

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Qualificação jurídica de contrato. Distinção entre locação de coisa e prestação de serviço. “Cessão de capacidade espacial de satélite” como contrato de prestação de serviço.

1 – A consulta

Tenho a honra de responder a consulta formulada pelo ilustre Dr. Gustavo Amaral, que submete, para apreciação, os seguintes quesitos:

- a) Quais os requisitos essenciais para a caracterização, no direito brasileiro, de contrato de locação, especialmente de coisa móvel?;
- b) Tendo em vista os documentos apresentados, a atividade da Star One S/A pode ser considerada como de locação?;
- c) 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?;
- d) É correto dizer que a relação contratual entre a empresa e seus clientes é de prestação de serviços de telecomunicação?

Como se percebe, os quesitos remetem à problemática da qualificação jurídica do contrato celebrado entre a Star One S/A e seus clientes, cabendo discutir se se trata de locação, como pretende a empresa, ou prestação de serviço.

2 – A qualificação jurídica de contrato

“De acordo com o entendimento corrente, a primeira e mais direta via para a submissão de um contrato ao regime traçado pela lei para um tipo contratual é a da sua qualificação como pertencente a esse tipo” (DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 61).

A qualificação pressupõe a delimitação do objeto do contrato e a identificação dos elementos essenciais à luz dos quais se reconhece o *conceito*, ou, como é preferível, o *tipo* contratual correspondente.

Ainda que nem sempre se concorde sobre como deva ser procedida a qualificação de um contrato, podem ser alinhadas três maneiras de operá-la, não necessariamente excludentes entre si:

- a) determinação dos *elementos* essenciais formativos de cada contrato (*essentialia negotii*), a partir dos conceitos legais respectivos;

- b) recurso à idéia de *causa* do negócio jurídico, entendida em seu sentido objetivo. O critério de qualificação seria o cotejo do intento das partes com as funções práticas que cada negócio, na sua formulação legal, é apto a realizar;
- c) recondução a um *tipo* legal: o juízo de correspondência, mais do que uma análise comparativa do conceito com a realidade concreta, exigiria a apreensão do sentido global do tipo diante do ordenamento.

Na confirmação do juízo obtido a partir do critério dos *essentialia negotii*, a idéia de causa pode desempenhar um papel relevante, sempre que seja possível identificar a aderência entre as funções econômicas e sociais do negócio celebrado, à vista do tipo legalmente descrito. “Outra via de confirmação daquele juízo liminar”, escreve Rui Pinto Duarte, “é a do apuramento da adequação ao caso concreto da generalidade do regime ditado para o tipo” (*Op. cit.*, p. 127).

A qualificação resultante das operações intelectuais descritas e dos juízos elaborados é indicativa do regime aplicável. A disciplina a ser seguida pelo contrato, tanto quanto os elementos que o compõem, pode variar em razão dessa determinação, que nada deve ter de arbitrária ou ficar na dependência exclusiva de uma valoração das partes contratantes.

Sabe-se que a qualificação envolve um juízo predicativo, formado diante de um catálogo de tipos descritos pelo ordenamento, tendo por objeto um contrato concretamente celebrado. É preciso levar em consideração que:

“A existência de tipos contratuais legais, de catálogos de modelos contratuais consagrados na lei e aí regulamentados de modo tendencialmente completo ou pelo menos suficiente, suscita a questão da qualificação dos contratos que são celebrados na vida de relação. A qualificação de um certo contrato como deste ou daquele tipo tem conseqüências determinantes no que respeita à vigência da disciplina que constitui o modelo regulativo do tipo” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p.160).

As noções de *causa* e *tipo* são ligadas, de modo que “cette alliance de la cause et du type emporte des conséquences importantes quant au contrôle de la cause, puisque celui-ci s’effectuera à l’aune de cette modélisation et imposera une correspondance poussée des différents intérêts recherchés avec le modèle typique” (ROCHFELD, Judith. *Cause et type de contrat*. Paris: LGDJ, 1999, p. 12).

Como adverte a doutrina, a qualificação jurídica do contrato não pode prescindir da consideração de seus efeitos. A qualificação e a interpretação do negócio devem ser feitas em uma perspectiva dinâmica, que atente para o passado mas que se volte para o futuro, para a fase de cumprimento do contrato:

“Interpretazione e qualificazione non sono due entità ontologiche a sé stanti, non sono due momenti che hanno oggetti diversi, ma espressione ed aspetti di un medesimo processo conoscitivo che in essi trova il suo unitario modo di attuazione. L’oggetto dell’interpretazione non è la volontà psíquica né il regolamento socialmente relevante, ma è il contratto come realtà sociale e giurídica ad un tempo. Il contratto va non soltanto interpretato ma anche qualificato alla luce dei princípi dell’ordinamento. Il problema sta nell’individuazione della função pratico-giurídica, socio-giurídica di ogni atto. In tal guisa si supera la separazione tra fatto ed effetti. La qualificação del negozio non può prescindere dallo studio della sua fonte, cioè del negozio como fatto. La qualificação giurídica e l’interpretazione fanno parte di un procedimento unitario teso a ricostruire cio che è avvenuto in una prospettiva dinâmica, rivolta non al passato ma alla fase attuativa” (PERLINGIERI, Pietro. *Interpretazione e qualificação: perfili dell’individuazione normativa*. In: *Scuole tendenze e metodi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 32).

Compreendida a lição de Perlingieri, cabe indagar, quanto ao contrato sob exame, que efeitos dele são esperados? Há a tradição de uma coisa, como na locação? Ou o cumprimento ocorre mediante a prestação de um serviço de telecomunicação?

3 – Distinção entre locação de coisa e prestação de serviço

O Direito Romano conseguia agrupar, sob a genérica formulação da *locatio conductio*, diferentes perfis contratuais, que deram origem a modelos que, no nosso tempo, correspondem a três contratos distintos: a locação de coisa, a prestação de serviço e a empreitada.

O esquema atual – tripartição da *locatio conductio* – teria sido fruto dos estudos dos pandectistas:

“This scheme has been taken over from the pandectists. They referred to *locatio conductio rei* (letting and hiring of things), *locatio conductio operarum* (letting and hiring of services) and *locatio conductio operis* (letting and hiring of work). The Roman lawyers, on the other hand, did not draw these distinctions. They did not think in terms of three different transactions, but accommodated all of them within the framework of one single contract called *locatio conductio*” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 338).

Ainda que se discuta, mesmo no Direito Romano, se realmente havia um tratamento unitário para a *locatio* (DEROUSSIN, David. *Histoire du Droit des Obligations*. Paris: Economica, 2007, pp. 248-249), é certo que o *usus modernus* se distanciou dessa aparente unicidade e preferiu trabalhar com tipos bem distintos para a locação de um bem ou de um serviço, além da empreitada.

Na locação de coisa, locador é o proprietário ou possuidor do bem, cuja posse direta é transferida ao locatário, para uso e fruição, a que este retribui pagando, ao primeiro, aluguéis.

Na locação de serviço, locador é o sujeito que realiza qualquer atividade lícita, compreendendo desde uma simples tarefa física ao mais refinado trabalho intelectual, da qual o tomador do serviço se aproveita mediante remuneração.

Na linguagem do Código Civil vigente, “na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição” (art. 565), ao passo que “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição” (art. 594).

Não se argumente que, pela dicção do art. 565, haveria apenas a cessão do uso e gozo, e não necessariamente da coisa alugada. É expressa a previsão do art. 566, I, que incumbe ao locador “entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina”.

O contrato de locação estabelece para o locador uma obrigação de dar, cujo objeto é entregar uma coisa certa. O contrato de prestação de serviço, por sua vez, dá origem a uma obrigação de fazer.

Na locação, o locatário deve, ao final do contrato, restituir a coisa, no estado em que a tiver recebido (art. 569, IV). Por outro lado, na prestação de serviço, nada há a restituir no final do contrato, pois “servir é prestar atividade a outrem” (MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1964, tomo XLVII, p. 3).

Os elementos essenciais da locação, segundo aponta a doutrina dominante, são: a) coisa, normalmente infungível e inconsumível; b) aluguel; c) prazo; d) consento. Enquanto isso, na prestação de serviço, são *essentialia negotii*: a) atividade; b) remuneração; c) prazo; d) consento.

Cabe realçar que “os pressupostos essenciais do contrato de locação são: a) a entrega, pelo locador, de uma coisa para ser usada pelo locatário; b) o pagamento, pelo locatário, do aluguel” (PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. 11.ed. São Paulo: RT, 2000, p. 131).

Explica-se que “tem o locador a obrigação de transferir a posse da coisa locada ao locatário, à qual se contrapõe o seu direito de perceber o aluguel. Pela ótica do locatário, tem ele o direito à posse, para que lhe seja possível usar e/ou gozar a coisa, mas também o dever de pagar o locativo” (SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. VIII, p. 347).

Diz-se ainda que a locação “submete a coisa à posse, ao uso e ao gozo (total ou parcial) do locatário, com a respectiva entrega, cabendo-lhe, em contrapartida, saldar

o aluguel” (BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, vol. 2, p. 693). Ai está, a bem ver, a própria causa do contrato, como função econômico-social que lhe é socialmente reconhecida e legalmente tipificada.

Diferentemente, na prestação de serviço, “uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração”; “o que tem este contrato em vista, como objeto da relação obrigacional, é uma atividade do devedor” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 240).

O contrato de prestação de serviço “é caracterizado pela natureza simplesmente material da execução da obrigação principal devida”. O conteúdo do adimplemento é de “natureza meramente fática e não propriamente jurídica”, pois o prestar “independe de um ato jurídico de transmissão ao credor” (TIMM, Luciano Benetti. *A prestação de serviços*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 114).

4 - A qualificação dos contratos sob exame e a definição de seu regime jurídico

É certo que a Star One S/A não é uma debutante na vida negocial. Há anos opera no setor de telecomunicações, dedicando-se à exploração econômica de satélites, como sucessora da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. - EMBRATEL.

Consta nas informações trazidas para análise que a Star One S/A é uma companhia com 80% (oitenta por cento) de participação acionária da Embratel Participações e 20% (vinte por cento) da GE Satellite Holdings LLC.

Dentre os inúmeros contratos trazidos para exame, consta o celebrado pela EMBRATEL com a TV Globo de São Paulo Ltda. em 30 de janeiro de 1996, em que claramente a atividade desempenhada pela primeira era qualificada, pelas próprias partes, como prestação de serviço (cláusula primeira), consistente no fornecimento de circuito digital unidirecional via Brasilsat, destinado à “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” (cláusula segunda).

Outro exemplo trazido para conhecimento diz respeito ao contrato celebrado pela EMBRATEL com a Rádio Itatiaia Ltda. em 16 de fevereiro de 1995, no qual o próprio objeto pactuado é expressamente definido como “serviço especial de transmissão de digital de áudio e dados via satélite (SETADS), doravante referido simplesmente como SERVIÇO” (cláusula primeira).

Já nos contratos celebrados pela Star One S/A, para finalidade semelhante – serviço de transmissão de vídeo, áudio e dados via satélite – tem sido adotada a nomenclatura “contrato de cessão de capacidade espacial de satélite”.

É notório que um contrato não deve ser disciplinado com base no nome que lhe é dado pelas partes, mas a partir de sua qualificação à luz do ordenamento.

É um subterfúgio a suposta “locação” de satélite. Não há locação de *espaço*, mas prestação de *tempo* de satélite caracterizando um serviço de telecomunicação.

Não por acaso, há a previsão contratual de descontos por interrupção da transmissão por falha atribuível à Star One S/A.

Percebe-se mais um indicativo da natureza da avença: “no contrato de locação de serviço, o *tempo* é elemento de toda a relevância, não o resultado da atividade. Pode dar-se que se meça o tempo pelo que se há de fazer, mas, ainda aí, o tempo não se elimina diante da obra” (MIRANDA, F. C. Pontes de. *Op. cit.*, p. 10).

Não há como qualificar como locação de coisa móvel o contrato sob exame. Falta-lhe um aspecto essencial, qual seja a entrega do bem ao locatário, o que desqualifica a locação. É esta a “obrigação-chave”, como se comprova em texto clássico:

“Sabe-se que “a entrega da coisa locada ao locatário constitui a principal obrigação do locador, a obrigação chave, por assim dizer. Entretanto, toda importância dessa prestação assenta em ser ela um meio para o cumprimento da 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 objeto” (LOPES, M. M. Serpa. *Contrato de locação de coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 45).

Nem se concebe que, em caso de inadimplemento, proponha a Star One uma ação de despejo, como se de locação o contrato se tratasse, ou mesmo uma ação de reintegração de posse, como se o tomador do serviço tivesse a posse direta do satélite. Ao invés disso, a Star One S/A promete suspender o serviço após o 30º dia de inadimplemento.

5 – Conclusão

Em atenção aos quesitos formulados, tenho a dizer que:

- a) A caracterização do contrato de locação de coisa móvel, no direito brasileiro, reúne, como *essentialia negotii*, os elementos coisa, aluguel, prazo e consenso. Note-se que a coisa, normalmente infungível e inconsumível, deve ser entregue ao locatário para uso e fruição. A posse se desdobra em direta, para o locatário, e indireta, para o locador.
- b) A atividade da Star One S/A não pode ser considerada como de locação.
- c) As relações contratuais havidas entre a empresa acima mencionada e seus clientes se enquadram no tipo legal de contrato de prestação de serviço. Diferentemente do contrato de locação, em que o locador assume uma obrigação de dar – entregar a coisa para posse, uso e gozo do locatário –, no

contrato de serviço o prestador contrai uma obrigação de fazer.

d) O contrato de prestação de serviço tem como objeto, tal qual prevê o Código Civil, qualquer atividade lícita, material ou imaterial, mediante retribuição. A relação contratual entre a empresa e seus clientes é de prestação de serviço de telecomunicação.

É o que me parece, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2010.

LEONARDO MATTIETTO
Procurador do Estado