

01/11/2010

EDIÇÃO Nº 443 - 1ª QUINZENA NOVEMBRO DE 2010

Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

*Bruno Nobrega Fonti **



Habilitação no REPETRO de Empresas Brasileiras de Navegação (EBN) que atuam no Apoio Marítimo, com base em Contratos de Afretamento “por Tempo”, firmados com Concessionárias ou Autorizadas para Exploração das Atividades de Pesquisa e Lavra de Petróleo e Gás Natural.

1. Introdução

O artigo em tela aborda a forma de contratação adotada nos afretamentos das embarcações destinadas ao apoio às atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, desenvolvidas na plataforma continental e na zona econômica exclusiva brasileiras, bem como traz os fundamentos jurídicos que embasam a possibilidade de habilitação das Empresas Brasileiras de Navegação (EBN) no Regime Aduaneiro Especial de Exportação e Importação de Bens destinados à Pesquisa e Lavra de Jazidas de Petróleo e de Gás Natural (REPETRO), nos termos do disposto nos parágrafos 1º, inciso II, e 4º do art. 5º da Instrução Normativa RFB nº 844, de 9 de maio de 2008, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa nº 941, de 25 de maio de 2009.

2. A Estrutura de Contratação e o Afretamento por Tempo

A modelagem dos contratos de afretamento “por tempo”, correntemente utilizados pela indústria petrolífera nacional, aponta para a existência de uma relação jurídica entre, de um lado, a pessoa titular da concessão ou autorização do Estado para exploração econômica das jazidas de petróleo e gás natural, e de outro, a proprietária ou possuidora da embarcação, domiciliada no exterior, em *associação* com EBN, no País. Esta última, devidamente registrada perante o órgão regulatório da atividade aquaviária e corresponsável pelos serviços de operação náutica da embarcação.

Nessa estrutura de negócio, tanto a proprietária ou possuidora estrangeira quanto a EBN são (solidariamente) responsáveis pela disponibilização da embarcação livre e desembaraçada de qualquer encargo aduaneiro ou tributário, assim como pelo fornecimento de partes e peças sobressalentes, necessárias à manutenção e operação da embarcação.

Todavia, em virtude de norma regulatória¹, é a EBN quem deve exercer, precipuamente, as atividades vinculadas à operação da embarcação, recebendo, para tanto, a correspondente remuneração no País (parcela da taxa de afretamento ou "hire").

Nestes contratos, todas as medidas e despesas referentes às importações dos bens imprescindíveis à execução dos serviços de apoio às atividades que mencionam, incluindo a própria embarcação, são promovidas, via de regra, pela EBN.

3. A Legislação Maritimista e o Tratamento Tributário Jurisprudencial

A Lei nº 9.432/97, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências, por meio de seu art. 2º, conceitua *três* modalidades de afretamento, quais sejam: "a casco-nu", "por tempo" e "por viagem"². Interessamos, particularmente, o tipo "por tempo".

No afretamento "por tempo", o foco negocial é a utilização e a fruição da embarcação pelo afretador (quem *toma* em afretamento) por um período determinado, e não o serviço de transporte de mercadorias ou pessoas. Destarte, o fretador (quem *presta* em afretamento) coloca o bem à disposição do afretador para sua *gestão comercial*, em plena condição de navegabilidade, total ou parcialmente tripulado, armado e equipado, mediante uma contraprestação específica ("hire"), preservando para si a *gestão náutica*, traduzida na *administração* da embarcação.

Em decisão³ prolatada pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2007, ratificada pela Primeira Turma da mesma Corte em 2009⁴, foram apresentadas as diversas espécies de contrato de afretamento, mencionando as implicações tributárias atinentes ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), decorrentes de cada uma. Destacamos abaixo trecho de maior relevância:

"6. Os contratos de afretamento a casco nu, por natureza, assemelham-se aos contratos de locação e os navios, por força do art. 82 do Código Civil/1916, são considerados bens móveis. Assim, aplicável em tese o item 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 (com a redação dada pela LC 56/87), que prevê a incidência de ISS sobre a locação de bens móveis.

7. Entretanto, o STF, no julgamento do RE 116.121-3/SP, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da exigência, restando assentado que a cobrança do ISS sobre locação de bem móvel contraria a Lei Maior e desvirtua institutos de Direito Civil.

8. Os contratos de afretamento por tempo ou por viagem são complexos porque, além da locação da embarcação, com a transferência do bem, há a prestação de uma diversidade de serviços, dentre os quais se inclui a cessão de mão-de-obra. Trata-se, portanto, de um contrato *sui generis*, que se adequa perfeitamente ao preconizado na jurisprudência desta Corte, segundo a qual os contratos complexos não devem ser desmembrados para fins fiscais." (grifos nossos).

¹ Resolução ANTAQ nº 893, de 14 de agosto de 2007. "Art. 3º. A autorização para operar nas navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário somente poderá ser outorgada a pessoa jurídica constituída nos termos da legislação brasileira, com sede e administração no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, e que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos nesta Norma, na legislação complementar e nas normas regulamentares pertinentes e, quando for o caso, nos Tratados, Convenções e Acordos Internacionais, enquanto vincularem a República Federativa do Brasil."

² "Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - afretamento a casco nu: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação;

II - afretamento por tempo: contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado;

III - afretamento por viagem: contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens;"

³ REsp 792444 / RJ – Min. Eliana Calmon – Segunda Turma – DJ 26.09.2007.

⁴ REsp 1.054.144 / RJ – Min. Denise Arruda – Primeira Turma – DJ 09.12.2009.

Consoante se percebe, o STJ reconhece a existência de uma "diversidade de serviços" (*ações de fazer*) atrelados à *ação de dar* representada no afretamento. Identifica-se como serviços desta espécie aqueles ligados à tripulação, armação, manutenção do equipamento, sistema de comunicação, documentação, corretagem, bem como pagamento de tributos e encargos aduaneiros relacionados à disponibilização da nave.

Desta sorte, verifica-se que **serviço constitui aplicação de esforço humano (bem considerado incorpóreo) em um objeto materialmente concebido**. O que, por sinal, facilmente se verifica no tipo negocial afretamento "por tempo".

Contudo, justamente em razão desses serviços serem *intrínsecos* à operacionalidade da embarcação, enxergou-se a natureza *típica*⁵ e *complexa*⁶ do negócio jurídico afretamento "por tempo", de maneira a afastar a possibilidade de desmembramento de seus objetos para fins fiscais.

Esse tipo de contrato possui a característica de uma "unidade indivisível, um todo uno e complexo"⁷. A causa do contrato misto ou complexo advém de elementos de diferentes contratos, elementos heterogêneos. Contudo, formam um aspecto unitário, em outras palavras, "a conexão econômica entre as diversas prestações forma, por subordinação ou coordenação, nova unidade"⁸.

Isto posto, é possível extrair *quatro conclusões fundamentais* sobre o contrato de afretamento "por tempo": **(i) possui natureza cível de contrato complexo; (ii) envolve a entrega da embarcação em conjunto com os serviços que garantem sua operacionalidade, tais como os de armação e tripulação; (iii) não pode ser desmembrado para fins fiscais; e (iv) apenas pode ser firmado por EBN, desde que autorizada a operar embarcações no País.**

4. A Legislação Aduaneira e sua Interpretação Finalística

Determina o art. 5º da Instrução Normativa RFB nº 844, de 9 de maio de 2008, com as alterações recentemente trazidas pela Instrução Normativa RFB nº 941, de 25 de maio de 2009, *verbis*:

"Art. 5º. O Repetro será utilizado exclusivamente por pessoa jurídica habilitada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

§ 1º Poderá ser habilitada ao Repetro a pessoa jurídica:

I - detentora de concessão ou autorização, nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, para exercer, no País, as atividades de que trata o art. 1º; e

II - **contratada** pela pessoa jurídica referida no inciso I **para a prestação de serviços** destinados à execução das atividades objeto da concessão ou autorização, bem como as suas subcontratadas.

§ 2º Quando a pessoa jurídica de que trata o inciso II do § 1º não for sediada no País, poderá ser habilitada ao Repetro a empresa com sede no País por ela designada para promover a importação dos bens.

⁵ O contrato típico é aquele cujo conceito vem expresso em norma, ou seja, suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos códigos ou nas leis.

⁶ O contrato complexo ou misto é definido pela doutrina civilista como o contrato em que se misturam elementos próprios de diversos tipos contratuais. A sua coesão/unidade decorre do fato de que os elementos dos diversos tipos contratuais se subordinam à mesma causa, ou ao fim comum do contrato.

⁷ FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos Atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 60.

⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, pp. 104 e 105.

§ 3º **O fornecimento de bens pela pessoa jurídica mencionada no inciso II do § 1º poderá estar previsto em contrato de afretamento, de aluguel, de arrendamento operacional ou de empréstimo, o qual deverá ter execução simultânea com o de prestação de serviços.**

§ 4º **Poderá ser habilitada ao Repetro empresa com sede no País formalmente designada pela pessoa jurídica de que trata o inciso I do § 1º, para promover a importação dos bens que sejam objeto de afretamento, de aluguel, de arrendamento operacional ou de empréstimo, desde que vinculados à execução de contrato de prestação de serviços celebrado entre elas, relacionado às atividades a que se refere o art. 1º.** (grifos nossos)

Segundo se verifica da norma transcrita, em especial dos §§1º, II, 3º e 4º, a intenção do ato normativo é viabilizar a habilitação de pessoa jurídica *contratada para prestação de serviços* pela concessionária ou autorizada para exploração a proceder ao despacho aduaneiro em nome próprio dos bens sujeitos ao REPETRO. Com efeito, beneficiar-se-ia de todos as desonerações e vantagens fiscais, administrativas e cambiais correlatas.

Cabe dizer, no ponto, que a menção feita pela norma à *contratação para prestação de serviços* deve sofrer o devido temperamento de forma a se deslocar da pobre literalidade da semântica para a almejada *interpretação finalística*, baseada na mais alta evolução da hermenêutica jurídica.

Explica-se: o dispositivo sob análise denota um claro intento finalístico, qual seja, vincular a atuação das pessoas jurídicas, que orbitam as concessionárias ou autorizadas para exploração econômica, às responsabilidades pelos bens admitidos provisoriamente no País, que não o sejam apenas para prestação de serviços, mas igualmente aqueles ingressados com fundamento em contratos de afretamento, aluguel, arrendamento operacional e empréstimo **em que o prestador de serviços não faria parte**⁹.

Entretanto, no caso do afretamento “por tempo”, como visto, a preocupação com a vinculação e a simultaneidade se esvai **na medida em que se percebe no mesmo instrumento contratual obrigações solidárias e concorrentes entre a empresa estrangeira proprietária ou possuidora da embarcação e a EBN, ambas figurando no pólo passivo do negócio jurídico como fretadoras contratadas.**

Nesse passo, a pessoa jurídica que presta os serviços (p. ex. armação e tripulação) já se encontra vinculada ao bem que temporariamente admite, assumindo as responsabilidades e encargos daí advindos. Com efeito, preenchidos estariam os pressupostos instados pela lógica do sistema de controle aduaneiro.

Ademais, cabe alertar que não é dado ao intérprete, e por vezes aplicador do Direito, confundir a exigência de *instrumento formal de contrato*, cartular, com o negócio jurídico em si, que envolve a prestação de serviços *intrínsecos* ao afretamento¹⁰. A mera denominação “prestação de serviços”, aposta em um dado documento, não possui o poder de desnudar os serviços, fruto do esforço humano, presentes no negócio jurídico avençado.

Como exaustivamente apontado linhas atrás, a espécie contratual eleita possui natureza *típica e complexa*, ostentando dois *objetos interrelacionados e indissociáveis*.

⁹ Quando os objetos contratados se encontrarem segregados em instrumentos distintos.

¹⁰ Nas palavras de Bernardo Ribeiro de Moraes (Doutrina e Prática do ISS. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 43 apud SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro. A questão da incidência do ISSQN sobre as atividades de leasing no âmbito do STF. Porto Alegre: Revista da FESTD nº 3, 2009, p. 213), no Direito Tributário nacional, “adotou-se o conceito econômico de serviço, assim entendido o bem econômico (meio idôneo para satisfazer uma necessidade) que não seja bem material, isto é, que não seja de extensão corpórea ou de permanência no espaço. Serviço, no sentido econômico, é sinônimo de bem imaterial, fruto de esforço humano aplicado à produção”.

5. O Decreto nº 7.296/10 e a Instrução Normativa RFB nº 1.070/10

Recentemente, o Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 (Regulamento Aduaneiro) sofreu importante alteração com a edição do Decreto nº 7.296, de 10 de setembro de 2010, representada na inserção do art. 461-A, justamente para prever a possibilidade, agora expressa, de habilitação da EBN no regime, na condição de contratada pela concessionária ou autorizada em afretamento por tempo.

Em acréscimo, foi editada pela Receita Federal a Instrução Normativa RFB nº 1.070, de 13 de setembro de 2010, que por sua vez introduziu dispositivos na Instrução Normativa RFB nº 844/08 com objetivo de trazer ao plano deste ato normativo as novas regras carreadas no Decreto.

Neste sentido, entendemos ter havido interpretação autêntica por parte do legislador aduaneiro, validando, por tanto, o modelo de contratação tal como outrora concebido pela indústria.

6. Conclusão

Como conclusões da presente exposição, tem-se que:

- (i) os contratos de afretamento “por tempo” são compostos por uma relação jurídica entre, de um lado, a pessoa titular da concessão ou autorização do Estado para exploração econômica das jazidas de petróleo e gás natural, e de outro, a proprietária ou possuidora da embarcação, domiciliada no exterior, em *associação* com Empresa Brasileira de Navegação (EBN), no País;
- (ii) conforme usualmente observado nesses contratos, todas as medidas e despesas referentes às importações dos bens imprescindíveis à execução dos serviços de apoio às atividades que mencionam, incluindo a própria embarcação, devem ser promovidas, via de regra, pela EBN; sendo que o inadimplemento destas obrigações tem o condão de viabilizar sanção para ambas as fretadoras;
- (iii) consoante se retira da jurisprudência do STJ, existe uma “diversidade de serviços” (*ações de fazer*) atrelados à *ação de dar* representada no afretamento; contudo, justamente em razão desses serviços serem intrínsecos à operacionalidade da embarcação, enxergou-se a natureza *típica* e *complexa* do negócio jurídico celebrado, de maneira a afastar a possibilidade de desmembramento de seus objetos para fins fiscais; disso, é possível extrair *quatro conclusões fundamentais* sobre o contrato de afretamento “por tempo”: **(iii.i) possui natureza cível de contrato complexo; (iii.ii) envolve a entrega da embarcação em conjunto com os serviços que garantem sua operacionalidade, tais como os de armação e tripulação; (iii.iii) não pode ser desmembrado para fins fiscais; e (iii.iv) apenas pode ser firmado por EBN, desde que autorizada a operar embarcações no País;**
- (iv) a menção à *contratação para prestação de serviços* feita pelo art. 5º da Instrução Normativa RFB nº 844/08, em especial por seus parágrafos 1º, inciso II, 3º e 4º, deve sofrer o devido temperamento de forma a se deslocar da pobre literalidade da semântica para a almejada *interpretação finalística*; o dispositivo sob análise denota um claro objetivo finalístico de vincular a atuação das pessoas jurídicas que orbitam as concessionárias ou autorizadas às responsabilidades pelos bens admitidos provisoriamente no País que não o sejam apenas para prestação de serviços, mas igualmente aqueles ingressados com fundamento em contratos de afretamento, aluguel, arrendamento operacional e empréstimo, **em que o prestador de serviços não faria parte;**
- (v) entretanto, no caso do afretamento “por tempo”, a preocupação com a vinculação e a simultaneidade se esvai na medida em que se percebe no mesmo instrumento contratual obrigações *solidárias* e

concorrentes entre a empresa estrangeira proprietária ou possuidora da embarcação e a EBN, ambas figurando no pólo passivo do negócio jurídico como fretadoras; destarte, a pessoa jurídica que presta os serviços (p. ex. armação e tripulação) já se encontra vinculada ao bem que temporariamente admite, assumindo as responsabilidades e encargos daí advindos; assim, preenchidos estariam os pressupostos instados pela lógica do sistema de controle aduaneiro;

- (vi) de se alertar, outrossim, que não é dado ao intérprete, e por vezes aplicador do Direito, confundir a exigência de *instrumento formal de contrato*, cartular, com o negócio jurídico em si, que envolve a prestação de serviços *intrínsecos* ao afretamento; a mera denominação “prestação de serviços”, aposta em um dado documento, não possui o poder de desnudar os serviços, fruto do esforço humano, presentes no negócio jurídico avençado; a espécie contratual eleita possui natureza *típica e complexa*, ostentando dois *objetos interrelacionados e indissociáveis*;
- (vii) **por todo o exposto, dentro da sistemática de controle desenvolvida pela legislação brasileira (maritimista e aduaneira), a EBN, na qualidade de fretadora e prestadora dos serviços intrínsecos à operacionalidade da embarcação, mesmo antes da alteração promovida no Regulamento Aduaneiro pelo Decreto nº 7.296/10, cuja regulamentação é encontrada na Instrução Normativa RFB nº 1.070, de 13 de setembro de 2010, sempre possuiu inquestionável direito à habilitação no REPETRO, com vistas a promover a internalização dos bens descritos no Anexo Único da Instrução Normativa RFB nº 844/08, bem como daqueles trazidos para garantia da operacionalidade dos primeiros; e isso se deu sem que se observasse qualquer sorte de fragilização no sistema de controle aduaneiro, que manteve intactos seus eficazes instrumentos para a segurança do comércio exterior brasileiro.**

Advogado Tributarista Especializado em Petróleo
E-mail: brufonti@ig.com.br