



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 15586.720519/2016-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-004.788 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de setembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ORGAO DE GESTAO DE MAO-DE-OBRA DO TRAB.PORTUARIO AVULSO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2014

TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A RECEITA BRUTA. QUALIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. LOCAL ONDE EXERCE SUAS ATIVIDADES.

Na hipótese de contribuição previdenciária sobre a receita bruta a Lei nº 12.546/2011 não exigiu, no seu artigo 8º, § 3º, inciso XIII, que o contribuinte seja um porto organizado, mas sim que ele exerça as atividades de carga, descarga e armazenagem de containeres em portos organizados. Hipótese na qual a leitura equivocada do dispositivo exigiria uma especial condição do sujeito passivo, exigência esta não abrangida pela Lei.

A exigência de que as atividades de carga e descarga e armazenagem de containeres em portos organizados não é determinada pelo regime jurídico administrativo a que se submete o particular na execução indireta do serviço de transporte aquaviário, mas sim no entendimento que se tem, de forma pública, quanto à própria existência do porto organizado.

É desnecessário ao conceito de “porto organizado” a dimensão e complexidade das estruturas portuárias nas quais o contribuinte exerce as atividades de carga e descarga e armazenagem de containeres, a partir do efetivo e público reconhecimento pelo Poder Público Federal da existência do porto organizado como tal.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto, José Ricardo Moreira (suplente convocado), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto e Ronnie Soares Anderson.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos autos do processo nº 15586.720519/2016-17, em face do acórdão nº 01-34.139, julgado pela 4ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém (DRJ/BEL), na sessão de julgamento de 27 de abril de 2017, no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de origem, que assim relatou os fatos:

“Trata-se de processo administrativo formalizado em decorrência de lançamento de contribuições previdenciárias patronais relacionadas a fatos geradores ocorridos entre 01/2014 a 12/2014 no valor original de R\$ 7.956.318,25, além de multa nos termos do art. 44, inc. I da Lei nº 9.430/1996 e demais acréscimos legais previstos na legislação.

O objeto da ação fiscal foi o Órgão de Gestão de Mão de Obra do Trabalho Portuário Avulso do Espírito Santo (OGMO-ES), entidade sem fins lucrativos equiparada à empresa, considerada de utilidade pública e responsável por desenvolver atividades de organização associativa profissional.

De acordo com o relatório de fls. 13 a 25, durante o período fiscalizado, o OGMO-ES teria efetuado a desoneração das folhas de pagamentos relativas à empresa Portocel – Terminal Especializado de Barra do Riacho S.A., CNPJ 28.497.394/0001-54 sob alegação de que a empresa Portocel estaria sujeita ao recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva, incidente sobre receita bruta, conforme previsão do art. 8º, §3º, inc. XIII da Lei nº 12.546/2011.

Em observação aos arts. 124 e 125 da Lei nº 5.172/1996 (Código Tributário Nacional), em conjunto com o art. 2º, §4º da Lei nº 9.179/1998, foi atribuída responsabilidade solidária à empresa Portocel – Terminal Especializado de Barra do Riacho S.A., CNPJ 28.497.394/0001-54.

No entendimento da fiscalização, ao se considerar enquadrada como sujeita ao recolhimento da Contribuição Previdenciária

sobre a Receita Bruta, a Portocel não teria observado um dos requisitos obrigatórios previstos no inc. XIII do art. 8º da Lei nº 12.546/2011 vigente à época e transcrito a seguir: o de ser um porto organizado.

Art. 8º Poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto no 7.660, de 23 de dezembro de 2011, nos códigos referidos no Anexo I.

(...)

XIII - que realizam operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres em portos organizados, enquadradas nas classes 5212-5 e 5231-1 da CNAE 2.0; (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

Intimada a comprovar ser, de fato, um porto organizado, a Portocel apresentou a Portaria nº 1.034/1993 através da qual o então Ministro de Estado dos Transportes estabeleceu os limites relativos à área do porto organizado de Barra do Riacho.

Ainda de acordo com o relatório, pelo fato de ser um Terminal Portuário de Uso Privativo (TUP) e não um Porto Organizado, a Portocel não estaria sujeita ao recolhimento da contribuição patronal na forma substitutiva (receita bruta) e sim nos termos dos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 (folha de pagamento).

Diante do exposto, a autoridade fiscal utilizou como base de cálculo as informações relativas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social transmitidas pela autuada para apurar a contribuição previdenciária patronal em questão.

Após o recebimento do Auto de Infração, o sujeito passivo não se manifestou. Entretanto, a responsável solidária Portocel apresentou a impugnação de fls. 210 a 234 utilizando-se, em síntese, dos seguintes argumentos:

- Solicita o recebimento da impugnação mediante atendimento presencial tendo em vista a impossibilidade de sua apresentação no formato digital devido à indisponibilidade do sistema Programa Gerador de Solicitação de Juntada de Documentos (PGS);*
- Entende que se enquadraria na previsão legal de efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária sobre receita bruta pois, durante o período analisado, exercia atividades relacionadas a operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres, estava corretamente enquadrada no código de*

Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) nº 5212-5 e localizava-se dentro de área de porto organizado;

• Defende que, de fato, não pode ser classificada como bem público, mas, por estar localizada dentro da área de porto organizado, que possui as mesmas prerrogativas atribuídas aos portos organizados, principalmente em relação ao recolhimento da contribuição social substitutiva.

• Argumenta que a Portaria nº 1.034/1993 estabeleceu os limites relativos à área do porto organizado de Barra do Riacho vinculando as partes envolvidas, que o fato de atuar dentro de área de porto organizado autorizaria a empresa a efetuar o recolhimento da contribuição social sobre a receita bruta e que a mudança desse entendimento afrontaria os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica.

• Questiona “o suposto critério espacial que a Autoridade Fiscal pretendeu instituir no presente caso, com base na referência do mencionado inciso XIII à expressão “em portos organizados”, não é um critério válido utilizado pelo legislador, de forma que não se pode retirar dessa expressão o intuito de se restringir territorialmente a desoneração ali tratada às operações realizadas apenas em “portos organizados”.

• Informa que o legislador procurou vincular a desoneração da folha de pagamento ao conceito amplo de atividade portuária com o objetivo de fomentar a competitividade externa e, sendo assim, não teria sentido atribuir privilégios unicamente às operações realizadas por portos organizados. Defende que o termo “porto organizado” deve ser interpretado dentro do contexto exposto e não através da simplicidade do termo.

• Subsidiariamente, solicita que seja afastada a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício sob alegação de que a legislação determina a sua aplicação apenas ao valor principal e não às penalidades.

A DRJ de origem julgou pela improcedência da impugnação. Inconformada, a responsável solidária Portocel apresentou Recurso Voluntário em fl. 365 (Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável), reiterando as alegações expostas em impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Sustenta a recorrente que o artigo 8º, §3º, inciso XIII, da Lei nº 12.546/2011 conferiu o direito de recolher a CPRB às “EMPRESAS (...) que realizam operações de carga,

descarga e armazenagem de contêineres EM portos organizados” (redação decorrente da união entre o §3º do artigo 8º e o inciso XIII que o complementou).

Assim, defende que deve haver uma interpretação eminentemente literal, aduzindo que tal direito foi outorgado a quaisquer empresas que realizassem essas operações dentro de um porto organizado, não se fazendo a exigência específica de que tais empresas fossem, necessariamente, portos organizados. Caso contrário, a expressão “operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres em portos organizados” daria lugar a outras como, por exemplo, operações realizadas “por” portos organizados ou por empresas “na condição de” portos organizados.

Para corroborar seus argumentos, a contribuinte apresenta em memoriais cópia do acórdão DRJ nº 14-66.815, da 12ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, proferido na sessão de 13 de junho de 2017, onde a recorrente (que aqui apresenta recurso na condição de responsável solidária) – PORTOCEL – obteve procedência em sua impugnação, por unanimidade. O processo administrativo fiscal é o de nº 15586.720505/2016-01, o qual encontra-se atualmente neste Colegiado para apreciação de Recurso de Ofício, aguardando distribuição. Haja vista que concordo com os fundamentos do voto existente no acórdão da DRJ nº 14-66.815, transcrevo-o, em parte, adotando tais razões como minhas razões de decidir:

"DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA

Basicamente, nos termos do Relatório Fiscal, o lançamento se fundamenta no fato do contribuinte não ser considerado como porto organizado e, por este motivo, não poder optar pelo regime de recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva, apurada a partir da sua receita bruta, conforme autoriza o artigo 8º, § 3º, inciso XIII da Lei nº 12.546/2011, em vigor ao tempo da ocorrência dos fatos geradores (01 a 12/2014). A conclusão da fiscalização se ampara nas seguintes teses:

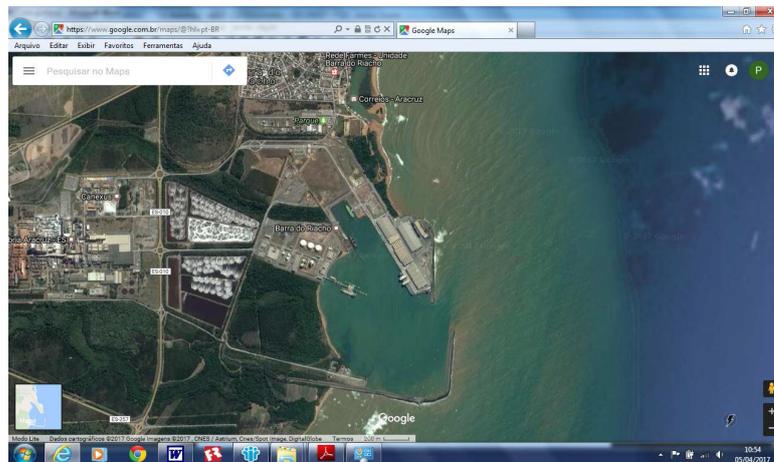
- a) a Portaria nº 1.034/93 não define o porto organizado, mas apenas delimita a área de porto organizado de Barra do Riacho;*
- b) a Lei nº 12.815/2013 distingue os conceitos de porto organizado, área de porto organizado e Terminal de Uso Privado – TUP;*
- c) porto organizado é bem público, enquanto a área de porto organizado é área delimitada pelo Poder Público; Terminal de Uso Privado – TUP é instalação portuária localizada fora da área do porto organizado;*
- d) o Terminal de Uso Privado – TUP é uma instalação privada ou pública não integrante do patrimônio público, e sua implantação dentro do porto organizado somente é possível ao titular do domínio útil do terreno (Resolução ANTAQ nº 517, artigos 2º e 3º); e,*
- e) os portos e o TUP possuem distinção de tratamento administrativo, no que pertine à forma de contrato*

(arrendamento ou adesão), remuneração pelo contrato, prazo determinado, forma de outorga da execução do serviço (concessão ou autorização), exigibilidade ou dispensa de licitação, contratação de mão de obra e reversibilidade de ativos.

Em vista disto, passo a analisar a questão. Princípio a abordagem da matéria situando a controvérsia sob o ponto de vista geo-espacial. Com efeito, por uma análise inicial, nota-se que a questão não pode simplesmente ser resolvida à luz de conceitos formais, mas, ao revés, envolve questões mais abrangentes, como a própria história da região de Barra do Riacho e peculiaridades atinentes aos contornos de georrefenciamento da área. Assim, considerando que esta DRJ é localizada em Ribeirão Preto e não se dispõe de formas para a verificação in loco, adoto como elemento de convicção as resultantes tecnológicas disponíveis na internet para compreender a questão discutida. Vejamo-la.

Inicialmente, trago à colação fotos do sistema Google Maps da área de Barra do Riacho, no município de Aracruz, Estado do Espírito Santo.

Foto 1 – Visão geral da área:



Esta foto demonstra a área sobre a qual se discute no lançamento. Nota-se que não há uma estrutura tão complexa como aquela que se verifica em outros portos do país (por exemplo, porto de Vitória). Há, e isto fica fácil de se notar, uma área de ancoragem que se situa em uma espécie de baía da costa marítima, onde os navios devam penetrar para fins de atracamento no cais.

Continuando.

Foto 2 – Aproximação, identificação do TUP TABR:

Processo nº 15586.720519/2016-17
Acórdão n.º 2202-004.788

S2-C2T2
Fl. 403



Esta foto demonstra com exatidão a área, e o próprio movimento de atracamento dos navios no que se chama Terminal de Uso Privado – TUB da BR Distribuidora, empresa ligada à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A. Note-se que o TUPBR tem sua entrada na face que se volta à terra (Fotos 3, infra), enquanto seu cais de atracamento se encontra na baía marítima.

Foto 3 – Frente do TUP TABR:



Foto 4 - Aproximação, identificação do TUP Portocel:

Processo nº 15586.720519/2016-17
Acórdão n.º 2202-004.788

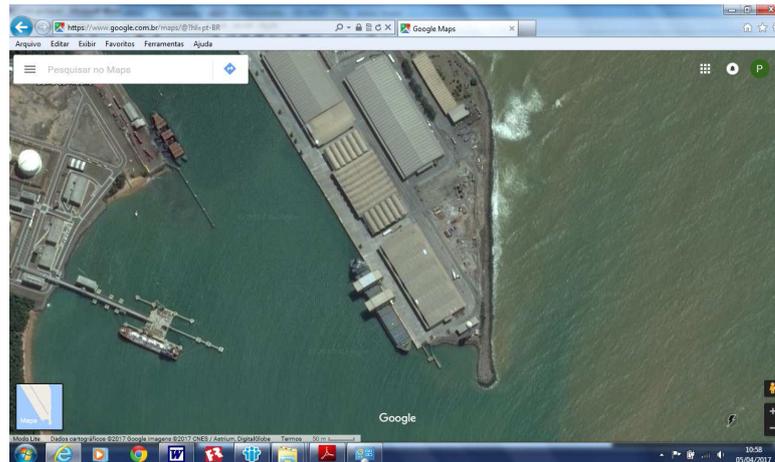
S2-C2T2
Fl. 404



No que tange ao Terminal de Uso Privado – TUP da Portocel, veja-se que a sua guarita de entrada (Foto 5, infra) encontra-se ao norte da baía. Uma vez ingressado na área, o fluxo de carga se dirige diretamente a sudeste em direção aos armazéns que se situam à margem dos cais de atracamento marítimo.

Foto 5 - Frente do TUP Portocel:





O grupo de fotos denominado “Foto 6” demonstra a coexistência de armazéns de responsabilidade da Portocel, bem assim a existência de cais, na parte interna da baía, onde os navios atracam para fins de carga e descarga.

Pois bem, o conjunto das fotos acima (1 a 6) demonstram que a área considerada possui apenas dois pontos de escoamento marítimo, um pertencente ao Terminal de Uso Privado da BR Distribuidora e outro do Terminal de Uso Privado da Portocel, cada qual deles com um cais específico. Assim, não se pode negar que o contribuinte Portocel, de fato exerce suas atividades de carga, descarga e armazenagem na área perfeitamente identificada acima. Esta é a primeira constatação, em relação à qual, ao que indica o Relatório Fiscal, não há controvérsia.

Em termos de uma demarcação geográfica da área de porto organizado, a Portaria MT nº 1.034, de 20/12/1993 (DOU de 22/12/1993, edição nº 243 – Seção I) assim se posicionou sobre o tema:

Art. 1o. A área do porto organizado de Barra do Riacho, no estado do Espírito Santo, é constituída:

a) Pelas instalações portuárias terrestres delimitadas pela poligonal definida pelos vértices das coordenadas geográficas a seguir indicados. Ponto A: latitude de 19o49’24”S, longitude 40o04’20”W; Ponto B: latitude 19o49’24”S, longitude 40o03’00”W; Ponto C: 19o51’30”S, longitude: 40o03’00”W e Ponto D: latitude 19o51’30”S, longitude 40o04’00”W, abrangendo todos os cais, docas, pontes e piers de atracação e de acostagem, armazéns, edificações em geral e vias internas de circulação rodoviárias e ferroviárias e ainda os terrenos ao longo dessas áreas e em suas adjacências pertencentes à União, incorporados ou não ao patrimônio do porto de Barra do Riacho ou sob sua guarda e responsabilidade.

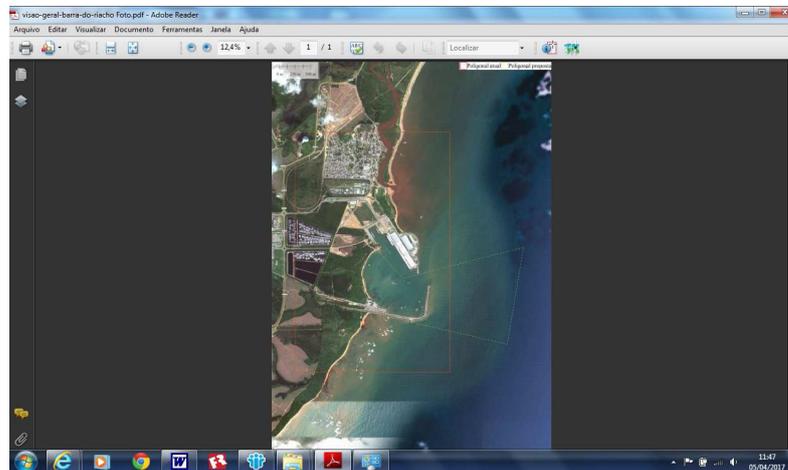
b) Pela infra-estrutura de proteção e acessos aquaviários, compreendendo as áreas de fundeio, bacias de evolução, canal de acesso e áreas adjacentes a este até as margens das instalações terrestres do porto organizado, conforme definido no item “a” desta Portaria, existentes ou que venha a ser construídas e

mantidas pela Administração do Porto ou por outro órgão do Poder Público.

Art. 2o. A Administração do Porto de Barra do Riacho fará a demarcação em planta, da área definida no Art. 1o.

Art. 3o. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Em face destas previsões, em consulta ao Ministério dos Transportes, segmento de portos, consta do link <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/gestao/poligonais/barra-do-riacho/visao-geral-barra-do-riacho.pdf> a seguinte foto relativa às áreas de portos organizados em Barra do Riacho (retângulo em vermelho como área delimitada pela Portaria MT nº 1.034/93 e polígono tracejado em verde como nova área proposta para delimitação do porto organizado, marcações próprias da foto):



Assim, comparando-se as fotos 1 “Visão geral da área” e 6 “Continuação do TUP Portocel – área de cais portuário”, com a foto acima (disponibilizada em <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/gestao/poligonais/barra-do-riacho/visao-geralbarra-do-riacho.pdf>) tem-se que o TUP da Portocel constava integralmente da área demarcada como área de porto organizado nos termos da Portaria MT nº 1.034/93. Realmente, a delimitação poligonal promovida pela Portaria MT nº 1.034/93 abrangia as seguintes instalações: cais, locais de atracação, armazéns, vias internas de circulação rodoviária e os terrenos ao longo destas áreas (letra “a” do artigo 1o.), e acessos aquaviários (letra “b” do artigo 1o.), todas construídas pelo contribuinte desde 1976, quando constituída a empresa Portocel – Terminal Especializado de Barra do Riacho S/A, como uma sociedade de economia mista integrante da Administração Indireta, sob o controle acionário da Empresa de Portos do Brasil S/A (Portobrás). Saliente-se que somente em 1985 o contribuinte sofreu processo de privatização, com a Aracruz Celulose S/A concentrando 51% da participação acionária e a Cenibra (Celulose Nipo-Brasileira S.A), 49%. Em 2009, a partir da fusão da Aracruz com a Votorantin Celulose e Papel, foi

constituída a empresa Fibria, que assumiu o controle acionário de 51% do terminal da Portocel.

Voltando às fotos, ocorre que a área tracejada no polígono verde da foto acima foi objeto de reconhecimento pelo Poder Executivo Federal como a nova área demarcada para fins de Porto Organizado de Barra do Riacho, conforme um de vários Decretos não numerados, emitidos todos com similar conteúdo, em 06 de junho de 2015 que assim se posicionou:

Decreto de 3 de junho de 2015

Define a área do Porto Organizado de Barra do Riacho, Estado do Espírito Santo.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 15 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013,

DECRETA:

Art. 1º A área do Porto Organizado de Barra do Riacho, Estado do Espírito Santo, é constituída:

I - pelas instalações portuárias terrestres na localidade de Barra do Riacho, Município de Aracruz, Estado do Espírito Santo, tais como: edificações em geral, silos, tanques, armazéns, pátios, acessos e vias de circulação, passeios, terrenos, abrangidos pela poligonal da área do porto organizado, sob guarda ou responsabilidade do Porto, incorporados ou não ao seu patrimônio; e

II - pela infraestrutura de acessos aquaviários, de proteção e de acostagem, nelas compreendidas, entre outras, bacias de evolução, áreas de fundeio, canais de acesso, molhes, quebra-mares, guias correntes, espigões, cais, pontes, píeres de atracação, dolphins, sistemas de amarração, de balizamento e de sinalização e áreas adjacentes a estas infraestruturas, abrangidas pela poligonal do porto organizado, que sejam administradas e mantidas pelo Porto.

Art. 2º A área do Porto Organizado de Barra do Riacho tem sua poligonal definida pelos vértices cujas coordenadas georreferenciadas estão discriminadas no Anexo.

Art. 3º A Administração do Porto deverá manter atualizada a demarcação em planta da poligonal da área definida no art. 2º.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de junho de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

Em vista desta alteração feita pelo Poder Executivo, pode-se concluir que sob o ponto de vista geo-espacial, o Terminal de Uso Privado do contribuinte passou, efetivamente, a situar-se

fora da área de porto organizado de Barra do Riacho/ES a partir de 03 de junho de 2015, até então integrando esta área. Esta alteração, contudo, não projeta efeitos ao passado, produzindo efeitos materiais e jurídicos somente a partir de 04/06/2015.

Portanto, é claro que o contribuinte, no período dos fatos geradores (01 a 12/2014), permaneceu como parte integrante da área de porto organizado. Fixada esta premissa, vejamos os conceitos da legislação.

Em 05 de junho de 2013, antes, portanto, da ocorrência dos fatos geradores, foi promulgada e publicada a Lei nº 12.815, marco regulatório do setor de transportes marítimos. Trouxe os seguintes conceitos:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

Dos conceitos acima, pode-se extrair que a área do porto organizado consiste numa extensão bem maior e mais abrangente do que a própria existência do porto organizado. Este último, pelo que indica a definição legal, é somente a instalação física e restrita às edificações inerentes à movimentação de passageiros e movimentação e armazenagem de mercadorias, estando submetido à jurisdição de autoridade portuária. A área do porto organizado, por outro lado, abrange todas as instalações periféricas que não se destinem, especificamente, à navegação, movimentação de pessoas e movimentação e armazenagem de mercadorias. A partir destes dois conceitos outros dois se tornam relevantes: a instalação portuária como uma instalação utilizada na movimentação de passageiros e/ou cargas, que pode estar dentro ou fora da área e porto organizado; e o terminal de uso privado, como uma espécie de instalação portuária que se localiza necessariamente fora da área de porto organizado.

Já com estes conceitos, pode-se iniciar a apreciação da situação posta nos autos.

Se o Terminal de Uso Privado – TUP, nos termos do artigo 2º., inciso IV da Lei nº 12.815/2013, é uma espécie de instalação portuária que se localiza necessariamente fora da área de porto organizado e o TUP da Portocel, até antes da delimitação feita pelo Decreto sem número de 03/06/2015, estava dentro da área delimitada como área de porto organizado pela Portaria MT nº 1.034/1993, conforme mostra a foto comparativa de delimitação de áreas acima colacionada, é evidente que o “TUP” da Portocel não pode ser simplesmente considerado como Terminal de Uso Privado – TUP, mas, no mínimo, como instalação portuária, porque a área até então demarcada como área de porto organizado, de fato, abrangia a totalidade das suas instalações, seja guarita de acesso, vias de circulação, armazéns, cais etc.

Assim, limitar a condição do sujeito passivo como mero Terminal de Uso Privado – TUP no período anterior a 03/06/2015 e, de conseqüente, extrair efeitos legais desta definição não é razoável, pois, como visto, o contribuinte deveria ser considerado, no mínimo, como instalação portuária em área de porto organizado devidamente demarcada pela autoridade federal (Portaria do Ministério dos Transportes). Atualmente, isto é, após a nova demarcação da área de porto organizado promovida pelo Decreto sem número de 03/06/2015 é evidente que o contribuinte está fora da área de porto organizado, de forma que deve sim ser considerado como um Terminal de Uso Privado – TUP.

Mas, em relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 2014, penso que a questão não pode ser decidida apenas pela correlação do critério legal com a dimensão geoespacial, consistente na localização do TUP da Portocel. Ao contrário, permito-me ampliar a discussão da questão e o faço a partir de uma abordagem histórica.

Com efeito, consultando o site da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, autarquia com função regulatória vinculada ao Ministério dos Transportes, criada pela Lei nº 10.233, de 05/06/2001, especificamente no link (<http://observatorioantaq.info/index.php/2016/06/05/barra-do-riacho>), pode-se colher o arrazoado que se segue:

A história do Porto de Barra do Riacho se confunde com o histórico dos terminais de uso privado (TUP) que se localizam dentro da área do porto organizado de Barra do Riacho.

Os estudos preliminares para a criação de um terminal especializado para o embarque de celulose são de autoria da empresa Aracruz Celulose S.A e datam o ano de 1973. A praia das Conchas, próxima à Barra do Riacho, fora apontada como o local com as melhores condições para a construção do terminal portuário. Em 1973, iniciaram-se os estudos de viabilidade técnica e econômica do terminal e, no ano seguinte, o projeto foi

submetido ao Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN), incluindo a concepção básica do terminal constituído por dois molhes e um berço de atracação, que seriam construídos.

Em 3 de maio de 1974, o DNPVN autorizou, através da Resolução nº 1.107/74, à Aracruz Celulose S.A. a construção e utilização de um terminal portuário de uso privativo (atualmente denominado terminal de uso privado, em função na nova lei dos portos no. 12.815), destinado ao embarque de celulose e descarga de insumos necessários à sua fabricação. Durante as negociações para obtenção de recursos junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ocorreu a mudança na concepção da construção do terminal privado para um porto de múltiplo uso.

Em 1976, foi celebrado um acordo entre a Empresa de Portos do Brasil S.A. (PORTOBRÁS) – antigo DNPVN –, o BNDES, a Companhia Vale do Rio Doce e a Aracruz Celulose S.A. que regulamentava as responsabilidades de cada uma das partes envolvidas. No mesmo ano, foi realizada a Assembleia Geral que constituiu a empresa Portocel – Terminal Especializado de Barra do Riacho S.A., uma sociedade de economia mista sob o controle acionário da PORTOBRÁS para conduzir a construção do terminal.

... omissis ...

A denominação do Portocel – Porto Especializado de Barra do Riacho S.A foi alterada para Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA), através do Decreto nº 87.560 de 9 de setembro de 1982, com a PORTOBRÁS mantendo o controle acionário da CODESA. O mesmo Decreto também atribuiu à CODESA a administração e exploração comercial dos portos de Vitória e Capuaba. Em 1985, de acordo com o Diário Oficial da União de 22 de agosto de 1985, p. 37 seção I, a Portocel foi privatizada, com a Aracruz Celulose S.A. concentrando 51% da participação acionária e a Cenibra (Celulose Nipo-Brasileira S.A), 49%. Em 2009, a partir da fusão da Aracruz com a Votorantin Celulose e Papel, foi constituída a empresa Fibria, que assumiu o controle acionário de 51% do terminal da Portocel.

O texto transcrito, e especialmente os destaques feitos por este Relator, demonstram que não se trata de uma empresa que foi constituída para a prestação de um serviço específico dentro de uma estrutura pré-determinada relativa ao transporte aquaviário, mas, ao contrário, a construção do porto de Barra do Riacho é resultado da própria existência da empresa que antecedeu o contribuinte, ou seja, o terminal portuário se fez necessário para o escoamento pontual da produção de celulose (Portocel) e do Gás Liquefeito de Petróleo – GLP (Terminal Aquaviário de Barra do Riacho – TABR).

Assim, de início já se pode concluir que a questão posta nos autos em testilha sobre entender como cabível a contribuição

substitutiva sobre a receita bruta não pode estar restrita a uma mera análise conceitual.

Pois bem, continua o mesmo artigo citado:

2. Localização e Administração

O Porto Organizado de Barra do Riacho, administrado pela Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA), está localizado no município de Aracruz, litoral norte do estado do Espírito Santo, a 55 km ao norte do Porto de Vitória.

A poligonal do Porto de Barra do Riacho possui uma área pública disponível para arrendamento (área *greenfield*) – não possuindo cais público -, e outras duas áreas ocupadas por terminais de uso privado (TUPs): o Terminal Aquaviário de Barra do Riacho (TARB), de propriedade da Petrobrás S.A. com área aproximada de 348.382 m², e o Terminal da Portocel – Terminal Especializado de Barra do Riacho S.A, administrado pela Fibria e pela empresa Celulose Nipo-Brasileira (Cenibra).

Ora, é evidente que a própria ANTAQ, repita-se, a agência regulatória do setor de transportes aquaviários, reconhece publicamente que:

- a) Existe o “Porto Organizado de Barra do Riacho”, administrado pela Companhia Docas do Espírito Santos (CODESA), como autoridade portuária;*
- b) A área do porto organizado abrange as áreas públicas e as áreas nas quais se situam os Terminais de Uso Privado – TUPS, tanto o TABR como o Portocel; e,*
- c) Não há cais público.*

A fiscalização invoca a Portaria MT nº 1.034/93, em seu artigo 1o, afirmando que este ato somente “delimita a área de porto organizado de Barra do riacho”. A seguir, traz as disposições conceituais previstas na Lei nº 12.815/13, fazendo-o no seguinte sentido:

4.2.1- Inicialmente devemos definir o que seja Porto Organizado, Área do Porto Organizado e Terminal de Uso Privado. A Lei nº 12.815 de 05/06/2013 nos define de forma bem clara o que são, a saber:

LEI Nº 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013.

... omissis ...

Art. 2o. Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

4.2.1.1 - Podemos observar claramente que porto organizado é o bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, enquanto área do porto organizado é a área delimitada por ato do Poder Executivo, compreendendo as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado e finalmente terminal de uso privado é a instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado.

4.2.1.2- Podemos observar ainda que Terminal de Uso Privativo – TUP, segundo a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, criada pela Lei nº 10.233/2001 e instalada em 17 de fevereiro de 2002, são instalações construídas ou a ser implantadas por instituições privadas ou públicas, não integrante do patrimônio do porto público, para a movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ao transporte aquaviário ou provenientes dele, sempre observando que somente será admitida a implantação do terminal dentro da área do porto organizado quando o interessado possuir o domínio útil do terreno, conforme esclarece a Resolução nº 517- ANTAQ, de 18 de outubro de 2005, a saber:

RESOLUÇÃO Nº 517-ANTAQ, DE 18 DE OUTUBRO DE 2005. APROVA A NORMA PARA OUTORGA DE AUTORIZAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO, A EXPLORAÇÃO E A AMPLIAÇÃO DE TERMINAL PORTUÁRIO DE USO PRIVATIVO.

CAPÍTULO II

... omissis..

4.2.1.3- Em relação aos atos normativos inerentes ao Terminal Especializado de Barra do Riacho S/A – Portocel, além dos já citados, destacamos os seguintes:

✓ Resolução nº 517- ANTAQ de 18/10/2005 - Aprova norma para Outorga de Autorização para Construção, Exploração e Ampliação de Terminal portuário de Uso Privativo (Anexo II);

✓ Termo de Autorização nº 318-ANTAQ de 26/01/2007 e nº 850-ANTAQ de 14/08/2007- Autorização de Outorga para exploração do Terminal Portuário de Uso Privativo, na

modalidade uso misto, denominado PORTOCEL-TERMINAL ESPECIALIZADO DE BARRA DO RIACHO S/A (Anexo III);

✓ Resolução nº 3.648-ANTAQ de 19/04/2014- Aprova a Adaptação do Contrato de Adesão MT/DPH nº 042 de 14/11/1995, ratificado pelo Termo de Autorização nº 318-ANTAQ de 26/01/2207 e nº 850-ANTAQ de 14/08/2007 (Anexo IV);

✓ Contrato de Adesão nº 106-ANTAQ de 21/03/2016- Escopo de Adequar o Contrato de Adesão MT/DPH nº 042 de 14/11/1995 à Lei 12.815 de 05/06/2013 (Anexo V).

E conclui:

4.2.2- Em virtude de todo o aparato legal aqui já transcrito e destacado, podemos sem dúvida afirmar que a PORTOCEL-TERMINAL ESPECIALIZADO DE BARRA DO RIACHO S/A não é um Porto Organizado, senão vejamos:

✓ Porto tem que possuir Contrato de Arrendamento, enquanto TUP (Terminal de Uso Privado) possui Contrato de Adesão;

✓ O Ato Administrativo para funcionamento de um Porto é a Concessão, enquanto TUP (Terminal de Uso Privado) é a Autorização.

✓ O Porto tem exigência legal de ser licitado, enquanto TUP (Terminal de Uso Privado) não passa por esta esteira;

✓ O Porto tem exigência de pagamento pelo Arrendamento, enquanto TUP (Terminal de Uso Privado) não há essa exigência;

Em vista do exposto, conclui-se que a fiscalização adota conceitos e qualificações relativas a regime jurídico administrativo para determinar se o contribuinte pode ou não optar pelo regime de contribuição substitutivo em relação à sua receita bruta. No entanto, penso ser equivocado este entendimento.

Em primeiro lugar, a partir da constatação das fotos da área delimitada é fato que o contribuinte sempre esteve enquadrado como parte integrante da área de porto organizado, conforme área delimitada pelos aspectos geodésicos constantes da Portaria MT nº 1.034, de 20/12/1993. Somente pelo Decreto sem número de 03/06/2015 é que, em função de nova delimitação de área, passou a estar fora da área de porto organizado e, portanto, reconhecido como um Terminal de Uso Privado - TUP.

Em segundo lugar, penso que a forma pela qual se desenvolve o regime de prestação indireta do serviço de transporte aquaviário, se por concessão ou autorização, é absolutamente irrelevante à questão tributária. Aliás, sob este ponto de vista, a natureza do ato de outorga da execução do serviço é questão há muito superada na doutrina administrativa que não mais se prende à nomenclatura do ato, mas sim aos seus efeitos.

De qualquer forma, à hipótese de incidência tributária, especificamente o artigo 8o, § 3o, inciso XIII da Lei nº 12.546/2011, é desprovido de qualquer importância se o serviço foi outorgado ao contribuinte por concessão, permissão ou autorização, consistindo exigência desarrazoada da fiscalização os argumentos neste sentido.

Em terceiro lugar, e ainda em atenção aos aspectos do regime administrativo, nos quais tanto se apegou a fiscalização, a distinção de conceitos entre o porto organizado e a área do porto organizado nada mais é do que a natural diferença entre aspectos de conteúdo e continente, isto é, o porto organizado, como bem público que é, naturalmente, se insere na área de porto organizado; esta, evidentemente, não contempla somente o próprio porto organizado, mas outras, principalmente as instalações portuárias, enquanto aquelas instalações localizadas dentro ou fora da área do porto organizado e utilizadas em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário (artigo 2o, inciso III, da Lei nº 12.815/2013).

Em quarto lugar, o tipo de contrato (arrendamento ou adesão), o cabimento ou não de remuneração, a obrigatoriedade ou não de contratação de mão de obra, e a reversibilidade ou não de ativos são aspectos inerentes ao regime jurídico peculiar à execução indireta do serviço público ao particular, não produzindo qualquer efeito na área tributária.

O que é importante para a questão dos autos, como já frisei, é que até 03/06/2015 (data do decreto sem número que alterou a área do porto organizado) o contribuinte poderia ser considerado sim como parte integrante do porto organizado porque se situava na área de porto organizado, o mesmo não ocorrendo a partir de 04/06/2015, passando então a ser

considerado, de fato e de direito, como Terminal de Uso Privativo – TUP, consistindo esta conclusão uma premissa fundamental à apreciação do lançamento.

Em seu site, o contribuinte assim se identifica frente ao mercado:

Quem Somos

O Terminal Especializado de Barra do Riacho - Portocel - é o único porto do Brasil especializado no embarque de celulose.

Está preparado para receber navios continuamente, com capacidade de embarque anual de 7.500.000 toneladas de celulose.

O porto é de propriedade conjunta da Fibria (51%) e da Cenibra (49%), duas das maiores empresas produtoras de celulose no Brasil.

Localização e Acessos

Portocel está situada em Barra do Riacho, município de Aracruz, litoral norte do estado do Espírito Santo, 30 milhas náuticas (70 Km) ao norte do porto de Vitória, ao qual está jurisdicionado.

As instalações principais do terminal estão localizadas dentro da área do Porto Organizado de Barra do Riacho, compreendida entre dois molhes de abrigo, distantes 4,3 km da fábrica da Fibria S.A.

Coordenadas geográficas: Latitude: 19°50'05"S e Longitude: 40°03'00"W

Particularmente, entendo que o fato do contribuinte adotar a expressão “porto” não conduz inexoravelmente à conclusão de que seja ele um porto organizado. Mas, ao contrário, como frisado alhures, pelo fato de em Barra do Riacho não haver um cais público, mas somente os cais pertencentes aos TUP, e dentre estes o do contribuinte (Portocel), como reconhecido pela próprio ANTAQ, as palavras do contribuinte ressoam de forma convincente à realidade dos fatos. Novamente cito:

2. Localização e Administração

O Porto Organizado de Barra do Riacho, administrado pela Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA), está localizado no município de Aracruz, litoral norte do estado do Espírito Santo, a 55 km ao norte do Porto de Vitória.

A poligonal do Porto de Barra do Riacho possui uma área pública disponível para arrendamento (área greenfield) – não possuindo cais público -, e outras duas áreas ocupadas por terminais de uso privado (TUPs): o Terminal Aquaviário de Barra do Riacho (TARB), de propriedade da Petrobrás S.A. com área aproximada de 348.382 m², e o Terminal da Portocel – Terminal Especializado de Barra do Riacho S.A, administrado pela Fibria e pela empresa Celulose Nipo-Brasileira (Cenibra).

Segundo a Wikipedia – a enciclopédia livre (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Cais>):

Um cais (...) é uma estrutura, geralmente uma plataforma fixa em estacas, ou região à beira da água, na borda de uma abra ou de um porto, onde barcos podem atracar e aportar para carregar e descarregar carga e passageiros. Inclui atracadouros (local para amarras) e pode também incluir píeres, armazéns e outros equipamentos necessários para manipular barcos.

Um cais é também um nível mais alto, ou calçada, geralmente recoberto de pedras, ao longo de um rio ou canal, ou a avenida que passa ao longo dessas calçadas.

Como se viu as fotos 1 e 6, constantes do início deste Voto, são taxativas em demonstrar que o contribuinte não possui propriamente um “porto” mas sim um cais na área de porto autorizado. Veja-se, em confirmação da tese, as afirmações feitas pela ANTAQ no documento facilmente encontrado no link

<http://observatorioantaq.info/index.php/2016/06/05/barra-do-riacho>:

6. Instalações

Instalações de Acostagem

O porto público de Barra do Riacho não possui instalações de acostagem, mas dispõe de área destinada para a construção de um cais. As instalações existentes pertencem ao TUP Portocel e ao TUP Terminal Aquaviário de Barra do Riacho.

Instalações de Armazenagem

O porto público de Barra do Riacho não possui de instalações de armazenagem.

As instalações existentes pertencem ao TUP Portocel e ao TUP Terminal Aquaviário de Barra do Riacho.

E, ainda, consultando-se a Wikipedia quanto ao “Porto de Barra do Riacho, eis o teor que nos retorna o site de consulta:

Porto de Barra do Riacho

Área da Portocel.

O Terminal Especializado da Barra do Riacho, ou Portocel, é um porto marítimo localizado no distrito de Barra do Riacho em Aracruz, Espírito Santo.

O porto é o único especializado no embarque de celulose do Brasil e é de propriedade conjunta da Fibria e da Cenibra, duas das maiores empresas produtoras de celulose no mundo. O Terminal está preparado para receber navios que carregam até 7.500 toneladas de celulose.

É importante destacar que o porto existente na área de Barra do Riacho, em relação à qual se discute o lançamento, não é um porto da magnitude de outros tantos que existem no Brasil. Com efeito, as fotos até agora lançadas neste Voto permitem concluir pela existência de uma estrutura portuária bastante simples. Trata-se, em verdade, de um cais e armazéns, com vias de acesso em terra, situados em uma baía marítima, utilizado pelo contribuinte para o escoamento de sua produção. Assim, em um primeiro momento, analisando a questão unicamente sob o ponto de vista da complexidade das instalações físicas, seria difícil reconhecer o porto de Barra do Riacho como “porto organizado”, tal qual se faz, por exemplo, em relação ao Porto de Vitória. No entanto, apesar da flagrante singeleza do porto de Barra do Riacho, é fato assente nos autos o seu reconhecimento como efetivo “porto organizado”, seja pela legislação, seja pelo conhecimento público sobre o mesmo.

Outro elemento de convicção que trago aos autos diz respeito ao reconhecimento pelo próprio Governo Federal da situação de porto organizado em Barra do Riacho. Com efeito, consultando-

se o endereço <http://www.portosdobrasil.gov.br/sobre-1/consultas-e-audencias-publicas>, em “Poligonais” clicando-se em “Barra do Riacho”, consta link (<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/gestao/poligonais/respostas-e-esclarecimento/respostas-arquivos-em-pdf/documento-respostas-consulta-publica4-ancoras.pdf>) para consulta ao resultado de consulta pública relativa a 17 poligonais definidas por portaria do Ministério dos Transportes. O link remete o internauta a um documento em formato “.pdf”, denominado de “Respostas e esclarecimentos às contribuições recebidas na consulta pública para revisão de poligonais de 17 portos organizados”, elaborado em 29/08/2014 pelas Secretarias de Portos e de Políticas Portuárias, ambas vinculadas à Presidência da República, após a Lei nº 12.815/2013 (marco regulatório do setor de transporte aquaviário). Deste documento pode-se extrair as seguintes informações, todas referentes ao Porto de Barra do Riacho:

Página 11 - contribuição nº 07, de 30/06/2014:

Resumo da Contribuição:

Manifestação de apoio, da Associação Brasileira dos Terminais Portuários (ABTP), sobre a proposta em consulta pública de poligonal para o Porto Organizado de Barra do Riacho.

Página 12 - contribuição nº 08, de 30/06/2014:

Resumo da Contribuição:

Manifestação favorável do Centro Brasileiro dos Exportadores de Rochas Ornamentais sobre a proposta em consulta pública de poligonal para o Porto Organizado de Barra do Riacho.

Página 13 - contribuição nº 10, de 01/07/2014:

Resumo da Contribuição:

Manifestação favorável, da empresa PORTOCEL - Terminal Especializado de Barra do Riacho S.A., sobre a proposta de alteração da poligonal para o Porto Organizado de Barra do Riacho.

Página 17 - contribuição nº 14, de 01/07/2014:

Resumo da Contribuição:

Solicita a revisão de traçado em três pontos especificados em documento anexado à contribuição em que se considera uma interposição com a portaria de acesso do Terminal Portocel, o canal de aproximação dos berços da Portocel e o limite da bacia de evolução do Porto de Barra do Riacho.

Resposta/Esclarecimento:

As sugestões de alteração do traçado da poligonal estão em discussão com a administração do porto.

O desenho final deverá refletir com precisão e clareza os limites de responsabilidades financeiras e de gestão acordados entre os entes públicos e privados usuários das áreas.

Página 18 - contribuição nº 18, de 03/07/2014:

Resumo da Contribuição:

Faz questionamentos a respeito do uso dos molhes de proteção e outras infraestruturas e da retirada do TUP da Portocel da Poligonal do Porto Organizado de Barra do Riacho.

Resposta/Esclarecimento:

A respeito das tarifas, é esperado impacto positivo com as alterações das poligonais, uma vez que possibilitará a ampliação de investimentos que deverá gerar maior movimentação nos portos e nos terminais. As instalações autorizadas, estando elas dentro ou fora da poligonal, continuarão pagando as tarifas de uso dos canais de acesso aquaviários como sempre foi feito. A delimitação dos canais de acesso e demais infraestruturas permitirá maior clareza em relação aos limites de responsabilidade financeira entre o setor público e privado e permitirá, quando houver necessidade, realizar a revisão de acordos de uso de forma mais transparente.

Quanto à exclusão de áreas ou infraestruturas da poligonal de um porto, as antepostas consideraram a situação fática atual. Algumas das áreas e infraestruturas já possuem caráter privado, cabendo às administrações portuárias verificar os procedimentos legais para que o uso dessas áreas e infraestruturas, por terceiros, seja revista.

Esse é o caso de Barra do Riacho, em que se torna necessário que a administração do porto reveja seus acordos de uso de áreas evitando que a companhia seja onerada com a manutenção de infraestruturas que atualmente são de uso eminentemente privado.

Página 21 - contribuição nº 21, de 03/07/2014:

Resumo da Contribuição:

Propõe um redesenho da Poligonal do Porto Organizado de Barra do Riacho, com a retirada da área hoje ocupada pelo terminal.

Resposta/Esclarecimento:

As solicitações de retirada de áreas estão sendo analisadas caso a caso em diálogo com as administrações portuárias para construção da proposta final de poligonal dos portos. As áreas não pertencentes às administrações portuárias ou que estejam cedidas ou em vias de cessão pela União à terceiros poderão ser, eventualmente, retiradas da poligonal do porto desde que: - não haja contestações judiciais ou administrativas em relação à titularidade das áreas;

- a administração portuária considere que a retirada da área de sua poligonal não causará prejuízo para sua operação;

- a alteração esteja em conformidade com as diretrizes do planejamento do setor portuário.

Do contrário, as áreas permanecerão na poligonal do porto, observando-se a continuidade assegurada nos termos dos artigos 58 e 59 da Lei 12.815/2013 para as instalações portuárias previstas nos incisos I a IV do artigo 8º da mesma lei, localizadas dentro da área do porto organizado.

Pelos excertos transcritos, apesar de se tratar de uma estrutura portuária simples, fica evidente que o porto de Barra do Riacho é considerado como um efetivo porto organizado, mesmo após o advento da Lei nº 12.815/2013, e, dessa forma, constando o terminal do contribuinte dentro de sua área de atuação, deve-se reconhecê-lo como sujeito que desempenhou suas atividades em efetivo porto organizado, devidamente demarcado, e sujeito à autoridade portuária específica, qual seja, a Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA – CNPJ 27.316.538/0001-66, sociedade de economia mista, cujos principais acionistas com poder de voto são os entes federativos União e o Estado-membro do Espírito Santo.

Aliás, sobre a atuação da CODESA como autoridade portuária, de rigor citar o objeto social constante do seu Estatuto Social, aprovado em Assembléia Geral Extraordinária - AGE de 11/12/2014:

CAPÍTULO I

DA DENOMINAÇÃO, SEDE, FORO E DURAÇÃO Art.1o. A COMPANHIA DAS DOCAS DO ESPÍRITO SANTO – CODESA é uma sociedade de economia mista, vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República, regendo-se por este Estatuto e pelas disposições legais que lhe sejam aplicáveis.

... omissis ...

CAPÍTULO II

DO OBJETO SOCIAL E COMPETÊNCIA

Art. 3o. A CODESA tem por objeto social exercer as funções de autoridade portuária no âmbito dos portos organizados do Estado do Espírito Santo, sob sua administração e responsabilidade, em consonância com as políticas públicas setoriais formuladas pela Secretaria de Portos da Presidência da República.

Em compasso a estes fins, a CODESA aprovou o Regulamento de Exploração de Porto – REP, aprovado pela Resolução nº 60, de 19/11/2014, em observância às diretrizes constantes da Portaria nº 245, de 26/11/2013 da Secretaria de Portos da Presidência da República (DOU 27/11/2013), conforme link

http://www.codesa.gov.br/scriptcase/file/doc/codesa_arquivos/REP%20COMPLETO%20-%2020-11-2014.pdf. Deste documento se pode extrair:

01. APRESENTAÇÃO.

1.1. Introdução.

O presente REP – Regulamento de Exploração do Porto, foi criado conforme estabelece a Lei 12.815 de 05 de junho de 2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos Operadores Portuários, regulamentada pelo Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, tendo como norteador o disposto no anexo I da Portaria número 245, de 26 de novembro de 2013, da SEP – Secretaria de Portos da Presidência da República, publicada no Diário Oficial da União de 27 de novembro de 2013, número 230 (duzentos e trinta) Seção 1 (um), página 5 (cinco), que estabelece as diretrizes, os objetivos gerais e os procedimentos mínimos e poderá ser alterado por sugestão do Conselho de Autoridade Portuária – CAP.

Capítulo I

Objeto e abrangência

Artigo 1º. O presente regulamento tem por objetivo normatizar os procedimentos relativos à execução de operações portuárias, nas áreas do porto organizado, considerando o que dispõe a Lei 12.815 de 5 de junho de 2013, regulamentada pelo Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013, e as normas operacionais da

CODESA.

... omissis ...

3º. O Porto Organizado de Barra do Riacho compreende os molhes de proteção, o canal de acesso, bacia de evolução, existentes no município de Aracruz, de acordo com a poligonal do porto organizado, definida por portaria do Ministério de estado dos Transportes.

... omissis ...

Artigo 4º. A criação da CODESA está disposta no Decreto nº 87.560, de 09 de setembro de 1982, que dispõe sobre a transformação da PORTOCEL – Porto Especializado de Barra do Riacho S.A, em Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA, e autoriza a destinação de bens provenientes da encampação do Porto de Vitória e dá outras providencias.

§ 1º. A Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA, está vinculada a SEP – Secretaria de Portos da Presidência da República, por força do disposto na alínea “b”, inciso III, anexo único do Decreto 6.129, de 20 de junho de 2007.

§ 2º. A CODESA tem por objeto social, em harmonia com os planos, programas e orientações da Secretaria de Portos da Presidência da República, exercer as funções de Autoridade Portuária previstas na legislação específica e realizar a administração e exploração comercial dos portos organizados de Vitória, Praia Mole, Barra do Riacho e demais instalações portuárias localizadas no Estado do Espírito Santo, que lhe forem incorporadas, nos termos da Lei nº 12.850, de junho de 2013.

Artigo 100. O Porto Organizado de Barra do Riacho abriga dois terminais privados: Portocel, especializado na movimentação de celulose e madeira, de propriedade da empresa Fibria Celulose S.A., cujos Berços 920, 921, 923, 925 e 926 são especializados na movimentação de celulose, e o Berço 924, é utilizado na movimentação de madeira; e o Terminal da Petrobrás (Transpetro), para movimentação de GLP – Gás Liquefeito de Petróleo e gasolina natural.

Portanto, tenho como inequívoco que até 03/06/2015 o contribuinte se insere na área de porto organizado, como instalação portuária, não ocorrendo o mesmo a partir de 04/06/2015, data a partir da qual deve ser considerado como efetivo Terminal de Uso Privativo – TUP, porquanto situado fora da área de porto organizado na nova delimitação procedida pelo Decreto sem número de 03/06/2015.

Pois bem, em face desta conclusão, ou seja, de que o contribuinte é efetivamente um Terminal de Uso Privativo – TUP, a partir de 03/06/2015, e antes disto, uma instalação portuária em área demarcada como área de porto organizado, me indago sobre o real cabimento do lançamento. Explico.

A Lei nº 12.546, de 14/12/2011 promoveu uma sensível alteração na sistemática de contribuições previdenciárias. Com efeito, dentre outras regras, acabou por estabelecer um regime opcional de contribuição para contribuintes específicos. Vejamos:

Art. 8º Poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto no 7.660, de 23 de dezembro de 2011, nos códigos referidos no Anexo I.

... omissis ...

§ 3o. O disposto no caput também se aplica às empresas:

... omissis ...

XIII - que realizam operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres em portos organizados, enquadradas nas classes 5212-5 e 5231-1 da CNAE 2.0;

(Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

Como claramente se nota, o inciso XIII, em nenhum momento faz alusão ao regime jurídico do ato de outorga da execução do serviço, da natureza do contrato, da forma de remuneração ou da mão de obra. Unicamente, exige o enquadramento do contribuinte no CNAE, fato este incontroverso nos autos, e que as operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres se dêem em portos organizados. As atividades elencadas no dispositivo também não são questionadas pela fiscalização. O que se questiona e isto é até incompreensível pois, ao meu ver, decorre de flagrante interpretação equivocada da lei, é que o contribuinte não poderia optar pelo regime da contribuição substitutiva sobre a receita bruta pelo fato de não ser ele um porto organizado. Ora, o inciso XIII do § 3º do artigo 8º da Lei nº 12.546/2011 não exige que o contribuinte seja um porto organizado! Exige que a atividade por ele desenvolvida, ainda que ele seja um Terminal de Uso Privativo – TUP, seja exercida em porto organizado.

A questão nada mais representa do que o local onde o contribuinte exerce sua atividade e não na sua qualificação jurídica ou no regime de execução da prestação de serviço. “Em” é palavra pertencente à classe gramatical das preposições; traduz a ideia de “lugar onde”, “de modo”, “tempo”, “causa” etc; já a palavra “como” pertence à classe gramatical do advérbio, indicando a ideia “de que modo, de qual maneira”, “com qual intensidade”, “por exemplo” ou “quão, quanto”.

Assim, se o dispositivo tivesse em mira uma especial condição do sujeito passivo, teria afirmado “que realizam operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres como portos organizados” e não “que realizam operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres em portos organizados”.

Da leitura do Relatório Fiscal, pode-se extrair alguns pontos:

4.1.2.1- Ao se enquadrar como sujeita ao recolhimento da Contribuição Previdenciária sobre Receita Bruta, abrangida pelo Art. 8º inciso XIII da Lei nº 12.546/2011, e empresa simplesmente não observou o requisito principal que seria ser um porto organizado.

4.1.3- Através do Termo de Intimação Fiscal nº 4, anexo ao presente relatório fiscal, solicitamos à empresa que provasse ser um porto organizado. (...)

... omissis ...

4.2- Considerações do Fato Gerador e Dispositivos Legais - Sobre as alegações da empresa que afirma ser um porto organizado, passaremos a tecer uma série de considerações.

... omissis ...

4.2.2- Em virtude de todo o aparato legal aqui já transcrito e destacado, podemos sem dúvida afirmar que a PORTOCEL-TERMINAL ESPECIALIZADO DE BARRA DO RIACHO S/A não é um Porto Organizado, senão vejamos:

... omissis ...

4.2.3.1 - Ao se enquadrar como sujeita ao recolhimento da Contribuição Previdenciária sobre Receita Bruta, abrangida pelo Art. 8º inciso XIII da Lei nº 12.546/2011, e empresa simplesmente não observou o requisito principal que seria Ser Um Porto Organizado. (...)

Ora, para quê solicitar a prova de uma condição do sujeito passivo se a Lei nº 12.546/2011 não exige esta condição como requisito à opção pelo regime de contribuição substitutiva? Para quê desenvolver um trabalho fiscal, proceder ao lançamento de milhões de reais se a causa que justifica este lançamento não é exigida na Lei nº 12.546/2011? Este Relator cogitou da hipótese da fiscalização referir-se à tese segundo a qual, apesar da redação dada ao tema no Relatório Fiscal, a prestação de serviços não ocorreria em porto organizado. No entanto, mesmo esta hipótese foi rapidamente descartada. A um, porque os fatos narrados não deixam dúvida sobre o enquadramento da região portuária na qual o contribuinte desenvolve a sua atividade. A dois, porque o foco da fiscalização foi a condição do contribuinte, e não o local da prestação de serviços.

Por derradeiro, nos processos administrativos manejados pelo contribuinte junto à Receita Federal do Brasil – RFB, identifica-se o processo nº 13770.721309/2012-18.

Neste, o contribuinte, em petição datada de 12/12/2012, solicitou à RFB a sua habilitação ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO, nos termos da Lei nº 11.033/2004 e Instrução Normativa RFB nº 879/08.

Processado o feito, exarou-se o Parecer SEORT nº 723/2013 (fls. 85/88 dos autos do processo nº 13770.721309/2012-18), assim decidindo-se:

Assunto: Habilitação ao REPORTO.

Ementa: São beneficiários do REPORTO o operador portuário, o concessionário de porto organizado, o arrendatário de instalação portuária de uso público e a empresa autorizada a explorar instalação portuária de uso privativo misto ou exclusivo, inclusive aquelas que operam com embarcações de offshore. A Secretaria da Receita Federal estabelecerá os requisitos e os procedimentos para a habilitação dos beneficiários ao REPORTO.

Dispositivos Legais: art. 15 da Lei nº 11.033 de 21 de dezembro de 2004 e alterações posteriores dadas pela Lei nº 12.688 de 18 de julho de 2012 e Lei n.º 12.715 de 17 de setembro de 2012.

Solicitação deferida

RELATÓRIO

1. Trata o presente processo de solicitação de habilitação ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO, na qualidade de operador portuário, apresentado pela empresa PORTOCEL - TERMINAL ESPECIALIZADO DE BARRA DO RIACHO S/A – CNPJ 28.497.394/0001-54, para o estabelecimento localizado na Barra do Riacho, s/nº, Terminal Portuário, Aracruz - ES, com base na Lei nº 11.033/2004 e alterações posteriores, conforme requerimento de fls. 02 a 04.

2. Fundamentado no art. 3º da IN RFB 879 de 15 de outubro de 2008, o presente processo foi encaminhado a esta Delegacia para análise e instrução.

3. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

4. A Lei nº 11.033 de 21 de dezembro de 2004, que instituiu o REPORTO - Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária, prevê no art. 15:

“Art. 15. São beneficiários do REPORTO o operador portuário, o concessionário de porto organizado, o arrendatário de instalação portuária de uso público e a empresa autorizada a explorar instalação portuária de uso privativo misto ou exclusivo, inclusive aquelas que operam com embarcações de offshore (Redação dada pela Lei n.º 12.715 de 17 de setembro de 2012).

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecerá os requisitos e os procedimentos para habilitação dos beneficiários ao Reporto, bem como para coabitação dos fabricantes dos bens listados no § 8.º do art. 14 desta Lei “. (Redação dada pela Lei n.º 12.688, de 18 de julho de 2012)

4.1 Posteriormente a Lei nº 11.726 de 23 de junho de 2008, trouxe alterações à Lei nº 11.033/2004, in verbis:

"Art. 16. Os beneficiários do Reporto, descritos no art. 15 desta Lei, ficam acrescidos das empresas de dragagem, definidas na Lei nº 11.610, de 12 de dezembro de 2007, dos recintos alfandegados de zona secundária e dos Centros de Treinamento Profissional, de que trata o art. 32 da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (Lei dos Portos), e poderão efetuar aquisições e importações amparadas pelo REPORTO até 31 de dezembro de 2015." (Redação dada pela Lei n.º 12.688, de 18 de julho de 2012)

4.2 A Instrução Normativa RFB nº 879, de 15 de outubro de 2008, dispõe nos §§ 2º e 3º :

Art. 2.º Para fins de habilitação ao regime, a sociedade empresária deverá:

I - estar com a sua situação fiscal regular perante a Fazenda Nacional; e

II - comprovar:

a) o direito de exploração, no caso de porto organizado, transporte ferroviário e recintos alfandegados de zona secundária;

b) o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar, em se tratando de instalação portuária de uso público ou de instalação portuária de uso privativo misto;

c) a pré-qualificação para a execução de operação portuária, no caso de operador portuário; ou (grifo nosso)

III - atender as condições estabelecidas na legislação específica para o exercício da atividade, nos casos de sociedades empresárias de dragagem e Centros de Treinamento Profissional.

Parágrafo único. Os requisitos previstos neste artigo deverão ser mantidos enquanto a sociedade empresária estiver habilitada para operar no regime.

Art. 3.º A habilitação ao regime será requerida à Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) ou à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária (Derat) com jurisdição sobre o estabelecimento da sociedade empresária interessada, apresentando-se cópia do:

I - ato legal ou do extrato do contrato de concessão, de permissão, de arrendamento ou de adesão, publicado no Diário Oficial da União; e

II - certificado de registro de pré-qualificação como operador portuário.

5. A empresa apresentou cópias dos seguintes documentos devidamente autenticados:

- Contrato de Adesão Ministério dos Transportes / DPH Nº 042/95, com a publicação do respectivo extrato no Diário Oficial da União (fls. 07/38);

- Certificado de Registro de Operador Portuário emitido pela Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA em 19 de julho de 2012, com validade de 01 (um) ano (fl. 39);

- Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral - CNPJ (fl. 41);

- Certidão Conjunta Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos relativos aos Tributos e à Dívida Ativa da União com validade até 17/04/2013 e da Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias e de Terceiros válida até 05/01/2013 (fls. 42/43);

• Ata das Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária realizadas em 27/04/2012 (fls.44/60), bem como os Termos de Posse e Estatuto Social da empresa (fls. 62/75).

6. Foram anexados aos autos extratos atualizados da Certidão Conjunta Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos relativos aos Tributos e à Dívida Ativa da União com validade até 06/11/2013 e da Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias e de Terceiros válida até 15/06/2013 (fls. 83/84).

7. Analisando os documentos supracitados, ficou comprovada a regularidade cadastral e fiscal da Empresa, bem como foram atendidos os requisitos para a habilitação ao REPORTE, previstos nos artigos 2º e 3º da Instrução Normativa acima transcrita, não restando mais exigências a serem cumpridas.

CONCLUSÃO

8. Em face de todo o exposto, concluo pelo deferimento do pedido de habilitação ao REPORTE, para o estabelecimento da empresa PORTOCEL, CNPJ n.º 28.497.394/0001-54, localizado na Barra do Riacho, s/nº, Terminal Portuário, Aracruz - ES .

Vitória/ES, 13 de Maio de 2013

Em face deste Parecer, emitiu-se o Ato Declaratório Executivo n.º 37, de 13/05/2013:

Defere em caráter precário, pedido de habilitação ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTE, de que trata a Lei nº 11.033/04, e alterações posteriores, no caso que especifica.

O Chefe do Serviço de Orientação e Análise Tributária – SEORT, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória (ES), com base na competência delegada pela Portaria DRF/Vitória/ES nº 196, de 27/12/2012 (D.O.U. de 28/12/2012), e, no uso da competência prevista no artigo 302, inciso II, da Portaria MF n.º 203 de 14 de maio de 2012, na atribuição conferida pelo art. 5º, *caput*, da Instrução Normativa SRF nº 879, de 15 de outubro de 2008, considerando o disposto no § 2.º, art. 15 da Lei n.º 11.033 de 21 de dezembro de 2004, na redação dada pela Lei n.º 12.688/2012, e lastreado no Parecer Seort nº 0723/2013, processo n.º 13770.721309/2012-18, DECLARA:

Artigo Único – Fica concedida à empresa PORTOCEL – TERMINAL ESPECIALIZADO DE BARRA DO RIACHO S/A inscrita no CNPJ sob o nº 28.497.394/0001-54, a habilitação necessária para operar, na condição de operador portuário, ao estabelecimento localizado na Barra do Riacho, s/nº, Terminal Portuário, Aracruz - ES, no Regime Tributário de Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTE, instituído pela Lei nº 11.033/ 2004 e alterações posteriores, que assegura a suspensão da exigência do imposto sobre produtos industrializados – IPI, da contribuição para o

PIS/PASEP, da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e, quando for o caso, do Imposto de Importação, nos termos do artigo 15 da Lei nº 11.033/2004 e alterações posteriores.

Assim, não obstante a Administração não ter penetrado especificamente na caracterização da área de Barra do Riacho como um porto organizado, até porque não caberia esta abordagem no processo nº 13770.721309/2012-18, é incontestável que a própria RFB reconhece o contribuinte como um efetivo operador portuário. Ora, se assim é, e está situado em Barra do Riacho, ali exercendo suas funções, resta evidenciado que, ainda que se trate de um operador portuário, realiza suas atividades (de operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres) em área flagrantemente reconhecida como área de porto organizado (Barra do Riacho), usufruindo de benefícios fiscais decorrentes do exercício desta atividade.

O artigo 14 da Lei nº 11.033/2004, ao estabelecer as hipóteses nas quais se dá a suspensão da incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição ao PIS/PASEP, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e do Imposto de Importação – II, assim se manifesta:

Art. 14. Serão efetuadas com suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e, quando for o caso, do Imposto de Importação - II, as vendas e as importações de máquinas, equipamentos, peças de reposição e outros bens, no mercado interno, quando adquiridos ou importados diretamente pelos beneficiários do Reporto e destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva na execução de serviços de: (Redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012)

I - carga, descarga, armazenagem e movimentação de mercadorias e produtos; (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

II - sistemas suplementares de apoio operacional; (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

III - proteção ambiental; (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

IV - sistemas de segurança e de monitoramento de fluxo de pessoas, mercadorias, produtos, veículos e embarcações; (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

V - dragagens; e (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

VI - treinamento e formação de trabalhadores, inclusive na implantação de Centros de Treinamento Profissional. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

Assim, com exceção da hipótese do inciso VI, o benefício de suspensão tributária somente tem utilidade na medida em que se destina aos bens adquiridos para imobilização e que se destinem

às atividades relacionadas à atuação portuária. Dessa forma, mais este elemento assume importância, pois não há sentido em deferir-se ao contribuinte a condição de beneficiário do REPORTO, de um lado, e negar que o mesmo exerce suas atividades no porto organizado de Barra do Riacho.

Não há dúvida, portanto, que o contribuinte, antigamente como instalação portuária situada em área de porto organizado, e atualmente como Terminal de Uso Privativo – TUP, de fato, no período de ocorrência dos fatos geradores, isto é, janeiro a dezembro de 2014, exerceu as atividades de operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres em porto organizado de Barra do Riacho, embora, repiso, o porto organizado de Barra do Riacho seja sobremaneira mais simples e restrito do que os demais portos do país.

Em vista do exposto, ousou dissentir da fiscalização, julgando improcedente o lançamento levado a efeito."

Assim, restando comprovado que conforme a Portaria nº 1.024/93, a Recorrente exerceu no ano-calendário de 2014, atividades relativas a carga e descarga de mercadorias, cadastradas no CNAE 5212-5, em área de porto organizado, ou seja, dentro de porto organizado, tem-se como plenamente atendidos os requisitos do inciso XIII, do §3º, do artigo 8º, da Lei nº 12.546/11, razão pela qual deve ser reconhecida a legalidade de opção da contribuinte pelo regime de contribuição previdenciária substitutiva (CPRB).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator