

A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE AFRETAMENTO POR VIAGEM E SEUS DESDOBRAMENTOS TRIBUTÁRIOS

THE LEGAL NATURE OF THE VOYAGE CHARTER PARTY AND ITS TAX DEPLOYMENT

Mônica Pimenta Júdice¹

RESUMO:

O presente trabalho tem como abordagem principal o contrato de afretamento por viagem. Para tanto, será necessário analisar a natureza jurídica desse tipo de contrato marítimo, bem como sua modalidade total ou parcial. Isso viabilizará entender eventual incidência dos Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS e do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN.

PALAVRAS-CHAVE: *Contrato de Afretamento. Contrato de Afretamento por Viagem. Contrato de Afretamento por Tempo. Natureza Jurídica. Tributação.*

ABSTRACT:

The present work has as main approach the voyage charter party. To do so, it was necessary to analyze the legal nature of this type of contract of affreightment, on its total or partial mode. This will enable to understand possible effects of Tax on the Circulation of Goods and Interstate and Intermunicipal Transportation Service - VAT and Service Tax.

KEYWORDS: *Charter Party. Contracts of Affreightment. Voyage Charter Party. Time Charter Party. Legal Nature. Taxation.*

¹ Mestre em Direito Marítimo pela Universidade de Oslo. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestranda em Direito Processual na PUC/SP. Advogada. Email: monicajudice@gmail.com

I INTRODUÇÃO

Os contratos de afretamento marítimo são basicamente de dois tipos: afretamento por tempo ou afretamento por viagem. Este estudo abordará aquele que é visto como o contrato de afretamento por excelência: o contrato de afretamento por viagem. Neste caso, a relação jurídica envolve duas partes, sendo que uma delas promete conceder o uso do navio para transportar uma certa quantidade de carga de um ponto A para um ponto B em troca de uma retribuição econômica, enquanto a outra parte promete entregar a mercadoria e pagar a quantia acordada.

Dessa forma, o contrato de afretamento por viagem pode ser definido como aquele contrato firmado entre o *armador* do navio e o *afretador* com o objetivo de que o primeiro assumo o transporte da mercadoria em uma viagem específica em troca de retribuição econômica (*frete*) calculada sobre a quantidade do que está sendo devidamente transportado.

O armador pode realizar o transporte das mercadorias utilizando seu próprio navio (a dizer, de sua propriedade e gerência), mas também de modo frequente utiliza-se de outro contrato de afretamento (de tempo ou de viagem), podendo transportar mercadorias inclusive para uma terceira pessoa.

A promessa de transporte é realizada frequentemente por tonelada afretada, o que quer dizer que, se o fretador adquiriu o uso de tonelada por meio do contrato de afretamento, essa capacidade pode ser utilizada para transporte de mercadoria de terceiros. Sendo assim, quando A promete transporte para B, ele poderá inclusive transportar as mercadorias no navio de C ou em seu próprio navio².

Veja-se que a obrigação principal do afretador é pagar o frete. E o armador, por sua vez, não terá direito ao frete até que a mercadoria chegue no porto de destino³.

² FALKANGER, Thor. *Scandinavian Maritime Law*. 2. ed. Oslo: Universitetsforlaget, 2004, p. 345.

³ É de registrar que dano na mercadoria transportada não é considerada razão suficiente para negar ao armador seu direito ao frete. De acordo com doutrina de Thor Falkanger, Hans Jacob Bull e Lasse Brautaset, no direito escandinavo, nenhum critério foi ainda desenvolvido. Na Inglaterra, a decisão sempre girará em torno se a mercadoria pode ser considerada entregue “em substância”. In FALKANGER, Thor. *Scandinavian Maritime Law*, 2. ed. Oslo: Universitetsforlaget, 2004, p. 377.

O contrato de afretamento por viagem – assim como o contrato de afretamento por tempo – encontra-se definido na Lei nº. 9.432/1997, em seu art. 2º, *in verbis*:

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.

Ao passo que no contrato de afretamento por tempo o armador cede o uso do navio a outra pessoa, por determinado tempo, já estando o navio armado e equipado, pronto para empreender viagem, no contrato de afretamento por viagem o uso do navio pode ocorrer de forma total ou parcial do navio. É o que reza o art. 566 do Código Comercial, ainda vigente a parte relacionada ao direito marítimo, *in verbis*:

Art. 566 - O contrato de fretamento de qualquer embarcação, quer seja na sua totalidade ou em parte, para uma ou mais viagens, quer seja à carga, colheita ou prancha. O que tem lugar quando o capitão recebe carga de quanto se apresentam, deve provar-se por escrito. No primeiro caso o instrumento, que se chama carta-partida ou carta de fretamento, deve ser assinado pelo fretador e afretador, e por quaisquer outras pessoas que intervenham no contrato, do qual se dará a cada uma das partes um exemplar; e no segundo, o instrumento chama-se conhecimento, e basta ser assinado pelo capitão e o carregador. Entende-se por fretador o que dá, e por afretador o que toma a embarcação a frete.

É total quando a carga toma o navio por inteiro, menos a câmara do capitão, os agasalhos da equipagem e as acomodações necessárias para o material da embarcação.

Art. 570 - Fretando-se o navio por inteiro, entende-se que fica somente reservada a câmara do capitão, os agasalhos da equipagem, e as acomodações necessárias para o material da embarcação.

Nessa primeira análise, tem-se que “o navio é todo colocado à disposição do afretador”⁴. E é justamente em razão dessa disponibilidade da coisa é que não há como negar que a natureza jurídica de *locação de*

⁴ VITRAL, Waldir. **Manual de Direito Marítimo**. São Paulo: José Bushatsky, 1997, p. 169.

bem móvel é mantida no contrato de afretamento por viagem, fretando-se o navio por inteiro, excluindo, assim, a possibilidade de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior, bem como do imposto sobre prestação de serviço de qualquer natureza.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, RESP nº. 1.054.144, manifestou-se de forma um pouco diversa considerando existir também nesse tipo de contrato a prestação de uma diversidade de serviços, além da locação da embarcação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÃO. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA. 1. Nos termos do art. 2º da Lei 9.432/97, [...] No que tange às demais espécies, consignou-se no precedente citado que: “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”, de modo que “não podem ser desmembrados para efeitos fiscais (Precedentes desta Corte) e não são passíveis de tributação pelo ISS porquanto a específica atividade de afretamento não consta da lista anexa ao DL 406/68”. Assim, pode-se afirmar que em tais espécies contratuais (afretamento por tempo e afretamento por viagem) há um misto de locação de bem móvel e prestação de serviço. Contudo, como bem observado no precedente citado, a jurisprudência desta Corte — em hipóteses em que se discutia a incidência do ISS sobre os contratos de franquia, no período anterior à vigência da LC 116/2003 — firmou-se no sentido de que não é possível o desmembramento de contratos complexos para efeitos fiscais.

É de se notar que - ainda que a conclusão da corte superior tenha sido pela não incidência do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, tal fato não teve por base a real natureza jurídica do contrato de afretamento por viagem (na decisão, equivocadamente, coincido ao de afretamento por tempo), mas a específica atividade de afretamento não constar da lista complementar.

A principal consequência disso é que mantido o entendimento de que a razão pelo qual não incide o imposto se dá pela ausência de previsão em lei complementar, uma vez que se tente adicioná-la, poderá sugerir-se a incidência, ainda que a natureza jurídica não seja de prestação de serviço – o que é flagrantemente inconstitucional.

Ao invés, trata-se de locação de bem móvel, cuja incidência do ISSQN já foi rechaçada nos tribunais superiores, tendo sido inclusive editado súmula vinculante⁵.

A par de todo entendimento jurisprudencial, a autoridade fiscal vem considerando ser possível ainda a incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, a exemplo do contrato de afretamento por tempo, sob o argumento de que seria este contrato de prestação de serviço de transporte, conforme se verifica abaixo⁶:

ICMS. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL e INTERESTADUAL DE PETRÓLEO e DERIVADOS. Há paradigmas para o conhecimento da alegação de que o contrato de afretamento não se sujeita à incidência do ICMS e de que não há necessidade, portanto, de emissão dos respectivos documentos fiscais relativos a essa prestação de serviços. Não há paradigma para o restante da matéria veiculada na peça recursal. A atuada e a Petrobrás são empresas brasileiras de navegação, pois satisfazem os requisitos para tanto, e são reconhecidas como tal pela ANTAQ. A atuada e a Petrobrás podem, portanto, firmar contratos de afretamento de embarcações. Não existe litígio acerca da afirmação de que a atuada e a Petrobrás firmaram efetivamente os contratos de afretamento apontados na exordial. O afretamento por tempo, também chamado de TIME CHARTER PARTY, é contrato prestação de serviços de transporte. O afretamento por tempo, portanto, está sujeito à incidência de ICMS, sempre que ocorrerem prestações de serviços interestadual e intermunicipal de transporte aquaviário de cargas. Decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferida no agravo regimental em agravo de instrumento nº 181.2664/RJ expressa entendimento no mesmo sentido. Recurso do Particular conhecido e desprovido no tocante à questão da não-tributabilidade dessas prestações pelo ICMS e à questão da desnecessidade de emissão da correspondente documentação fiscal. Recurso não-conhecido no tocante às demais matérias. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, e NESTA PARTE NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO NÃO UNÂNIME.

Contudo, o contrato de afretamento por tempo – assim como o contrato de afretamento por viagem - não é um contrato de transporte *prima facie*, mas essencialmente um contrato de locação do uso

⁵ Súmula Vinculante nº. 31: “É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

⁶ Recurso Especial 03- 387300/2008, em 10/08/2010. Ainda, Recurso Especial 03- 841228/2007.

da coisa (atividade-fim). A diferença reside no fato de que no afretamento por tempo, além da atividade principal da locação do uso do navio, o afretador recebe também o navio devidamente armado e equipado, daí, extrair-se uma possível atividade cuja natureza seja a prestação de serviço, o que não acontece no afretamento por viagem.

Cumpra ainda a análise da natureza jurídica do contrato de afretamento por viagem que utiliza o navio de forma parcial. Tem-se, nesse caso, apenas parte do navio fretado. De acordo com Sampaio Lacerda “é parcial o fretamento quando o carregador contrata com o transportador o embarque de mercadoria em certo navio para entrega-las em porto indicado”⁷.

O fretamento parcial do navio tem lugar:

- a) quando se contrata o transporte de certa quantidade de coisas a esmo ou em globo, por preço redondo, per aversionem, sem atender a seu preço ou volume;
- b) quando se contrata esse transporte por peso ou medida;
- c) quando a colheita ou a prancha e é feito, sob condição de transportar as mercadorias, se em certo prazo puder ficar completo o carregamento⁸.

Daqui se extrai a segunda análise, de que no contrato de afretamento por viagem na modalidade parcial, “vêm Lyon Caen et Renault mais um contrato de transporte de mercadorias do que um contrato de fretamento de navios; nele distinguem uma locação de serviços, enquanto que no fretamento total descobrem uma locação de coisa” – Costa (1997, p. 352)⁹.

Perceba-se que - somente aqui - a atividade desenvolvida pelo armador do afretamento por viagem é de *prestar serviços de transporte de mercadoria*. Desta feita, nos casos em que o transporte ocorrer nas áreas interestaduais e intermunicipais poderá haver a incidência do Imposto sobre Operações de Circulação Mercadoria e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação de Qualquer Natureza– ICMS.

⁷ LACERDA, J.C. Sampaio de. Curso de Direito Privado da Navegação. Biblioteca Universitária Freitas Bastos, 1969. In VITRAL, Waldir. Manual de Direito Marítimo. São Paulo: José Bushatsky, 1997, p. 170.

⁸ VITRAL, Waldir. Manual de Direito Marítimo. São Paulo: José Bushatsky, 1997, p. 171.

⁹ SILVA COSTA, José. Direito Marítimo, Fluvial e Aéreo, ed. 1935. In VITRAL, Waldir. Manual de Direito Marítimo. São Paulo: José Bushatsky, 1997, p. 171.

Vale ainda a ressalva de que ainda que exista jurisprudência no sentido de que incidiria o imposto ocorrendo o transporte na extensão do mar territorial, o raciocínio não procede em relação aos contratos de transporte internacional, em razão de sua impossibilidade de desmembramento. Nesse sentido, Carvalho¹⁰, em Direito Tributário Linguagem e Método, *in verbis*:

O transporte efetuado dentro do território nacional inclui-se, indissociavelmente, no transporte internacional, não podendo ser considerado isoladamente para fins de tributação pelo Imposto sobre Operações de Circulação Mercadoria e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação de Qualquer Natureza—ICMS.

Diante do exposto, chega-se as seguintes conclusões:

O contrato de afretamento marítimo é aquele em que o armador cede o uso do navio a outra pessoa para empreender viagem, sendo que na modalidade por tempo, o armador recebe o navio já armado e equipado e na modalidade por viagem, pode ocorrer de forma total ou parcial;

Em razão do navio ser todo colocado à disposição do afretador, a natureza jurídica de *locação de bem móvel* é mantida no contrato de afretamento por viagem, fretando-se o navio por inteiro, excluindo, assim, a possibilidade de incidência do ICMS e do ISSQN;

Na hipótese parcial do afretamento por viagem, em que o todo do navio não fica à disposição do afretador, poder-se-ia sustentar que, neste caso, a natureza jurídica do contrato assemelha-se mais a de um contrato de transporte de mercadoria, o que ensejaria a incidência do ICMS quando o transporte ocorrer nas áreas interestaduais e intermunicipais ou do ISSQN, se dentro dos limites municipais;

O contrato de transporte internacional não pode ser desmembrado para fins de tributação dentro do território nacional.

Por fim, cumpre atentar que os precedentes no tocante a natureza do contrato de afretamento marítimo são diversos - a incluir aqui também os contratos a casco nu - em que não se tem sequer uma decisão julgada de forma unânime, o que deixa claro, não só a complexidade da matéria ora em análise, mas principalmente o prejuízo

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, p. 760.

em que se encontra o jurisdicionado diante de tamanho hospício jurídico. E é sempre válido lembrar em situações como essa que o “excesso de dispersão jurisprudencial desacredita o Judiciário e decepçiona o jurisdicionado. É um mal para a sociedade”¹¹.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

FALKANGER, Thor; BULL, H. Jacob; BRAUTASET, Lasse. **Scandinavian Maritime Law. The Norwegian Perspective**. 2. ed. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

LACERDA, J.C. Sampaio de. **Curso de Direito Privado da Navegação**. Biblioteca Universitária Freitas Bastos, 1969.

SILVA COSTA, José. **Direito Marítimo, Fluvial e Aéreo**. 1935.

VITRAL, Waldir. **Manual de Direito Marítimo**. São Paulo: José Bushatsky, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.



¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 27.