificação de contrato de locação de guindastes para fins de imposição ou não da tributação de ISS por prestação de serviços. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 11 de outubro de 2000, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP, em que afastou a tributação, por meio do imposto sobre serviços de qualquer natureza, da locação de bens móveis, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “locação de bens móveis”, constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, na redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987. A emenda ficou assim disposta:

⁸⁸ FUBINI, Riccardo. *El contrato de arrendamiento de cosas. Parte General*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 16/17.

Tributo – Figurino Constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

Imposto Sobre Serviços – Contrato de Locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a lei maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, prática diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Naquela hipótese o fim contratual almejado, efetuado e executado pelas partes era a locação de bem móvel (o guindaste) e o uso e gozo da coisa (o guindaste) consoante a sua natureza, com a operacionalização do mesmo sob as ordens estritas do locatário para atender às finalidades próprias das obras que ele realizava. Como bem ressaltou o Ministro Marco Aurélio, prolator do voto vencedor, fosse o objetivo do negócio (a base do negócio jurídico) a prestação do serviço, o fazer ou atividade contínua do prestador do serviço, outra seria a solução do caso [como o é aqui no contrato de provimento de capacidade espacial, quando o que as partes querem, na verdade, é a atividade contínua do operador do satélite e o correlativo recebimento do preço por isso, para que a prestação do serviço, a comunicação, seja possível]:

“Indago se, no caso, o proprietário do guindaste coloca à disposição daquele que o loca também algum serviço. Penso que não. Creio que aí se trata de locação pura e simples, desacompanhada, destarte, da prestação de serviços. Se houvesse o contrato para essa prestação, concluiria pela incidência do tributo.”

Desse mesmo entendimento compartilha o tributarista Aires F. Barreto, professor do Curso de Especialização em Direito Tributário da GVLaw – Edesp, da Fundação Getúlio Vargas, que asseverou, com propriedade, que a qualificação do contrato se define por sua finalidade contratual. Quando o fim do contrato (a base objetiva do negócio jurídico) é um *facere*, o contrato não pode deixar de ser qualificado como prestação de serviço, sendo a disponibilização da coisa mera atividade-meio para a prestação do serviço:

Alvo de tributação é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. Não a ação desenvolvida como requisito ou condição do *facere* (fato jurídico posto no núcleo da hipótese de incidência do tributo).

As etapas, processos, tarefas, obras, são feitas, promovidas, realizadas “para” o próprio prestador e não “para terceiros”, ainda que estes os aproveitem (já que, aproveitando-se do resultado final, beneficiam-se das condições que o tornaram possível).

(...)

Tomemos singelos exemplos: se cláusula contratual estabelecer que tal ou qual diagnóstico médico deverá ser datilografado ou conferido numericamente por computador, não se estará prestando serviços de

datilografia ou de computação, mas apenas e tão-só serviços médicos.
 (...)

(...)

Em conclusão: somente podem ser tomadas, para sujeição ao ISS, (e não ao ICMS) as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado. No caso específico do ISS, pode decompor um serviço – porque previsto, em sua integridade, o respectivo item específico da lista da lei municipal – nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se a cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de constituir-se em desconsideração à hipótese de incidência desse imposto.

(...)

Daí ser imperativo distinguir, dentre as atividades (...), qual a que se qualifica como serviço e qual a que configura simples atividade-meio, ou condição para a prestação do serviço⁸⁹.

Quando o fim do contrato, a base objetiva do negócio jurídico, é a prestação do serviço, ele é o que define a qualificação do contrato. Assim, pode-se cogitar que a prestação de um serviço seja acompanhada do fornecimento temporário de um bem móvel. É o que se dá, por exemplo, quando são prestados serviços de organização de festas ou recepções em que o prestador do serviço fornece o equipamento de som e os móveis necessários à ocorrência do evento. Nesse caso o uso e gozo do equipamento de som e dos móveis são apenas atividades-meio não autônomas atreladas à prestação de serviço, nesse caso há um verdadeiro serviço-fim, sobre o preço do qual deverá incidir, sem dúvida alguma, a tributação.

Como se verifica no contrato de provimento de capacidade espacial a Star One operacionaliza e torna possível permanentemente a comunicação de seus clientes. Assim, 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); 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); provê segmentos alternativos em outros satélites no caso de falhas técnicas (cláusula 13.5) e concede descontos “por interrupções ou suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade” (cláusula 13.1).

O fim do contrato não pode ser caracterizado como locação porque a locação objetiva transferir a posse direta de um bem para que o locatário extraia dele a utilidade que é própria da coisa. A utilidade de que é suscetível a coisa é, simplesmente, a resultante de sua natureza [o uso a que se destina de que fala o art. 566, I, do Código Civil]. Ora, no

⁸⁹ BARRETO, Aires F. *ISS – Atividade-Meio e Serviço-Fim*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 5, pp. 82-85.

caso dos contratos da Star One com seus clientes, a utilidade da coisa que permite a comunicação (os transponders) é nenhuma sem a atuação da Star One.

Não é a coisa (*os transponders*) a que dá vida a tal utilidade (a comunicação), senão que é unicamente ocasião dela (atividade-meio, condição para a prestação do serviço) nem representa mais do que um dos elementos que podem influir sobre a entidade patrimonial (a prestação do serviço de comunicação). Como tal não há que considerá-la fundamento desta, nem eixo em torno do qual gire uma relação determinada, nem objeto com uma aptidão especial que deva ser levado em consideração no estudo da relação jurídica mesma (contrato de prestação de serviço de comunicação). Por tudo isso, não parece que se possa falar de locação, nem tampouco atribuir uma significação especial que a coisa possa ter no contrato.

O suposto locador, a Star One, também tem nessa relação jurídica um papel incompatível com a função de um locador em uma relação locatícia. O locador na relação locatícia não atua na extração da utilidade econômica da coisa. *Ao locador basta proporcionar ao locatário a possibilidade de “fazer uso” da coisa*, para servir para aquilo a que ela se destina⁹⁰.

Não é o que ocorre aqui nesses contratos firmados pela Star One com seus clientes. Como visto, se se detivesse a atividade diuturna da Star One, toda a utilidade desapareceria, e o tomador de serviço só poderia obter proveito do que até então houvesse sido executado. Trata-se aqui, indubitavelmente, de prestação de serviço como o fim do contrato porque não se pode conceber a execução dos contratos celebrados entre a Star One e seus clientes e a atribuição da utilidade ao tomador de serviço (os clientes) nem, por conseguinte, a consecução dos fins que este se havia proposto (a comunicação), sem a contínua colaboração do prestador de serviço (a Star One), que, com seu próprio esforço tem que produzir as vantagens prometidas.

Tudo a evidenciar que o fim do contrato, a base do negócio jurídico é a a comunicação pretendida pelas partes, com transmissão dos sinais feita através do satélite, dirigido e operado com exclusividade pela Star One. A atividade primordial da Star One é possibilitar essa comunicação e, assim, seu negócio precípua é a prestação de serviços de comunicação, sendo a parcela por ela denominada de locação, parte incidível da prestação do serviço de comunicação.

6.2.2. A causa concreta do contrato de provimento de capacidade espacial

A causa do contrato deve ser compreendida como causa em concreto, o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, um interesse portanto ainda econômico-social, porém perseguido não por um tipo contratual pré-confeccionado, mas sim avaliado “no particular contexto de circunstâncias e finalidades e interesses no qual aquelas partes o programaram”⁹¹.

São características dessa causa do negócio jurídico: a) é concreta, porque se verifica em cada caso em particular; b) é variável, porque pode ser diferente em cada negócio concreto suposto; c) não é suficiente examiná-la em seu momento genético, é preciso também considerar a produção de seus efeitos⁹².

⁹⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 199.

⁹¹ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 364.

⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte General*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2004, p. 412/413.

Na análise funcional para a qualificação de um contrato, embora os *essentialia negotii* sejam relevantes, constatando-se a presença de certos elementos estruturais necessários e suficientes para um enquadramento no tipo legal, é a verificação da compatibilidade entre a finalidade concreta do contrato e os preceitos da complexa normativa a ser aplicada que autorizam a tutela jurídica do ato de vontade. Como expõe Perlingieri:

Em outras palavras, primeiro se deve realizar uma análise meticulosa do caso concreto (método casuístico); depois, em vez de subsumi-lo na fattispecie abstrata, ou em um tipo segundo o ordenamento referido, se individua, no seu âmbito, a complexa normativa a ser aplicada, em modo que resulte mais razoável e adequado. [...] Trata-se de um preciso procedimento: somente com a consideração da fattispecie concreta em todas as suas particularidades – diferentemente da adoção do método da subsunção e da recondução, com o qual se acaba por cometer violência ao caso concreto na tentativa de inseri-lo a todo custo no esquema típico (ainda quando aquele esquema “lhe está apertado”, como um vestido confeccionado em série) – se está em condição de colher no sistema como um todo, com a devida sensibilidade hermenêutica, as regras e princípios mais adequados⁹³

Na interpretação dos contratos, a causa em concreto é fundamental no processo de qualificação contratual na medida em que favorece a identificação e valorização das peculiaridades do contrato efetivamente firmado entre as partes. Trata-se do elemento que o define o negócio, que lhe é próprio e único e que serve para o diferenciar de qualquer outro negócio, típico ou atípico. Assim, o intérprete, para qualificar o contrato, deve cotejar a causa do contrato concreto com a causa abstrata prevista no âmbito dos tipos, individualizando o dito contrato em seu perfil próprio no contexto negocial. Como bem assevera Maria Celina Bodin de Moraes:

A função abstrata releva (...) porque dela se extrai o conteúdo mínimo do negócio, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode, em concreto – ainda que assim se tenha idealizado –, ter aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. No exemplo da compra e venda, se falta o preço, de compra e venda não se tratará, mas, talvez, de doação. Já a função concreta diz respeito ao efetivo regulamento de interesses criado pelas partes e não se pode, a priori, estabelecer que efeitos são essenciais e quais não o são, naquele particular negócio. Para a qualificação do concreto negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato. Supera-se, desta forma, a técnica da subsunção, da forçada inserção do fato na norma e da premissa menor na premissa maior, obtendo-se, como resultado, uma qualificação-interpretação mais compatível com a manifestação de vontade das partes⁹⁴.

⁹³PERLINGIERI, Pietro. *In tema di tipicità e atipicità nei contratti. Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 397-398.

⁹⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. in: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: PADMA, vol. 21, pp. 95-119, jan./mar. de 2005, p. 108.

O Superior Tribunal de Justiça usualmente qualifica os contratos pela causa concreta. Por exemplo, analisando a discussão sobre a incidência da Cofins nos contratos de locação de espaços em *shopping centers* interpretou acertadamente que, embora tal contrato aparentemente se enquadre no tipo contratual da locação de bens, não passível de incidência da Cofins, a causa concreta do contrato é o plano estratégico, o mix rentável do negócio *shopping center* e sua devida retribuição de tal prestação por um aluguel percentual. Como esse chamado “aluguel percentual” é na realidade uma parte do faturamento da loja, sobre o qual já incide a Cofins, ele não pode ser novamente tributado para que não se configure um *bis in idem*.

No caso, diante da previsão de que o fato gerador da Cofins é o “faturamento mensal” (CF, art. 195, I), ao qual expressamente escapa a figura da locação de bens (LC 70/91, art. 2º, CTN, art. 110), a empresa sustentava que a tributação daquele contrato violava os arts. 1.188 e 1.216 do CC1916, pois ele se enquadraria no tipo da locação de bens, e não da prestação de serviços. O STJ, ao analisar o caso, todavia, iniciou destacando a riqueza das possibilidades contratuais que orbitam o tipo da locação, mas com ele não se confundem, como nos apart-hotéis e shoppings, pois vêm acompanhados de serviços como limpeza, segurança, mensageiros, telefonia, promoções, associações de lojistas etc., casos nos quais, para efeitos tributários, são tratados pela prestação dominante no tema. Nesta linha de identificar a função concreta que o diferencia do modelo padrão, afirmou o voto da relatora que “o aspecto mais interessante do shopping center e que o distingue como contrato atípico é o propósito principal: relação associativa entre empreendedor e lojistas, que põem em prática um plano estratégico que mistura produtos e serviços, com vista a um fim comum: rentabilidade pela venda de mercadorias, da qual participam ambos”. Assim, constatou-se que, no caso específico dos contratos relativos aos shopping centers, o mecanismo próprio de remuneração é o “aluguel percentual”, o qual, por incluir parte do faturamento obtido pelo lojista nas suas próprias operações comerciais, já havia sofrido a incidência da Cofins e não poderia novamente ser tributado pela mesma Cofins:

O fato gerador da COFINS é o faturamento mensal, assim considerado a receita das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

O resultado econômico da locação de coisas ou de bens escapa da incidência da contribuição questionada, por não se enquadrar na tipificação do art. 2º da LC n. 70/1991, assim redigido:

A contribuição de que traía o artigo anterior, será de dois por cento e incidirá

sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita das vendas de mercadoria, de mercadoria e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Modernamente, a locação de bens pode vir acompanhada de prestação de serviços, o que sói acontecer com os apart hotéis e os shoppings, locação que também dá ensejo a serviços diversos, tais como limpeza, segurança, mensageiros, telefonia e ainda promoções coletivas, filiação a associações de lojistas, etc.

A questão que desponta de interesse para o Direito Tributário consiste em saber qual a classificação que se dá a estes contratos que, por sua natureza, são um misto de locação e de serviços, considerado doutrinariamente como contrato misto.

Sem regulamentação legal específica, são tratados pelas regras das prestações dominantes.

A jurisprudência desta Corte não registra precedente sobre o tema, sendo esta, segundo pude pesquisar, a primeira vez que enfrenta esta Turma a questão.

Neste contrato atípico, falsamente chamado de contrato de locação, o traço marcante é a forma de remuneração, o chamado aluguel percentual pois, em vez de pagar quantia fixa, o lojista entrega parte do valor do seu faturamento, sobre a qual já incide a COFINS.

O aspecto mais interessante do shopping center e que o distingue como contrato atípico, é o propósito principal: relação associativa entre empreendedor e lojistas, que põem em prática um plano estratégico que mistura produtos e serviços, com vista a um fim comum: rentabilidade pela venda de mercadorias, da qual participam ambos.

Com efeito, como bem destacou o Professor Orlando Gomes, em magistral artigo publicado na Revista do Tribunais (volume 576, outubro de 1983), no contrato de locação de "shopping center" o objetivo fundamental das partes é tirar proveito da organização do empreendimento, obtendo ganhos mediante participação de ambos no sucesso comercial.

Dentro deste enfoque, temos que o faturamento do lojista é obtido em decorrência das atividades praticadas pelo empreendedor do shopping, em verdadeira simbiose de atividades.

Na realidade, é como se ambas as partes empreendessem esforços múltiplos para uma finalidade comum: o faturamento, sobre o qual é paga a COFINS pelos lojistas.

Dentro desta compreensão, não vejo como possa ser exigido do empreendedor o pagamento da COFINS, porquanto os seus ganhos são, em parte, locação das lojas, atividade não ensejadora da exação, e, em parte, um percentual do faturamento, para o qual concorreu, prestando serviços.

(..)

A incidência da COFINS sobre a atividade econômica do administrador do "shopping center" vem a ser, no meu entendimento, um "bis in idem", o que não se pode admitir.

Isso posto, analisemos a causa concreta do contrato de provimento de capacidade espacial.

Primeiro deve ser analisado o chamado programa contratual, o contexto de circunstâncias negociais e as finalidades e interesses no qual as partes, a Star One e seus clientes, programaram o dito contrato de provimento de capacidade espacial.

1) Inicialmente, verifiquemos a coerência do contrato com a realidade:

a) As características do estabelecimento prestador: seus atos constitutivos, seus equipamentos, seus setores de atividades, sua propaganda e publicidade (exibição à sociedade, inclusive sítio de internet) etc.

A Star One descreve em seus atos constitutivos que sua atividade não é a de locação de provimento de capacidade espacial, mas sim, a prestação de uma série de serviços de comunicação via satélite: 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. 30, item ii); ao “transporte de sinais de telecomunicações, através de satélites brasileiros” (art. 30, item xi); e, por fim, à “prestação de serviços de telecomunicações no Brasil” (art. 30, item xii).

A Star One participa de licitações públicas por registros de preços para prestação de serviços de comunicação, sagrando-se vencedora em várias delas, para o mesmo serviço que ela denomina “locação de segmento espacial”, como é exemplo a licitação do Governo do Estado do Piauí, Coordenadoria de Controle de Licitações, processo administrativo nº. 00.000.0367/2008/CCEL – Sistema de Registro de Preços – SRP (Serviços comuns) Pregão nº. 005/2008/CCEL, tendo por objeto: Registro de Preço de Serviços de Locação de Segmento Espacial para retransmissão de sinal de TV e aluguel de up-links, homologado em 12.11.2008 (Disponível em: www.cel.pi.gov.br/download/200901/CEL13_off7b5d8ab.pdf Acesso em 05.11.2010)

A Star One se apresenta em seu sítio na internet como a primeira operadora de satélites do mundo a ter o seu serviço de controle de satélites certificado pela ISO, em 1998. E apresenta sua atividade como sendo a prestação de serviço de controle de satélites:

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.

b) As características, os interesses ou as necessidades do tomador de serviços.

A Star One se diz fornecedora de bens mediante locação, segundo contrato firmado, sem que, no entanto, o tomador dos bens (seus clientes) tenha meios para operar e utilizar tais bens (equipamentos) para obter o benefício desejado. Isso se comprova facilmente pelos itens 4.3, 4.4 e 8.1 das cláusulas dos contratos, já que toda posse direta e indireta dos bens e toda a operação do serviço permanece com a Star One:

4.3 - O satélite, a posição orbital, a frequência da portadora e demais características técnicas serão designados pela STAR ONE no documento de Autorização de Implantação da ETTS ("AIE"), que será fornecido pela STAR ONE após análise dos formulários A e B do Anexo I do Contrato, a serem preenchidos pela CONTRATANTE.

4.4 - A CESSÃO objeto do presente Contrato será prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, durante o prazo contratado conforme item 12.1 deste Contrato, ressalvados os casos de interrupção, conforme cláusula Décima Terceira.

8.1 - Caberá à STAR ONE indicar as designações de satélite, segmentos de satélites e suas faixas de frequências de operação e polarização para a operação da CESSÃO ora contratada, considerando acordos operacionais firmados com outras empresas, nacionais e internacionais, operadoras de satélite. 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.

c) As características específicas do serviço, segundo o costume e a tradição, tanto da sociedade (geral) quanto da cultura de determinada empresa (específica).

Não se concebe socialmente que possa ser atividade da Star One conceituada como tendo a natureza jurídica de uma locação de bens, remunerada por meio de aluguel porque isso não condiz com a realidade social, a natureza das coisas, pois equivale a dizer que é possível locar capacidade espacial de emissão, recepção e transmissão, através de um meio de comunicação, sem possibilitar o acesso do usuário a tal meio.

Do mesmo modo que não se concebe socialmente que, quando a função precípua do negócio envolva fundamentalmente uma prestação de serviço, uma obrigação de fazer, não haja a configuração de tal situação jurídica no processo e a conseqüente imposição tributária cabível, como bem asseverou o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP:

“Indago se, no caso, o proprietário do guindaste coloca à disposição daquele que o loca também algum serviço. Penso que não. Creio que aí se trata de locação pura e simples, desacompanhada, destarte, da prestação de serviços. Se houvesse o contrato para essa prestação, concluiria pela incidência do tributo.”

2) Depois, a indivisibilidade da obrigação em tela no contrato:

A obrigação pode ser divisível ou indivisível, segundo classifica o Código Civil. Esta classificação importa especialmente aos negócios jurídicos em que há pluralidade de credores ou de devedores. O Código Civil em seu art. 258 estabelece quando uma obrigação, contrariamente, é considerada indivisível:

Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.

Além dos três fatores lembrados no artigo acima, a doutrina ainda aponta que uma decisão judicial pode tornar indivisível uma obrigação naturalmente divisível. Os três fatores que a lei explicita dizem respeito a obrigações: a) indivisíveis por sua própria natureza: um animal, um automóvel, prestações de serviço cujo benefício final seja unitário; b) que não podem ser divididas por razões econômicas: a divisão é “fisicamente” possível, porém acarreta perda de valor, tal como um terreno cuja divisão implique na redução do valor de m²; c) que não pode ser dividida em razão do próprio contrato: sendo naturalmente possível a divisão, as partes estipulam que a obrigação é indivisível.

O artigo 258 fala de “fato não suscetível de divisão”, o que vale dizer que o Código Civil não estipula a indivisibilidade apenas para coisas, mas também para fatos, como uma prestação de serviço.

Quando um fato “prestação de serviços” deve ser considerado indivisível? Quais os critérios suficientes para que se obtenha uma resposta clara a esta distinção entre o que é divisível e o que é indivisível? A característica de ser divisível ou indivisível é qualidade da obrigação que a norma conceitua e reconhece, de certa maneira, porque corresponde a uma característica real, quando a sua natureza a faz uma e incindível.

Assim, não há como negar a indivisibilidade de um conjunto de obrigações contratuais nas situações em que o não atendimento de uma prestação frustra a totalidade do negócio ou, ainda, quando a insuficiência de uma das “sub-prestações” pode frustrar ou comprometer o resultado final, sendo a responsabilidade diretamente imputada ao prestador de serviço. Ainda que se formalizem manifestações de vontade separadas, envolvendo terceiros, o nexos que as une se mostra ao cliente de alguma maneira, porque a tranqüilidade deste na avença decorre da responsabilidade plena assumida pelo tomador quanto ao resultado final.

Claramente temos no “contrato de provimento de capacidade espacial” uma obrigação incindível, o contrato não pode se qualificar como locação porque pela só sub-prestação (o uso e gozo da coisa, o *transponder*, consoante a sua natureza) não se chega ao fim colimado para o contrato (a comunicação). O só uso e goza da coisa incorpórea (a atribuição de órbita e de frequências realizada através do *transponder*) consoante a sua natureza, por si só nada possibilita, sem a atividade da operadora do satélite.

Os contratos examinados não podem ser qualificados como contratos de locação porque não há entrega de qualquer coisa aos clientes, seja a operação do satélite em si, seja a capacidade espacial, que, como visto, é provimento de atividade, obrigação de fazer, e não coisa, obrigação de dar. Como explicado, os contratos em referência têm como objeto a alocação de provimento de capacidade (uma obrigação de fazer), objeto de prestação de serviço (prestação onerosa de serviço de comunicação feito de qualquer modo) e não uso e gozo da própria coisa por sua natureza (obrigação de dar) porque a dita coisa (a atribuição de órbita e de frequências) nada é sem a atividade diuturna, prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês da Star One que a assegura. É uma atividade (prestação dos serviços de comunicação) aquilo que é o escopo contratual das partes nos contratos e só podendo o serviço ser realizado por meio da coisa (atividade-meio, condição para a prestação do serviço) a obrigação é incindível em razão do negócio concreto realizado, nos termos do art. 258 do Código Civil.

Por fim, analisa-se a causa em concreto, que fundada no programa contratual do negócio antes descrito, arremata-se na complexidade contratual do dito contrato de provimento de capacidade espacial.

Tradicionalmente, fala-se da complexidade de um contrato segundo a subjetividade, em razão de uma necessidade de se definir o comprometimento de uma pluralidade de pessoas situadas no mesmo pólo de um contrato. Outras situações de complexidade de contratos falam de complexidade segundo a volatilidade, quando há mais de uma manifestação da vontade. Mas há também a complexidade contratual segundo a objetividade, quando há mais de uma prestação acordada⁹⁵.

Quando a “ligação” (nexo) que reúne as prestações de um contrato objetivamente complexo nos conduz à recomposição de uma unidade implícita, não há que se falar em diversidade quanto a seu objeto. Por exemplo, se determinada empresa celebrou contrato para viabilizar, através de programas de informática e uso de equipamentos especiais, junto a uma empresa pública, um sistema de cobrança mediante o uso de cartões utilizados pelos usuários daquele serviço público e, além da obrigação de desenvolver o software e fornecer os equipamentos especialmente fabricados por ela mediante locação, a empresa prestadora de serviço obrigou-se, também, à manutenção dos equipamentos cedidos, a unidade implícita do contrato é, e não poderia deixar de ser, a prestação do serviço de cobrança mediante o uso de cartões.

Como bem coloca Francisco Paulo de Crescenzo Marino referindo-se à unidade do contrato misto (contrato objetivamente complexo que se caracteriza por conter elementos de mais de um tipo contratual):

O que garante a unidade do contrato misto é que os elementos dos diversos tipos contratuais se subordinam à mesma causa (fala-se em unidade de causa e em “causa mista”), ou, no dizer de Pontes de Miranda, subordinam-se “à especificidade preponderante” e ao “fim comum” do contrato⁹⁶.

O fim contratual, ou o “fim comum” a todos os elementos de um contrato complexo, se distribui pelos elementos que o compõem. Este fim contratual pode ou não ser um fato imponível unitário e indivisível como tal.

No caso da empresa responsável pelo sistema de cobrança do exemplo anteriormente descrito, a finalidade comum tem sua síntese em um serviço unitário de cobrança de tarifas públicas. Vale dizer: não é possível seccionar o objeto, do ponto de vista do tomador, em prestações distintas e desligadas entre si. O fato é indivisível: é tudo (cobrança eletrônica = programa de computador + locação de equipamentos específicos + manutenção) ou nada. Concretamente: o tomador não adquiriu três coisas distintas (software, locação e manutenção), do mesmo modo que o consumidor que comprou um sofá não recebe nota fiscal de venda da qual conste os produtos “madeira, espuma e couro”, haja vista que mercadoria é “sofá”. As partes que compõem a obrigação não possuem autonomia, antes dependem do todo que lhes dá razão de ser, vale dizer, sua funcionalidade. Podem mesmo emprestar certa qualidade ao produto ou serviço de que são partes (sofá de couro, cobrança eletrônica etc.), mas não têm autonomia.

⁹⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

⁹⁶ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *op. cit.*, p. 112.

O Supremo Tribunal Federal, fundado na percutiente lição de Orlando Gomes, analisando os contratos mistos, já consagrou há muito tempo que o que qualifica o contrato é sua causa concreta, ou seja, o fim objetivo almejado pelas partes:

O que caracteriza o contrato misto (ou complexo) é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos, enlaçadas pelo caráter unitário da operação econômica, cujo resultado elas asseguram. Ele se distingue da união de contratos, que se caracteriza pela coexistência, num mesmo instrumento, de tais obrigações simplesmente justapostas, sem a amálgama da unidade econômica aludida. No caso de união de contratos, pode ser anulado ou rescindido um deles, sem prejuízo dos outros, enquanto que, em se tratando de contrato misto, o grau de síntese alcançado torna inseparáveis as partes ou elementos do negócio. Outrossim, cumpre-nos advertir que as regras principais a serem observadas, em relação ao contrato misto, são estas: 'a) cada contrato se rege pela norma de seu tipo; b) mas tais normas deixam de ser incidentes quando se chocarem com o resultado que elas visam assegurar (STF, 1ª T, RE 79562-SP, rel. Min. Rodrigues Alckmin, v.u.,10.01.76, RTJ 77/884).

A causa concreta, o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, é o determinante na qualificação de um contrato, quando em um mesmo contrato misto, se defrontam as obrigações decorrentes dos tipos contratuais da locação e da prestação de serviços. Como bem analisado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, asseverou que o fim comum de um contrato misto é o fator determinante para que se possa decidir pela pertinência do protesto de certa duplicata, que não é admitido para contrato típico de locação:

Já agora, bem analisando os autos, os termos dos contratos celebrados e a prova pericial, convenço-me do acerto da sentença.

Sim, porque, embora a uma primeira análise, pareça que se entabularam contratos de locação, pura e simplesmente, o que se verificou após a instrução probatória foi que, na realidade, a ré, juntamente com a disponibilização de seu equipamento, prestou serviços de mão-de-obra e manutenção do maquinário em obra de responsabilidade da autora.

Está-se, a toda evidência, diante de CONTRATO MISTO, que encerra locação e prestação de serviços, com clara predominância da prestação de serviços. Tendo como norte esta realidade, analisando os contratos celebrados, que estão acostados às fls. 17/28 da ação cautelar, convenço-me de que a denominação do contrato não guarda relação com seu conteúdo.

Além de ser responsabilidade da locadora a manutenção preventiva e corretiva com peças de reposição, o preço foi estabelecido em razão do número de horas trabalhadas, o que caracteriza claramente a prestação de serviços. Ademais, conforme se depreende das provas documentais, a apelada, além de cobrar pela mão-de-obra, arcou com despesas previdenciárias dos funcionários encarregados de operar os equipamentos.

Fica evidente, pelo conjunto probatório dos autos, que a ré entregou os equipamentos locados acompanhados de funcionários seus, que seriam os operadores e executores dos serviços, de forma que se pode concluir que não ocorreu a simples locação de bens móveis, mas um típico contrato de prestação de serviços.

Ora, se o contrato de locação tem como marca a entrega de bens não fungíveis, por tempo determinado, para que o locatário dela faça uso, mediante retribuição, ficando obrigado a restituí-la no fim do prazo contratual, verifica-se que tais características não se reuniram no caso em testilha.

O que houve foi a utilização do equipamento sob a comando e operação de um funcionário da apelada, para execução de obras de responsabilidade da apelante, o que, sem dúvidas, caracteriza contrato de prestação de serviços.

Está claro que a apelante, sequer, teve o uso e o gozo do maquinário pertencente à apelada, pois essa manteve empregado seu em efetiva operação do bem, continuando consigo, pois, a posse e uso do equipamento.

Outra nota caracterizadora da prestação de serviços é o fato do contrato prever prorrogação mediante acordo entre as partes, evidentemente para atender às necessidades das obras em que os equipamentos seriam empregados.

Diante desta realidade, considerando-se que não há um simples contrato de locação, mas de um contrato de prestação de serviços, entendo autorizada a emissão de duplicata na forma do art. 20 da Lei nº 5.474/68. (MINAS GERAIS, TJ. Processo 1.0024.02.881314-5/001 (1), Relator Des. Alberto Vilas Boas, 2006).

No caso em tela, *a causa concreta do contrato, o negócio almejado e avençado pelas partes, é o serviço realizado por uma empresa (a prestadora) no canteiro de obras da outra (o tomador do serviço)*. Está é a causa, a razão de ser do contrato, independentemente do *nomem iuris* que foi dado ao contrato. A causa concreta do contrato é o serviço porque a retribuição teve em conta a atividade (o fazer) e assim foi retribuída, sendo o tempo o elemento primordial em tela no contrato (o preço foi estabelecido em razão do número de horas trabalhadas). Além disso, a prestadora de serviço se responsabilizava inteiramente por toda a operação (a ré entregou os equipamentos locados acompanhados de funcionários seus, que seriam os operadores e executores dos serviços), bem como por toda atividade dos funcionários necessários para a tarefa (cobrou pela mão-de-obra e arcou com as despesas previdenciárias dos funcionários encarregados de operar os equipamentos) e também por quaisquer falhas e problemas que pudessem vir a ocorrer (responsabilidade da locadora pela manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos com peças de reposição). Tudo a evidenciar a existência de um típico contrato de prestação de serviços, com clara predominância nele da prestação de serviço sobre quaisquer outras partes da operação complexa.

Vejamos então o nosso objeto, o contrato de provimento de capacidade espacial. A causa concreta do contrato de provimento de capacidade espacial, o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, é a comunicação. As partes do contrato querem possibilitar a comunicação. Como antes dito, o contratante, o tomador do serviço quer, por exemplo, a transmissão de uma partida de futebol jogada no exterior, por uma estação de TV. Sem o satélite, tal desiderato é impossível. O explorador do satélite, por seu turno, quer que tal comunicação se realize e se realize através do meio por ele

colocado à disposição para tal comunicação, o satélite. Por esse serviço, pretende receber uma retribuição, o preço.

Isso é claro na análise funcional dos contratos e se expressa nos seus itens. O tempo é o elemento primordial do contrato. Não há locação de espaço, mas prestação de tempo do satélite. Como se evidencia no item 13.1 dos contratos, se a Star One deixar de tornar possível a comunicação por falha técnica de sua responsabilidade, a causa concreta do contrato, o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, ela é obrigada a dar desconto por essas interrupções, tudo a demonstrar que *ad breve*, nessa interrupção, não haverá causa concreta do contrato:

13.1 - A STAR ONE concederá descontos por interrupções ou suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade. Para isto, serão consideradas, apenas, as interrupções ou suspensões que ocorrerem por períodos superiores a 24 horas contínuas e ininterruptas. O valor do desconto por cada período de interrupção ou suspensão de 24 horas contínuas e ininterruptas será calculado à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do pagamento mensal constante na Cláusula Nona.

A Star One operacionaliza e torna possível permanentemente a comunicação de seus clientes. Assim, 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); 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); provê segmentos alternativos em outros satélites no caso de falhas técnicas (cláusula 13.5) e concede descontos “por interrupções ou suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade” (cláusula 13.1).

Não querem os clientes da Star One locar nada, nem extrair do bem locado a utilidade que é própria da coisa. Não é o uso e gozo da coisa (*os transponders*) a causa concreta que dá sentido ao negócio, mas a comunicação. A coisa não é no contrato senão unicamente a ocasião dela (atividade-meio, condição para a prestação do serviço). Se a causa concreta do negócio jurídico é a comunicação e esta só pode ser realizada em função da atividade da Star One por meio do seus satélites no interesse dos seus clientes o contrato em tela não pode deixar de ser qualificado como um contrato de prestação de serviços de comunicação.

7. A qualificação dos contratos da Star One como prestação de serviços

Como se depreende de tudo que foi examinado até agora das cláusulas contratuais, a Star One atua de maneira abrangente assumindo toda a direção do processo de transmissão de sinais. Ela define, de modo potestativo em relação aos seus clientes, todas as características técnicas de transmissão da capacidade espacial alocada no satélite SBTS via BRASILSAT e os parâmetros mandatórios da ETTS, bem como o processo para acesso ao segmento espacial do SBTS (item 3.1.1, anexo I); o satélite, a posição orbital, a frequência da portadora e demais características técnicas são designados por ela (item 4.3); todo o controle do processo técnico de transmissão de dados é feito por ela em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês (item 4.4); ela verifica a observância por parte dos clientes dos requisitos técnicos por ela estabelecidos nos anexos, comprovados através dos testes mandatórios (item 4.5); ela providencia o cadastramento e o licenciamento da estação dos clientes junto à ANATEL (item 5.1.5); ela informa os equipamentos que devem ser usados (item 5.1.7); ela presta assistência diuturna aos clientes, assegurando o pleno funcionamento dos satélites, concede descontos por interrupções ou suspensões decorrentes de falha técnica de sua responsabilidade, informa aos clientes as interrupções ou suspensões previstas por interferência solar e programa as interrupções ou suspensões para realização de manutenção preventiva (itens 13.1, 13.2 e 13.3); no caso de ocorrência de falha do segmento de satélite, procura prover segmentos de satélite alternativos em outros Satélites no SBTS (item 13.5).

Nos contratos em referência a obrigação da Star One transcende em muito a de um mero cedente ou locador. Se se detivesse a atividade diuturna da Star One, toda a utilidade do negócio jurídico entabulado pelas partes desapareceria, e o tomador de serviço só poderia obter proveito do que até então houvesse sido executado. Trata-se aqui, indubitavelmente, de prestação de serviço como o fim do contrato porque não se pode conceber a execução dos contratos celebrados entre a Star One e seus clientes e a atribuição da utilidade ao tomador de serviço (os clientes) nem, por conseguinte, a consecução dos fins que este se havia proposto (a comunicação), sem a contínua colaboração do prestador de serviço (a Star One), que, com seu próprio esforço tem que produzir as vantagens prometidas. A dita coisa do contrato (a atribuição de órbita e de frequências) nada é sem a atividade diuturna, prestada em regime integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, da Star One.

A finalidade prático-social do contrato é a comunicação. As partes do contrato querem possibilitar a comunicação. O contratante, o tomador do serviço quer, por exemplo, a transmissão de uma partida de futebol jogada no exterior, por uma estação de TV. Sem o satélite, tal desiderato é impossível. O operador do satélite, por seu turno, quer que tal comunicação se realize e se realize através do meio por ele colocado à disposição para tal comunicação, o satélite. Por esse serviço, pretende receber uma retribuição, o preço. Essa é a base objetiva do negócio firmado entre as partes.

A base objetiva do negócio jurídico avençado, a soma das circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência sejam objetivamente necessárias para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido, é a alocação de uma porta de um satélite para transmitir sinais às estações terrestres habilitadas dos usuários, monitorando de forma permanente a recepção destes sinais, avaliando suas condições de fornecimento dos equipamentos, verificando a ocorrência de interferência ou outras interrupções que possam vir a causar ao serviço. Não há assim, como se negar, que aquilo que o autor da demanda quer apresentar como locação, é intrinsecamente um serviço de comunicação que é prestado aos seus clientes através do satélite.

Não pode o uso e gozo da coisa, o transponder, constituir a base objetiva do presente negócio jurídico porque a locação propriamente dita é um negócio jurídico autônomo,

pelo qual o locador entrega a coisa locada para que o locatário lhe dê a utilização que lhe é própria, utilizando e gozando da coisa, sem qualquer condicionamento ou vinculação a outro tipo de negócio. Este é o fim contratual do negócio jurídico de locação. Na locação de um veículo, por exemplo, o locador o utiliza sem que haja outro negócio paralelo ou outra remuneração a ser paga, senão o preço do aluguel. Os clientes da Star One não tem qualquer conhecimento técnico necessário à operação do satélite, nem se propõem a fazê-lo, por iniciativa própria, como se daria em uma locação.

A base do negócio jurídico avençado, sua finalidade prático-social, não pode ser outra senão a comunicação pretendida pelas partes, com transmissão dos sinais feita através do satélite, dirigido e operado com exclusividade pela Star One. Então, deste modo, a atividade primordial da Star One, é possibilitar essa comunicação e, assim, seu negócio precípua é a prestação de serviços de comunicação, sendo a parcela por ela denominada de locação, parte incidível da prestação do serviço de comunicação.

É de sabença, por outro lado, que a causa concreta, o interesse prático-social almejado e executado pelas partes, é o determinante na qualificação de um contrato, quando em um mesmo contrato misto, se defrontam as obrigações decorrentes dos tipos contratuais da locação e da prestação de serviços.

A causa concreta do contrato de provimento de capacidade espacial, o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, é a comunicação. As partes do contrato querem possibilitar a comunicação. Isso é claro na análise funcional dos contratos e se expressa nos seus itens. O tempo é o elemento primordial do contrato. Não há locação de espaço, mas prestação de tempo do satélite. Como se evidencia no item 13.1 dos contratos, se a Star One deixar de tornar possível a comunicação por falha técnica de sua responsabilidade, a causa concreta do contrato, ela é obrigada a dar desconto por essas interrupções, tudo a demonstrar que *ad breve*, nessa interrupção, não haverá causa concreta do contrato.

A Star One operacionaliza e torna possível permanentemente a comunicação de seus clientes. Se a causa concreta do negócio jurídico é a comunicação e esta só pode ser realizada em função da atividade da Star One por meio de seus satélites no interesse dos seus clientes o contrato em tela não pode deixar de ser qualificado como um contrato de prestação de serviços de comunicação.

A Star One, além disso, descreve em seus atos constitutivos que sua atividade não é a de locação de provimento de capacidade espacial, mas sim, a prestação de uma série de serviços de comunicação via satélite: 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. 30, item ii); ao “transporte de sinais de telecomunicações, através de satélites brasileiros” (art. 30, item xi); e, por fim, à “prestação de serviços de telecomunicações no Brasil” (art. 30, item xii).

A Star One participa também de licitações públicas por registros de preços para prestação de serviços de comunicação, sagrando-se vencedora em várias delas, para o mesmo serviço que ela denomina “locação de segmento espacial”, como é exemplo a licitação do Governo do Estado do Piauí, Coordenadoria de Controle de Licitações, processo administrativo nº. 00.000.0367/2008/CCEL – Sistema de Registro de Preços – SRP (Serviços comuns) Pregão nº. 005/2008/CCEL, tendo por objeto: Registro de Preço de Serviços de Locação de Segmento Espacial para retransmissão de sinal de TV e

aluguel de up-links, homologado em 12.11.2008 (Disponível em: www.cel.pi.gov.br/download/200901/CEL13_off7b5d8ab.pdf Acesso em 05.11.2010)

A Star One se apresenta em seu sítio na internet como a primeira operadora de satélites do mundo a ter o seu serviço de controle de satélites certificado pela ISO, em 1998. E apresenta sua atividade como sendo a prestação de serviço de controle de satélites:

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.

É relevante destacar ainda o exame dos contratos celebrados pela Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A., anteriormente à sua privatização, em 1998. Tais contratos tinham por objeto a mesma operação comercial feita agora pela Star One e intitulavam-se “Contratos para a Prestação do Serviço de Transmissão Digital de Sinal de Vídeo, Áudio e Dados de Coordenação e Controle Via Satélite”.

No contrato celebrado com a TV Globo de São Paulo Ltda. Em 30 de janeiro de 1996 observam-se os seguintes itens em suas cláusulas:

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 TV DIGITAL, 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 circuito digital unidirecional via Brasilsat utilizando-se de facilidades do Sistema Brasileiro de Telecomunicações" por Satélite SBTS, para uso permanente e exclusivo da CONTRATANTE em conformidade com as especificações estabelecidas nos Anexos I, II, III, destinados a Transmissão Digital de Sinal de Vídeo, Áudio e Dados de coordenação e controle, em circuito fechado, para a recepção destes sinais por estações terrenas habilitadas pela CONTRATANTE.

3.1.4 Anexo IV - Cronograma de implantação do Serviço.

CLÁUSULA QUARTA – Prestação do Serviço

4.1 O Serviço contratado consiste na retransmissão pelo Satélite BRASELSAT, de um sinal digital de vídeo, áudio e dados. O

sinal será transmitido à partir da ETTS de propriedade da CONTRATANTE, cujas características estão definidas no ANEXO II para recepção por Estações Terrenas habilitadas pela CONTRATANTE.

4.3 O satélite, a posição orbital, a frequência da portadora e demais características técnicas serão designados pela EMBRATEL no documento de Autorização de Implantação da ETTS (AIE), que será fornecido pela EMBRATEL após análise e aprovação dos formulários A e B do Anexo III do Contrato, preenchidos pela contratante.

4.4 O Serviço objeto do presente contrato será prestado em regime permanente, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias do mês, durante o número de meses contratado conforme item 11.1 deste Contrato.

4.5 Monitoração

Para fins de monitoração do SERVIÇO pela EMBRATEL a CONTRATANTE deverá fornecer a esta, sem ônus, um sistema de recepção compatível com o sistema em uso, que será instalado no Centro de Operações e Controle de Comunicações (COCC), que deverá ser devolvido ao final do presente Contrato.

CLÁUSULA QUINTA - Obrigações e Responsabilidades da EMBRATEL

5.1 Constituem obrigações e responsabilidades da EMBRATEL:

5.1.1 Alocar em satélite do SBTS os meios necessários à prestação do Serviço.

5.1.4 Fornecer, após a aprovação do local da ETTS, o Plano de Frequências detalhado a ser utilizado na operação do serviço.

CLÁUSULA SÉTIMA - Condições Operacionais

7.1 As designações de satélite, transponder e polarização para o Serviço serão informadas e estabelecidas considerando-se acordos operacionais firmados com empresas operadoras de sistemas espaciais de outras administrações. A EMBRATEL poderá, a qualquer tempo e caso necessário, 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.

7.2 O Serviço é de uso privativo e exclusivo da CONTRATANTE. Sendo expressamente proibida a cessão, sublocação a terceiros dos circuitos e dos equipamentos, no todo ou em parte, a título gratuito ou oneroso.

CLÁUSULA DÉCIMA - Condições e Forma de Pagamento

10.1 A CONTA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (CPS) deverá ser entregue 5 (cinco) dias antes do vencimento

10.2 O pagamento mensal do Serviço será efetuado através da quitação das Contas de Prestação do Serviço (CPS) pela CONTRATANTE, que terá como data de vencimento o 10º (décimo) dia do mês subsequente ao da prestação do Serviço.

10.2.1 O pagamento referente ao mês de ativação será proporcional aos dias de prestação do Serviço naquele mês.

10.4 O não pagamento da CPS até a data do seu vencimento sujeitará a CONTRATANTE, independentemente de notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial às seguintes sanções, sem prejuízo das exigibilidades pecuniárias cabíveis:

e) bloqueio do Serviço após o 15º (décimo quinto) dia da data do vencimento da CPS, a critério da EMBRATEL;

f) cancelamento da prestação do Serviço após 90 (noventa) dias da data do vencimento com a consequente retirada das instalações e equipamentos de propriedade da EMBRATEL, quando for o caso.

A Star One tem 80% de sua participação acionária de propriedade da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel e apresenta-se no mercado como uma empresa Embratel. Verifica-se que, embora seus contratos apresentem terminologia diversa, a operação econômica realizada por ela é a mesma da Embratel, com o uso dos mesmos satélites, que, aliás, foram transferidos pela Embratel para a Star One quando da criação da empresa.

É evidente, pela só transcrição das cláusulas do contrato da EMBRATEL que se trata de uma operação econômica de prestação de serviço. Como também o são, claro, os contratos firmados pela Star One com seus clientes. Trata-se de operação econômica idêntica, transmissão de sinais de áudio, vídeo e dados via satélite, e, como tal, tem a mesma natureza, prestação de serviço.

Isso fica claro pela descrição das obrigações das partes. As obrigações das partes nas cláusulas 4º, 5º e 7º do contrato da Embratel que são as mesmas obrigações que constam dos contratos da Star One. Também a sanção pelo inadimplemento do pagamento do preço do serviço é a mesma nos contratos firmados pelas duas empresas: o direito potestativo da empresa, a seu exclusivo critério, de cancelamento da prestação do Serviço após 90 (noventa) dias da data do vencimento. Tudo a evidenciar que se trata da mesma prestação de serviço, apenas encoberta nos instrumentos contratuais da Star One com a vestimenta de uma impossível locação de capacidade espacial.

Na Europa o mesmo problema da qualificação contratual do chamado provimento de capacidade satelital vem sendo discutido. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organisation for Economic Co-operation and Development* – OECD), organização internacional que congrega trinta e um países europeus e não-europeus de economias de mais alta renda e com alto Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), elaborou novas mudanças em sua Convenção Modelo em matéria de imposto sobre o rendimento e sobre o patrimônio (*Model Tax Convention on Income and on Capital*) publicada pela primeira vez em 1992 e, desde, então, atualizada periodicamente.

Em 22 de julho de 2010 a OECD divulgou a 8ª edição da versão condensada da Convenção Modelo em matéria de imposto sobre o rendimento e sobre o patrimônio (*Model Tax Convention on Income and on Capital*) que inclui o texto da Convenção como lido em sessão, após a aprovação da atualização pelo Conselho da OECD.

Nesse texto entabula-se, entre outros assuntos, comentários sobre a correta compreensão do art. 12 da Convenção Modelo que trata da tributação dos royalties provenientes de um Estado contratante e pagas a um residente do outro Estado contratante. Entendidos por royalties as retribuições de qualquer natureza atribuídas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo os filmes cinematográficos, de uma patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secreto, ou por informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico:

Artigo 12.º - Royalties

1. Os royalties provenientes de um Estado contratante e pagas a um residente do outro Estado contratante só podem ser tributadas nesse outro Estado.
2. O termo "royalties" usado neste Artigo, significa as retribuições de qualquer natureza atribuídas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo os filmes cinematográficos, de uma patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secreto, ou por informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico.
3. O disposto no n.º 1 e 2 não é aplicável se o beneficiário efectivo das royalties, residente de um Estado contratante, exercer actividade no outro Estado contratante de que provêm os royalties, por meio de um estabelecimento estável aí situado, e o direito ou bem relativamente ao qual as royalties são pagas estiver efectivamente ligado com esse estabelecimento estável. Neste caso, são aplicáveis as disposições do artigo 7.º.
4. Quando, devido a relações especiais existentes entre o devedor e o beneficiário efectivo dos royalties ou entre ambos e qualquer outra pessoa, o montante das royalties, tendo em conta o uso e o direito ou as informações pelas quais são pagas, exceder o montante que seria acordado entre o devedor e o beneficiário efectivo, na ausência de tais relações, as disposições deste Artigo aplicar-se-ão apenas a este último montante. Neste caso, o excesso pode continuar a ser tributado de acordo com a legislação de cada Estado contratante, tendo em conta as outras disposições desta Convenção.

Ao comentar a tributação dos royalties provenientes de um Estado contratante e pagas a um residente do outro Estado contratante da Convenção Modelo, o documento da OECD considerou que operadores de satélite e os seus clientes frequentemente firmam acordos de "*locação de transponder*" pelos quais o operador de satélite permite aos clientes utilizar a capacidade de um *transponder* de satélite para transmitir seus sinais para grandes áreas geográficas. Aduz todavia a OECD que pagamentos feitos pelos clientes sob esses típicos acordos de "*locação de transponder*", que são feitos para utilização da capacidade de transmissão do *transponder*, não constituem royalties na definição do item nº 2 porque estes pagamentos não são feitos em contrapartida do uso, ou do direito de uso, uma vez que a tecnologia da operação não é transferida para os clientes e estes não tem acesso ao *transponder* que teria sido atribuído a eles. Nesses casos, assevera a OCDE que os pagamentos feitos pelos clientes teriam, portanto, a natureza de pagamentos por serviços:

9.1 Satellite operators and their customers (including broadcasting and telecommunication enterprises) frequently enter into “transponder leasing” agreements under which the satellite operator allows the customer to utilise the capacity of a satellite transponder to transmit over large geographical areas. Payments made by customers under typical “transponder leasing” agreements are made for the use of the transponder transmitting capacity and will not constitute royalties under the definition of paragraph 2: these payments are not made in consideration for the use of, or right to use, property, or for information, that is referred to in the definition (they cannot be viewed, for instance, as payments for information or for the use of, or right to use, a secret process since the satellite technology is not transferred to the customer). As regards treaties that include the leasing of industrial, commercial or scientific (ICS) equipment in the definition of royalties, the characterisation of the payment will depend to a large extent on the relevant contractual arrangements.

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. Similar considerations apply to payments made to lease or purchase the capacity of cables for the transmission of electrical power or communications (e.g. through a contract granting an infeasible right of use of such capacity) or pipelines (e.g. for the transportation of gas or oil).

Do mesmo modo considerou a OECD em seu documento que os pagamentos relativos ao uso, ou ao direito de utilizar, bandas de espectro de radiofrequência (por exemplo, nos termos de uma "licença de espectro" que permite ao seu titular transmitir conteúdo de mídia em faixas de frequências designadas do espectro eletromagnético) não constituem pagamentos por uso ou concessão de direito de uso que é mencionado na definição de royalties do item nº 2. Esta conclusão para a OECD é válida mesmo no caso de tratados que incluem a locação de equipamentos industrial, comercial ou científico (ICS) na definição de royalties, uma vez que tal pagamento não é para o uso, ou o direito de uso de qualquer equipamento:

9.2 Also, payments made by a telecommunications network operator to another network operator under a typical “roaming” agreement (see paragraph 9.1 of the

Commentary on Article 5) will not constitute royalties under the definition of paragraph 2 since these payments are not made in consideration for the use of, or right to use, property, or for information, referred to in the definition (they cannot be viewed, for instance, as payments for the use of, or right to use, a secret process since no secret technology is used or transferred to the operator). This conclusion holds true even in the case of treaties that include the leasing of industrial, commercial or scientific (ICS) equipment in the definition of royalties since the operator that pays a charge under a roaming agreement is not paying for the use, or the right to use, the visited network, to which it does not have physical access, but rather for the telecommunications services provided by the foreign network operator.

9.3 Payments for the use of, or the right to use, some or all of part of the radio frequency spectrum (e.g. pursuant to a so-called "spectrum license" that allows the holder to transmit media content over designated frequency ranges of the electromagnetic spectrum) do not constitute payments for the use of, or the right to use, property, or for information, that is referred in the definition of royalties in paragraph 2. This conclusion holds true even in the case of treaties that include the leasing of industrial, commercial or scientific (ICS) equipment in the definition of royalties since the payment is not for the use, or the right to use, any equipment.

Por todos esses aspectos, fica plenamente caracterizado que a operação de transmissão de dados constitui, seja por sua natureza, seja por sua conformação fática negocial, estrutural e funcionalmente falando, uma prestação de serviço.

8. Conclusão e respostas aos quesitos

Concluindo, passamos a repetir os quesitos e a respondê-los, separada e sucessivamente:

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

Resposta: A locação consiste em um contrato bilateral pelo qual alguém se obriga a ceder a outrem, por tempo determinado, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição (CC, art. 565). Na locação são elementos categoriais inderrogáveis a obrigação de conceder ao locatário o uso e gozo da coisa não fungível durante o tempo da locação, mediante certa retribuição, para que este se sirva dela para o uso a que ela se destina. Deste modo, em primeiro lugar, sem a dação da coisa, a entrega da coisa alugada, não há locação. Em segundo lugar, sem o uso e gozo da coisa, não há locação, ou seja, faltando ao locatário a possibilidade de gozar em virtude da só natureza da coisa arrendada, e com independência do esforço de outras pessoas, não há que se falar em locação. Em terceiro lugar, sendo elemento categorial inderrogável do contrato a entrega de coisa não fungível, não há locação se existir a fungibilidade da prestação. Em quarto lugar, pressupondo a locação a entrega da coisa para que o locatário se sirva dela

para o uso a que se destina, não há locação sem poder de direção do locatário sobre o uso e gozo da coisa. Em quinto lugar, sendo elemento categorial inderrogável do contrato a entrega da coisa e seu uso e gozo restrito ao tempo da locação, a coisa deve ser restituída e, portanto, não há locação sem dever de restituição da coisa infungível. Da perspectiva funcional a locação tem a função econômico-social de assegurar ao locatário a posse direta de um bem para que ele extraia do bem a utilidade que é própria da coisa, consoante a sua natureza. O locador na relação locatícia não atua na extração da utilidade econômica da coisa, assumindo posição passiva, bastando proporcionar ao locatário a possibilidade de “fazer uso” da coisa, para servir para aquilo a que ela se destina.

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

Resposta: Os contratos firmados pela Star One com seus clientes não configuram contratos de locação. Os contratos examinados não prevêem a entrega de qualquer coisa aos clientes da Star One. O uso e gozo da utilidade proveniente dos contratos para os clientes da Star One não decorre da só natureza da coisa dita cedida, a “capacidade espacial de satélite”, e nem pode ser realizado com independência, sem pressupor o esforço contínuo, diuturno e permanente da Star One. A coisa, o provimento de capacidade espacial, que a Star One sustenta entregar não é infungível. Não há poder de direção dos clientes da Star One sobre o uso e gozo da coisa dita locada, que permanece o tempo todo sob o mando e controle da Star One. Não há dever de restituição dos clientes da Star One de qualquer coisa à empresa dita locadora. Os clientes da Star One não tem possibilidade fática ou jurídica de reter a coisa locada. Não há locação.

3º Quesito: 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 firmados pela Star One classificam-se como contratos de prestação de serviço. Como se depreende de tudo que foi examinado até agora das cláusulas contratuais, a Star One atua de maneira abrangente assumindo toda a direção do processo de transmissão de sinais. Nos contratos em referência a obrigação da Star One transcende em muito a de um mero cedente ou locador. Trata-se aqui, indubitavelmente, de prestação de serviço porque não se pode conceber a execução dos contratos celebrados entre a Star One e seus clientes e a atribuição da utilidade ao tomador de serviço (os clientes) nem, por conseguinte, a consecução dos fins que este se havia proposto (a comunicação), sem a contínua colaboração do prestador de serviço (a Star One), que, com seu próprio esforço, tem que produzir as vantagens prometidas.

A base do negócio jurídico avençado, sua finalidade prático-social, não pode ser outra senão a comunicação pretendida pelas partes, com transmissão dos sinais feita através do satélite, dirigido e operado com exclusividade pela Star One. Então, deste modo, a atividade primordial da Star One, é possibilitar essa comunicação e, assim, seu negócio precípua é a prestação de serviços de comunicação, sendo a parcela por ela denominada de locação, parte incidível da prestação do serviço de comunicação.

Por fim, a causa concreta do contrato de provimento de capacidade espacial, o interesse social que o contrato singular pretende perseguir, é a comunicação. As partes do contrato querem possibilitar a comunicação. Isso é claro na análise funcional dos contratos e se expressa nos seus itens. O tempo é o elemento primordial do contrato. Não há locação de espaço, mas prestação de tempo do satélite. Como se evidencia no item 13.1 dos contratos, se a Star One deixar de tornar possível a comunicação por falha técnica de sua responsabilidade, a causa concreta do contrato, ela é obrigada a dar

desconto por essas interrupções, tudo a demonstrar que *ad breve*, nessa interrupção, não haverá causa concreta do contrato.

A Star One operacionaliza e torna possível permanentemente a comunicação de seus clientes. Se a causa concreta do negócio jurídico é a comunicação e esta só pode ser realizada em função da atividade da Star One por meio dos seus satélites no interesse dos seus clientes o contrato em tela não pode deixar de ser qualificado como um contrato de prestação de serviços e a natureza da obrigação assumida é a prestação de atividade em interesse de outrem, ou seja, prestação de serviço de comunicação.

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

Resposta: Consoante os contratos examinados, a realidade negocial e a própria execução fática da operação econômica em tela, considerando a soma das circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência sejam objetivamente necessárias para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido, o que na realidade ocorre, nas atividades contratadas entre a Star One e seus clientes é a alocação de uma porta de um satélite para transmitir sinais às estações terrestres habilitadas dos usuários, monitorando de forma permanente a recepção destes sinais, avaliando suas condições de fornecimento dos equipamentos, verificando a ocorrência de interferência ou outras interrupções que possam vir a causar ao serviço. A base do negócio jurídico avençado, sua finalidade prático-social, não pode ser outra senão a comunicação pretendida pelas partes, com transmissão dos sinais feita através do satélite, dirigido e operado com exclusividade pela Star One. Não há assim, como se negar, que aquilo que o autor da demanda quer apresentar como locação, é intrinsecamente um serviço de comunicação que é prestado pela Star One aos seus clientes através do satélite.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2010.

Como citar: MOTA, Mauricio. Os limites da autonomia privada na qualificação jurídica do denominado contrato de cessão de capacidade espacial de satélite. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-limites-da-autonomia-privada-na-qualificacao-juridica-do-denominado-contrato-de-cessao-de-capacidade-espacial-de-satelite/>>. Data de acesso.