

PADRÃO DE RESPOSTA

ADVOGADO JÚNIOR

Questão nº 1

O candidato deverá responder que, de acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a exigência do ISS nos contratos de afretamento de embarcações, em qualquer das modalidades mencionadas no enunciado da questão: (i) afretamento a casco nu, (ii) afretamento por tempo e (iii) afretamento por viagem.

É necessário que o candidato demonstre conhecimento acerca das peculiaridades que diferem essas três espécies de afretamento, expondo as razões da ilegalidade da cobrança do tributo em cada uma delas, a exemplo do que foi decidido nos julgamentos do REsp nº 792.444 / RJ (DJ de 26/09/2007) e do REsp nº 1.054.144 / RJ (DJe de 09/12/2009), esse último noticiado no Informativo STJ nº 416, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÃO. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA.

1. Nos termos do art. 2º da Lei 9.432/97, afretamento a casco nu é o "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". Afretamento por tempo é o "contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado" e afretamento por viagem é o "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".

2. No que se refere à primeira espécie — afretamento a casco nu —, na qual se cede apenas o uso da embarcação, a Segunda Turma/STJ, ao apreciar o REsp 792.444/RJ (Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 26.9.2007), entendeu que "para efeitos tributários, os navios devem ser considerados como bens móveis, sob pena de desvirtuarem-se institutos de Direito Privado, o que é expressamente vedado pelo art. 110 do CTN". E levando em consideração a orientação do STF no sentido de que é inconstitucional a incidência do ISS sobre a locação de bens móveis (RE 116.121/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 25.5.2001), concluiu no sentido de que é ilegítima a incidência do ISS em relação ao afretamento a casco nu. De fato, no contrato em comento há mera locação da embarcação sem prestação de serviço, o que não constitui fato gerador do ISS.

3. 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 (REsp 222.246/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 4.9.2000; REsp 189.225/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 4.9.2001).

4. Por tais razões, mostra-se ilegítima a incidência do ISS sobre o contrato de afretamento de embarcação, em relação às três espécies examinadas.

5. Recurso especial provido."

(valor: 10,0 pontos)

PADRÃO DE RESPOSTA

ADVOGADO JÚNIOR

Questão nº 2

Exige-se do candidato demonstrar, em forma de parecer, o conhecimento acerca das questões constitucionais envolvidas na instituição de regime licitatório simplificado para a PETROBRAS, abordando:

- as alterações no texto constitucional introduzidas pela Emenda Constitucional nº 09/95, que flexibilizou o monopólio do petróleo, passando a PETROBRAS a explorar sua atividade econômica em regime de livre competição com agentes privados (art. 177, CF), pressupondo igualdade de condições entre agentes econômicos concorrentes;
- o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 e as alterações nos artigos 22, XXVII, e 173, §1º, inciso III, ambos da CF/88, que deixaram evidente a distinção da legislação de licitações aplicável às administrações diretas, autarquias e fundações públicas daquela aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, como a PETROBRAS;
- a submissão aos princípios da administração pública (art. 37, CF) no regime licitatório próprio das sociedades de economia mista e a exigência de lei que estabeleça o seu estatuto jurídico, dispondo sobre o seu regime licitatório próprio (art. 173, §1º, inciso III, CF/88);
- o papel do artigo 67 da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) e do Decreto nº 2.745/98;
- a validade do aludido Decreto como regulamento autônomo sobre organização e funcionamento da Administração, na forma do artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da CF/88 (EC nº 32/2001), ou como regulamento de execução do artigo 67 da Lei do Petróleo;
- se a disciplina das licitações estaria sujeita à reserva de lei formal ou à reserva absoluta de lei que invalide a aplicação do Decreto nº 2.745/98;
- a existência de decisões, todas em sede liminar, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, afastando o entendimento do TCU de que seria inconstitucional o regime simplificado estabelecido pelo Decreto nº 2.745/98, conforme decidido nos Mandados de Segurança nºs 25.888, 25.986, 26.783, 26.808, 27.232, 27.337, 27.344, 27.743, entre outros.

(valor: 10,0 pontos)