



**DIAGNÓSTICO LOGÍSTICO
DE MATO GROSSO DO SUL
2020-2035**

**RELATÓRIO PARCIAL DO DIAGNÓSTICO DA
SITUAÇÃO ATUAL**

**VOLUME II – METODOLOGIA COM DIAGNÓSTICO
DA DEMANDA E DA INFRAESTRUTURA LOGÍSTICA**

TOMO V: ANÁLISE DOS MARCOS LEGAIS

SETEMBRO / 2021

SETEMBRO/2021



Edifício Parque Cidade Corporate - Torre C
SCS Quadra 9, Lote C, 7º e 8º andares
Brasília/DF - 70308-200
ontl@epl.gov.br / negocios@epl.gov.br /
institucional@epl.gov.br
© 2021

SEMAGRO
Secretaria de Estado de Meio Ambiente,
Desenvolvimento Econômico,
Produção e Agricultura Familiar



**GOVERNO
DO ESTADO**
Mato Grosso do Sul

Contrato nº 003/2021 – SEMAGRO
Número Cadastral 14.682/2021
Processo nº 71/000.366/2020



GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Governador

REINALDO AZAMBUJA

Secretário de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar

JAIME ELIAS VERRUCK

Assessor de Logística

LUCIO LAGEMANN

Coordenadora de Compras

RAMONA QUEIROZ DE SOUZA

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. - EPL

Diretor-Presidente

ARTHUR LUIS PINHO DE LIMA

Diretor de Planejamento

RAFAEL ANTÔNIO CREN BENINI

Diretor de Gestão

MARCELO GUERREIRO CALDAS

Gerente de Inteligência e Negócios

JOÃO PAULO BITTAR HAMIÚ NOGUEIRA

Coordenação do Observatório

Gerente do Projeto

LILIAN CAMPOS SOARES

Líder Técnico do Projeto

CÍCERO RODRIGUES DE MELO FILHO

Equipe Técnica

ALEXANDRE MORENO RICHWIN FERREIRA

ARARIGLENO ALMEIDA FERNANDES

EDUARDO DORNELAS MUNHOZ

FLAVIA MARTINS DE FARIAS

FREDERICO JORGE GOMES DE SOUSA

IANA BELLI REIS SILVA

JOANA MARIA HABBEMA SOLEDADE

TÁCIO TEIXEIRA DE BRITO

THAYS DE OLIVEIRA COELHO

TIAGO MIGUEL M. QUIRINO DE ARAÚJO

VENINA DE SOUZA OLIVEIRA

Gerente de Relações Institucionais e Cidadania

PATRICIA GOMES DA CUNHA (Substituta)

Diagramação

THIAGO DE OLIVEIRA BORGES

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| SIGLAS | 5 |
| INTRODUÇÃO | 7 |
| CONTEXTUALIZAÇÃO | 8 |
| Os planos de transporte no Brasil | 8 |
| O Plano Nacional de Viação de 1973 – Lei nº 5.917/1973 | 9 |
| Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001 | 11 |
| O Plano Nacional de Logística e seus desdobramentos | 12 |
| Diretrizes gerais do MInfra | 13 |
| O MARCO INSTITUCIONAL E REGULATÓRIO DO PAÍS | 14 |
| Considerações sobre o marco regulatório nos diferentes modos de transportes | 14 |
| Atual estrutura federal da área de transportes | 26 |
| A multimodalidade e intermodalidade de cargas | 27 |
| Descentralização da gestão da infraestrutura rodoviária e portuária | 28 |
| Tráfego mútuo e direito de passagem | 29 |
| Impactos da MP nº 1.065/2021 no MS | 31 |
| ASPECTOS DE COMÉRCIO EXTERIOR | 33 |
| Impostos sobre o comércio exterior | 33 |
| A tributação no Comércio Exterior | 34 |
| ICMS importação | 36 |
| ICMS exportação e os incentivos fiscais | 37 |
| O ICMS e a guerra fiscal | 38 |
| Guerra fiscal | 39 |
| A participação dos estados na celebração de convênios internacionais | 40 |
| ASPECTOS TRIBUTÁRIOS GERAIS | 42 |
| O poder de tributar dos entes federativos | 42 |
| A finalidade dos tributos | 43 |
| Aspectos alfandegários e a Receita Federal | 43 |
| Barreiras não tarifárias | 45 |
| A simplificação tributária | 45 |
| O Princípio Federativo e a Autonomia dos Entes Federados | 46 |
| O dever de licitar dos entes federativos e as contratações públicas | 47 |
| A atividade administrativa estatal | 50 |
| A nova Lei de Licitações | 51 |
| REFERÊNCIAS | 53 |

SIGLAS

Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).
Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
Código Aduaneiro do Mercosul (CAM).
Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA).
Conselho Nacional de Desestatização (CND).
Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT).
Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).
Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).
Constituição Federal (CF).
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS)
Convenção Internacional de Proteção dos Vegetais (CIPV).
Coordenação do Observatório da Empresa de Planejamento e Logística (CONIL).
Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).
Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT).
Empresa de Planejamento e Logística (EPL).
Escritório de Parcerias Estratégicas de Mato Grosso do Sul (EPE/MS).
Estado de Mato Grosso do Sul (MS).
Gerência de Inteligência e Negócios da Empresa de Planejamento e Logística (GEINE).
Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS).
Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).
Imposto sobre Serviços (ISS).
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).
Observatório Nacional de Transporte e Logística (ONTL).
Operador de Transportes Multimodal (OTM).
Organização Mundial de Saúde Animal (OIE).
Organização Mundial do Comércio (OMC).
Proposta de Emenda à Constituição (PEC).
Plano Nacional de Logística (PNL).
Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe).



Programa de Integração Social (PIS).

Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA).

Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul (SEFAZ/MS).

Secretaria de Estado de Infraestrutura de Mato Grosso do Sul (SEINFRA/MS).

Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico de Mato Grosso do Sul (SEMADE/MS).

Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar de Mato Grosso do Sul (SEMAGRO/MS).

Sistema Nacional de Viação (SNV).

Tonelada (ton).

INTRODUÇÃO

Essa etapa do Diagnóstico Logístico do Mato Grosso do Sul teve como objetivo documentar a avaliação do sistema logístico atual do estado, de forma a considerar as expectativas em relação a estudos anteriores, assim como outras ações necessárias que porventura tenham surgido. A etapa do Diagnóstico da Situação Atual incluiu, dentre outros, os seguintes aspectos:

- Descrição e avaliação da oferta de infraestrutura logística e de transporte;
- Análise da oferta e demanda por serviços de transporte do estado para as principais cadeias logísticas;
- Perfil geral dos embarcadores e transportadores do estado;
- Análise das zonas de crescimento estaduais;
- Avaliação dos efeitos de emprego e renda do estado;
- Análise dos principais marcos regulatórios e institucionais referentes ao setor de logística;
- Estudo dos zoneamentos ambientais e de comunidades tradicionais;
- Levantamento dos projetos existentes no âmbito estadual e federal relacionados a transportes e logística; e
- Perspectivas para o desenvolvimento estadual e novas fronteiras de crescimento.

O “Relatório Parcial do Diagnóstico da Situação Atual” foi consolidado no material intitulado de “Volume 2: Metodologia com diagnóstico da demanda e da infraestrutura logística do estado de Mato Grosso do Sul” e que está segmentado em partes (ou tomos), conforme sequência abaixo:

- TOMO I: CARACTERIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA ATUAL DE LOGÍSTICA E DE TRANSPORTE DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL;
- TOMO II: OFERTA E DEMANDA POR SERVIÇOS DE TRANSPORTE PARA AS PRINCIPAIS CADEIAS LOGÍSTICAS;
- TOMO III: CONSULTA AOS EMBARCADORES E AO SETOR PRIVADO;
- TOMO IV: ANÁLISE DAS ZONAS DE CRESCIMENTO ESTADUAIS E DOS EFEITOS DE EMPREGO E RENDA;
- TOMO V: ANÁLISE DOS MARCOS LEGAIS;
- TOMO VI: ANÁLISE DOS ZONEAMENTOS AMBIENTAIS E DE COMUNIDADES TRADICIONAIS;
- TOMO VII: PERSPECTIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO ESTADUAL E NOVAS FRONTEIRAS DE CRESCIMENTO.

O presente documento é referente ao **TOMO V: ANÁLISE DOS MARCOS LEGAIS**. Esta parte tem como objetivo observar e identificar marcos institucional e regulatório no setor de transportes, que podem interferir principalmente no estado de Mato Grosso do Sul, abrangendo o setor transportes, as alfândegas e os impostos, os negócios associados ao setor de logística e à produção.

CONTEXTUALIZAÇÃO

Os planos de transporte no Brasil

Em 1890, o Governo Federal Provisório, nomeou uma comissão para a elaboração de um plano nacional de viação, o qual ficou conhecido como Plano da Comissão de 1890. A comissão procurou traçar as diretrizes de uma futura expansão prevendo uma integração nacional, estabelecendo competências federais e estaduais notadamente para os setores ferroviário e fluvial. O plano foi entregue ao governo, mas não foi expedido nenhum ato de aprovação do plano de viação.

Assim, a partir da Constituição de 1891, todas as constituições republicanas passaram a prever direta ou indiretamente a competência da União para legislar sobre o setor de viação. Sob os influxos do Estado intervencionista, a partir da década de 30, passaram a ser desenvolvidas atividades cada vez mais complexas, como a elaboração dos planos de transportes, quando em 1934 o Governo Vargas lançou formalmente o primeiro Plano Geral de Viação.

Nesse compasso, o Estado passou a intervir com mais determinação no setor dos transportes, elaborando de forma mais sistemática o primeiro planejamento voltado para o desenvolvimento econômico que foi o Plano Especial de Obras Públicas e Reaparelhamento da Defesa Nacional, Plano Especial, elaborado para o período de 1939-1943. Muito embora não fosse um plano voltado exclusivamente para os transportes, trazia consigo uma previsão de expansão na infraestrutura dos transportes.

Na Era Vargas, o governo passou a investir mais no setor dos transportes, sendo apresentado logo nos primeiros anos do seu Governo o Plano Geral de Viação Nacional, criado através do Decreto Presidencial nº 24.497, de 29 de junho de 1934, tornando-se o primeiro projeto nacional para os transportes aprovado oficialmente.

Sob a égide do governo militar, foi aprovada a Lei nº 4.592/1964, a qual tramitava no Congresso Nacional desde 1948, instituindo, formalmente, o Plano Nacional de Viação de 1964 (PNV) o qual substituiu o Plano Geral Nacional de Viação de 1934, já desatualizado para a nova realidade vivida pelo Brasil.

Esse Plano Nacional de Viação contemplou um grande investimento na construção de rodovias, com o objetivo de integrar o país, a partir de Brasília e sua posição geográfica estratégica. Com vistas a implementar a política, foi criado o Grupo Executivo Para Integração da Política de Transportes (GEIPOT), responsável pela coordenação da política de transporte e planejamento do setor.

O Plano Nacional de Viação de 1973 – Lei nº 5.917/1973

O art. 8º, inciso XI, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, definiu ser competência da União estabelecer o plano nacional de viação.

Com fundamento nesse dispositivo, foi editada a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, aprovando o denominado Plano Nacional de Viação (PNV), o qual deveria obedecer a um conjunto de princípios e normas fundamentais aplicáveis ao Sistema Nacional de Viação, enumerados no art. 3º da Lei.

Igualmente aos planos anteriores, contemplavam-se propostas para os diversos modos de transporte, no entanto foram apresentados conceitos gerais para o Sistema Nacional de Viação, o que era constituído pelos Sistema Rodoviário Nacional, Sistema Ferroviário Nacional, Sistema Portuário Nacional, Sistema Hidroviário Nacional, Sistema Aeroviário Nacional e Sistema Nacional dos Transportes Urbanos.

O objetivo essencial do Plano Nacional de Viação era permitir o estabelecimento da infraestrutura de um sistema viário integrado, assim como as bases para planos globais de transporte que atendam, pelo menor custo, às necessidades do País, sob o múltiplo aspecto econômico-social-político-militar.

Ademais, o SNV compreendia, nos termos do Anexo da Lei 5.917/73, a infraestrutura viária, abrangendo as redes correspondentes às modalidades de transporte citadas, inclusive suas instalações acessórias e complementares, bem como a estrutura operacional, compreendendo o conjunto de meios e atividades estatais, diretamente exercidos em cada modalidade de transportes e que são necessários e suficientes ao uso adequado da infraestrutura. O plano devia ser revisto a cada cinco anos, para ajustes à realidade nacional, conforme dispunha o art. 9º da Lei n.º 5917.

Já sob a égide da Constituição de 1988, e, em consonância com o inciso XXI do seu art. 21, segundo o qual compete à União estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação, adveio a Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, fruto do projeto de lei que pretendia dar nova e abrangente disciplina ao assunto.

A norma estabelece que o Sistema Federal de Viação (SFV) é composto pelos subsistemas Rodoviário Federal, Ferroviário Federal, Aquaviário Federal e Aeroviário Federal, cujos objetivos são assegurar a unidade nacional e a integração regional, garantir a malha viária estratégica necessária à segurança do território nacional, promover a integração física com os sistemas viários dos países limítrofes, atender aos grandes fluxos de mercadorias em regime de eficiência, por meio de corredores estratégicos de exportação e abastecimento e prover meios e facilidades para o transporte de passageiros e cargas, em âmbito interestadual e internacional.

Ressalta-se, por oportuno, que o art. 45 previa a revogação expressa da Lei nº 5.917/73, todavia o artigo foi vetado, sob o argumento de que o veto permite manter em vigor as relações descritivas constantes na Lei nº 5.917/73, bem como as leis que as atualizaram, evitando-se, assim, prejuízos ao planejamento e aos investimentos da União na infraestrutura viária nacional, e possibilitando o reestudo da matéria e a submissão, oportuna, de nova proposta legislativa.

Diante do veto do Presidente, surgiram discussões quanto à vigência da Lei nº 5.917/73. Nesse compasso, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, a fim de padronizar entendimento com relação à matéria, cuja alteração é objeto de várias proposições em tramitação no Congresso Nacional exarou parecer, no qual afirma que a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, foi revogada pela Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, a qual regula inteiramente a matéria por ela tratada.

No entanto, ainda pode-se observar proposições legislativas que tendem a alterar o Anexo da Lei nº 5.917/73.



Atualmente, a Lei nº 12.379/2011, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação, determina que compete à União a administração do Sistema Federal de Viação, que compreende o planejamento, a construção, a manutenção, a operação e a exploração dos respectivos componentes, sendo que as competências serão exercidas, diretamente, por meio de órgãos e entidades da administração federal, ou mediante concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada, assim como por parceria público-privada.

Por fim, consigna que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão explorar a infraestrutura delegada, diretamente ou mediante concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada, respeitada a legislação federal.

Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001

A Lei 10.233/2001 delineou a nova estrutura institucional e organizacional do setor federal de transportes, ao passo que definiu como objetivo a ordenação dos transportes aquaviário e terrestre, nos termos do art. 178 da Constituição Federal, a reorganização do gerenciamento do Sistema Federal de Viação e regulação da prestação de serviços de transporte. Ainda criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional redefiniu as competências do Ministério dos Transportes, o qual contaria com uma Secretaria de Planejamento, responsável por incorporar o acervo, quadro técnico e as atribuições do extinto GEIPOT, prestando, cumulativamente, assessoramento técnico ao Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), o qual tinha por escopo propiciar a coordenação e a integração das políticas dos diferentes subsetores, uma vez que o setor federal de transportes ficaria com três agências, sendo duas vinculadas ao Ministério dos Transportes e a agência regulatória do transporte aéreo vinculada ao Ministério da Defesa. Contudo, o CONIT sequer chegou a ser implementado pelo governo.

Desta forma, a Lei 10.233/2001 delineou uma nova estrutura institucional do setor federal de transportes, atribuindo a função de regulação dos serviços públicos delegados às empresas privadas à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a responsabilidade pela execução das atividades mantidas no âmbito público ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), bem como a definição da política e planejamento estratégico tanto ao Ministério dos Transportes como ao CONIT.

Os processos de desestatização e descentralização do setor federal de transportes já haviam ocorrido quando da criação das agências reguladoras. A intenção do Poder Executivo ao encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional, portanto, era completar a reforma no setor com a delegação da autoridade regulatória do ministério setorial para uma agência autônoma.

Atualmente, à ANTT compete regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, visando garantir a movimentação de pessoas e bens, harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público, arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.

A ANTAQ tem por finalidade implementar as políticas formuladas pelo Ministério da Infraestrutura, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos na legislação. Foi criada para regular, supervisionar e fiscalizar as atividades relacionadas à prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura aquaviária e portuária. Abrange os subsetores portuário, de navegação marítima e de apoio e de navegação interior.

Por sua vez, o DNIT tem por objetivo implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infraestrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei nº 10.233/2001.

O Plano Nacional de Logística e seus desdobramentos

O Plano Nacional de Logística (PNL) é um dos principais instrumentos que o Poder Público dispõe para planejar, em longo prazo, a infraestrutura de transportes brasileira. O plano é desenvolvido pela Empresa de Planejamento e Logística (EPL), consoante suas atribuições legais, visando integrar os planejamentos setoriais brasileiros, de forma a promover o desenvolvimento regional e nacional, além de garantir a infraestrutura necessária para o escoamento de produção e deslocamento da população por todo o território brasileiro.

Após o desenvolvimento de diversos planos de transportes chegou-se ao Plano Nacional de Logística. O PNL 2025 foi desenvolvido com o horizonte de investimentos até 2025. O documento foi aprovado em 2 de julho de 2018, pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Em seu Relatório Executivo, foram apresentadas propostas para modernização e integração dos modos de transporte terrestres e marítimo, assim como para o transporte de cargas, de forma a atingir uma maior efetividade dos investimentos na infraestrutura e contribuir com o desenvolvimento de um sistema inovador e eficiente para movimentação de cargas no país, resguardando-se que o transporte de passageiros e aéreo seriam abordados em estudos posteriores, os quais começaram a ser delineados no PNL 2035.

Posteriormente, deu-se início ao desenvolvimento do PNL 2035, que além da atualização de dados busca a compreensão de todo o sistema de transportes de forma inédita, com a utilização de novas bases de dados, novos modelos de simulação e de avaliação, alinhados à uma visão estratégica que prega a intermodalidade e a eficiência em rede.

Os princípios, diretrizes e objetivos para a concepção e elaboração do PNL 2035 foram extraídos da Lei de Criação da Empresa de Planejamento e Logística (Lei nº 12.404/2011), da Política Nacional de Transportes e da Portaria nº 123, de 21 de agosto de 2020, que instituiu o Planejamento Integrado de Transportes.

Ressalta-se que os objetivos do PNL são coincidentes ao da Política Nacional de Transportes – PNT (Portaria Nº 235, de 28 de março de 2018), os quais foram divididos em dois grupos, um destinando-se aos objetivos que dizem respeito ao desenvolvimento da rede de transportes e o outro concernentes aos preceitos que devem ser observados durante a construção e implementação do PNL.

Com efeito, o PNL terá o horizonte de 2035 e contemplará o transporte de pessoas e de bens dos subsistemas federais rodoviário, ferroviário e aquaviário, as ligações viárias e logísticas entre esses subsistemas e desses com os sistemas de viação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e, (ii) que o Plano Aeroviário Nacional, por ser um plano já consolidado em relação aos demais planos setoriais, está dispensado.

É importante destacar que o PNL 2035 está em fase de finalização e já foi submetido à consulta pública, findada em 16 de maio de 2021.

Diretrizes gerais do MInfra

O Ministério da Infraestrutura, por intermédio da Portaria nº 123, de 21 de agosto de 2020, resolveu instituir o Planejamento Integrado de Transportes, que contempla os subsistemas federais rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroaviário, e as ligações viárias e logísticas entre esses subsistemas e desses com os sistemas de viação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para tanto, o Planejamento Integrado de Transportes deverá contemplar o transporte de pessoas e bens, tendo por objetivo contribuir para a competitividade nacional, o bem-estar social, o desenvolvimento regional e a integração nacional.

O planejamento terá horizonte de trinta anos, atualizando-se quadrienalmente, sendo que o Plano Nacional de Logística será o referencial de planejamento para a identificação de necessidades e oportunidades presentes e futuras de oferta de capacidade dos subsistemas de transporte, recomendando estudos de novas infraestruturas e a melhoria em infraestruturas existentes no âmbito do Planejamento Setorial.

O Planejamento Setorial será organizado em Plano Setorial Terrestre, Plano Setorial Portuário, Plano Setorial Hidroviário e Plano Aeroaviário Nacional, sendo que os planos setoriais farão a conexão entre o Plano Nacional de Logística e as ações do Ministério da Infraestrutura, indicando as iniciativas que deverão ser estudadas em detalhe, seja para execução com recursos públicos ou por meio de parceria com a iniciativa privada.

À EPL caberá, neste cenário, subsidiar técnica e operacionalmente o Ministério da Infraestrutura no desenvolvimento do Planejamento Integrado de Transportes.

Assim, superando o desenvolvimento isolado dos distintos modos de transportes, até então observados na história do Brasil, apresentou-se uma atuação totalmente integrada, gerando mais competitividade e eficiência. O normativo estabelece um sistema encadeado de planos, iniciando com o Plano Nacional de Logística, de nível estratégico, encerrando-se com planos de nível tático, como o Plano Setorial Portuário, o Plano Aeroaviário Nacional e duas novidades: o Plano Setorial Terrestre, que contempla os modos rodoviário e ferroviário, e o Plano Setorial Hidroviário.

O MARCO INSTITUCIONAL E REGULATÓRIO DO PAÍS

Considerações sobre o marco regulatório nos diferentes modos de transportes

Em vigor desde 2011, a Lei nº 12.379 estabelece princípios e diretrizes para o Sistema Nacional de Viação, definindo que o sistema é composto pelos subsistemas Rodoviário Federal, Ferroviário Federal; Aquaviário Federal e Aeroviário Federal, resguardando que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão explorar a infraestrutura delegada, diretamente ou mediante concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada, respeitada a legislação federal.

A supracitada lei indica, ainda, que o Sistema Federal de Viação deve garantir a malha viária estratégica necessária à segurança do território nacional, promover a integração física com os sistemas viários dos países limítrofes e atender aos grandes fluxos de mercadorias em regime de eficiência, por meio de corredores estratégicos de exportação e abastecimento.

O modo de administração das estruturas que compõem o Sistema Federal de Viação se encontra descrito no artigo 6º da Lei nº 12.379 de 2011, estabelecendo a possibilidade de a União exercer a sua competência diretamente ou mediante concessão, autorização ou arrendamento à empresa pública ou privada.

O Sistema Nacional da Viação representa, portanto, uma importante iniciativa no sentido de garantir uma organização na disposição do transporte nacional e das formas de exploração das estruturas a ele relacionadas, conduzindo a atividade econômica, restringindo ou ampliando a livre iniciativa, para se atingir o interesse público e o desenvolvimento econômico.

Nesse compasso, o subsistema rodoviário federal é atualmente regido pela Lei 11.442/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração. Com efeito, está em trâmite no Senado Federal (PL nº 75/2018), o novo marco regulatório do transporte de cargas, o qual estabelece regras de segurança nas estradas, infrações e condições de contratação de transportadores, como pagamento, seguros e vale-pedágio, aplicando-se para caminhoneiros autônomos, empresas de operação logística, transportadores de carga própria, cooperativas e empresas transportadoras de cargas e de valores, que ficam divididos de acordo com o número de veículos de carga e a capacidade de transporte em toneladas.

Por seu turno, a Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário. Destarte, aguarda-se votação no Senado Federal, do projeto que institui o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem (BR do Mar). O PL nº 4.199/2020, do Poder Executivo, foi aprovado na Câmara dos Deputados em dezembro do ano passado. Entre as principais mudanças efetivadas pelo projeto está a liberação progressiva do uso de navios estrangeiros para esse tipo de transporte, sem a necessidade de contratar a construção de embarcações em estaleiros brasileiros.

Defende-se, ainda, que, o texto facilita a expansão das operações de cabotagem e a entrada de novos interessados nesse mercado, aumentando a possibilidade de as Empresas Brasileiras de Navegação (EBN) afretarem embarcações sem a obrigatoriedade de possuírem embarcações próprias, como exigido pela legislação vigente, assim como reduz o chamado “custo Brasil”.

A partir da publicação da lei, as empresas poderão fretar navios por tempo ou a casco nu (vazios) para uso na navegação de cabotagem. Entende-se por afretamento por tempo aquele no qual o proprietário ou o armador coloca o navio completamente equipado e em condição de navegabilidade à disposição do afretador por tempo determinado, assumindo as gestões náutica e comercial do navio mediante pagamentos durante o período do contrato.

Já o afretamento a casco nu se caracteriza pelo arrendamento do navio, por um tempo determinado, no qual o proprietário aluga seu navio sem tripulação. Desta forma, o navio passa a navegar com bandeira nacional, submetendo-se a todas as regras trabalhistas e tributárias do país.

Para o setor aéreo, o marco regulatório é o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, complementado por dispositivos da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil.

Ademais, cumpre informar que o Governo Federal aventa a possibilidade de editar uma Medida Provisória para promover alterações no Código Brasileiro de Aeronáutica, dentre as quais destaca-se o programa Voo Simples, cujo objetivo precípuo é modernizar, simplificar e desburocratizar o setor da aviação civil, a fim de tornar a aviação brasileira cada vez mais dinâmica e competitiva.

No âmbito da legislação aeronáutica, o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul editou o Decreto nº 15.246, de 18 de junho de 2019, instituindo o Programa Estadual de Incentivo à Aviação Regional, denominado DECOLA MS, como instrumento de execução da política de desenvolvimento econômico estadual. O decreto tem como escopo beneficiar as empresas de transporte aéreo em operação em rotas aéreas regulares de transporte de passageiros e/ou de cargas, com conexão, destino ou origem em municípios localizados no Estado de Mato Grosso do Sul. Para tanto, previu a redução do ICMS querosene de aviação à empresa aérea que implemente ou amplie os números de voos no estado. As ações propostas visam à ampliação, à diversificação e ao desenvolvimento do transporte de cargas e de passageiros no território sul-mato-grossense, de acordo com as diretrizes do planejamento governamental.

Por fim, destacamos, no presente estudo, a legislação de regência do modo ferroviário, haja vista as profundas alterações sofridas pelo setor, em razão da tramitação do Projeto de Lei nº 261/2018 e publicação da Medida Provisória nº 1.065, de 30 de agosto de 2021, a qual dispõe sobre a exploração do serviço de transporte ferroviário, o trânsito e o transporte ferroviários e as atividades desempenhadas pelas administradoras ferroviárias e pelos operadores ferroviários independentes e institui o Programa de Autorizações Ferroviárias.

O texto da MP altera o atual regime jurídico do setor, permitindo que a construção de novas ferrovias seja feita por meio do instituto da autorização, em detrimento do atual sistema, o qual prevê que a exploração e construção de ferrovias só podem ser operadas por um parceiro privado em regime de concessão ou permissão.

O Sistema Ferroviário Nacional

Inicialmente, cabe consignar que a Lei nº 12.379/2011 dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação (SNV) sua composição, objetivos e critérios para sua implantação, em consonância com os incisos XII e XXI do art. 21 da Constituição Federal.

Nesse sentido, as ferrovias brasileiras existentes ou planejadas, pertencentes aos grandes eixos de integração interestadual, inter-regional e internacional compõem o Subsistema Ferroviário Federal, integrando SNV, conforme preceitua o art. 3º, II, da supradita lei.

A exploração do sistema ferroviário nacional foi incorporada ao patrimônio da União no final da década de 1930, após processo de reorganização e promoção de investimentos, sob a administração da Inspeção Federal de Estradas (IFE), órgão do Ministério da Viação e Obras Públicas, responsável pela gestão das ferrovias e rodovias federais.

A inspeção, posteriormente, deu origem ao Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER), assim como ao Departamento Nacional de Estradas de Ferro (DNEF), este último criado pelo Decreto Lei nº 3.155, de 28 de março de 1941 e extinto em dezembro de 1974.

Visando a reorganização administrativa e a recuperação de linhas, de modo a evitar a interrupção do tráfego, prevenir o desemprego e a melhoria operacional, as atribuições do extinto DNEF foram direcionadas à Secretaria Geral do então Ministério dos Transportes, bem como para a Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA).

A Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima foi criada pela Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, com o objetivo principal de administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro a ela incorporadas.

No entanto, entre os anos de 1980 e 1992, os sistemas ferroviários pertencentes a empresa foram afetados pela queda nos investimentos, tendo em vista a saturação da participação direta do estado nas atividades econômicas e as dificuldades financeiras da RFFSA, com elevado nível de endividamento e sem condições de realizar investimentos na malha ferroviária.

Nesse compasso, nas décadas de 1980 e 1990, o Estado passou a adotar uma nova política alinhada à necessidade de menor intervenção na atividade econômica e a redução do tamanho do estado. Assim, deu início, sobretudo a partir de 1990, às desestatizações das empresas públicas e as concessões de serviço público à iniciativa privada, sob a égide da Lei nº 8.987/1995, a qual teve por objetivo regulamentar o art. 175 da Constituição Federal.

As crises econômicas vividas pelo Brasil, a partir dos últimos anos da década de 1970 e nos anos 1980, após os períodos de elevado crescimento econômico, evidenciaram a necessidade de menor presença estatal nas atividades empresariais.

Assim, em 1992, a RFFSA foi incluída no Plano Nacional de Desestatização – PND, por meio do Decreto nº 473, de 10 de março de 1992, tendo sido segmentada em seis malhas ferroviárias outorgadas à iniciativa privada por meio da celebração de contratos de concessão.

A reforma promovida, pelo estado na década de 1990, pretendeu a transferência de alguns serviços públicos para o setor privado e, sob essa nova perspectiva, o Estado seria apenas o regulador das atividades. Para tanto, era necessário criar um ambiente regulatório seguro, capaz de atrair investimentos privados para os setores desestatizados.

Com efeito, em 04 de março de 1996, foi publicado o Decreto 1.832, conhecido como Regulamento dos Transportes Ferroviários (RTF), o qual disciplinou a segurança nos serviços ferroviários e as relações entre: i) a Administração Pública e as Administrações Ferroviárias; ii) as Administrações Ferroviárias, inclusive no tráfego mútuo; iii) Administrações Ferroviárias e os seus usuários; e iv) a segurança nos serviços Ferroviários.

A principal inovação observada é a possibilidade de que a construção de ferrovias, a operação ou exploração comercial dos serviços de transporte Ferroviário poderão ser realizadas pelo Poder Público ou por empresas privadas, estas mediante concessão da União.

Posteriormente, em 2001, foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, autarquia em regime especial com competência para a regulação do setor, consoante a Lei nº 10.233/2001, com o escopo de regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas.

A ANTT, no exercício da competência normativa conferida às agências reguladoras, assegurada pela Lei nº 10.233/2001, em 14/07/2011, editou as Resoluções nº 3.964, 3.965 e 3.696, com vistas a regulação do serviço. As normas cuidaram da regulamentação dos usuários dos serviços de transporte ferroviário de cargas; das operações de

direito de passagem e tráfego mútuo do subsistema ferroviário nacional; pactuação das metas de produção por trecho e as metas de segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas, respectivamente.

A Resolução nº 3.694/2011 apresentou conceitos básicos para melhor compreensão da norma, introduziu diretrizes, a fim de assegurar uma prestação adequada dos serviços, estabeleceu direitos e deveres dos usuários, assim como impôs responsabilidades ao concessionário, prevendo a aplicação de penalidades às concessionárias que descumprirem o dever de adequada prestação.

Por sua vez, o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo do Subsistema Ferroviário Nacional, estabelecido na Resolução nº 3.965/2011, disciplinou os procedimentos atinentes ao compartilhamento da infraestrutura e dos recursos operacionais, visando à integração operacional do Subsistema Ferroviário Nacional.

Para tanto, dispôs sobre a forma como um concessionário pode acessar a malha da outra, possibilitando a integração da rede e a maior concorrência entre as concessionárias. O compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais dar-se-á mediante tráfego mútuo ou, na sua impossibilidade, mediante direito de passagem.

O direito de passagem consiste na operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço. O compartilhamento, nessa modalidade, poderá ser feito de forma a garantir que uma concessionária possa receber ou entregar cargas na malha de outra concessionária.

Já a operação de tráfego mútuo é aquela em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas.

A operação de compartilhamento é regida por um contrato típico, denominado Contrato Operacional Específico - COE, que se difere de um contrato de transporte padrão ante a previsão de uma demanda firme, ou *take-or-pay*, ou seja, impõe ao usuário a obrigação de pagamento à concessionária pela disponibilização de determinada capacidade de transporte de cargas, independentemente de sua efetiva utilização e a obrigatoriedade de ressarcimento, a favor do usuário, em caso de indisponibilidade da prestação do serviço por parte da concessionária.

Cabe consignar que operações de compartilhamento devem observar o limite de capacidade ociosa no trecho ferroviário. No que se refere à contrapartida financeira da operação, a norma prevê que as tarifas de direito de passagem ou tráfego mútuo serão estabelecidas por meio de negociação entre as partes.

Com a Resolução nº 3696/2011, a Agência Reguladora aperfeiçoou a regra contratual de aferição da qualidade do serviço, passando a prever metas de produção por trecho (quantidade de produção mínima de transporte expresso em toneladas, quilômetro útil TKU), no intuito de melhorar a utilização dos ramais ferroviários secundários, assim como estabeleceu, os procedimentos para pactuação, relativos a ajuste de metas e justificativas, em caso de eventual descumprimento das metas pactuadas, dentre outras definições relevantes para a relação entre Poder Concedente e as concessionárias e subconcessionárias ferroviárias.

Ainda, definiu os procedimentos e o rito processual que deveriam ser observados na apuração do cumprimento das metas pactuadas.

Contudo, em 26 de outubro de 2018, a Resolução nº 3696/2011 foi revogada pela Resolução nº 5831, a qual estabeleceu que as metas de produção e as metas de segurança serão estabelecidas pela ANTT para cada concessão, com base em processo de pactuação com a concessionária para um período de cinco anos.

Cabe registrar que o processo de definição de metas de produção por trecho para o quinquênio é iniciado com a apresentação de estudo de mercado pela concessionária, com a estimativa de demanda de transporte para o ciclo, acompanhado de plano de negócios que contém os contratos de transporte ferroviário já celebrados, o transporte de carga própria, os Contratos Operacionais Específicos e as projeções de demanda por transporte, nos termos da Seção II - Da Pactuação das Metas de Produção da Resolução ANTT nº 5831/2018.

Dito isto, o principal instrumento de relacionamento entre a ANTT e as empresas concessionárias é o contrato de concessão, firmados à luz das Leis nº 8.666/93 e 8.987/1995. Os contratos possuem cláusulas uniformes de modo a consignar o objeto, duração das concessões, o valor e a forma de pagamento, as obrigações e os direitos das partes.

Com efeito, além do contrato de concessão, existe o contrato de arrendamento, associado ao primeiro, onde são definidos os valores a serem pagos pelas concessionárias pela utilização dos ativos cedidos pela União em função da privatização das malhas da RFFSA, sendo que a forma como os contratos de concessão foram elaborados não estimulou maiores volumes de investimentos por parte das concessionárias.

Assim, alguns investimentos em expansão de capacidade das linhas têm sido feitos, apenas até o ponto em que a receita advinda deste aumento de capacidade cubra os investimentos realizados, até o fim do prazo de concessão.

Os contratos de concessão firmados com as concessionárias preveem que a prestação dos serviços deve ser adequada ao pleno atendimento dos usuários, além de promover a aquisição de novos bens, sempre de forma a assegurar a prestação de serviço adequado.

O contrato de concessão da Malha Oeste

A Malha Oeste, antiga Ferrovia Noroeste do Brasil, foi a primeira ferrovia a ser concedida à iniciativa privada no processo de desestatização da Rede Ferroviária Federal S.A. em 1996.

Atualmente com 1.973 km de extensão, a Malha Oeste corta os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, apresentando-se como a principal alternativa ferroviária para o atendimento das cargas produzidas neste último estado. Ademais, é importante registrar que esta malha ferroviária tem potencial estratégico, pois a permite a ligação com países da América do Sul por meio de portos fluviais e ferrovias.

Em 2008, por meio da Deliberação ANTT 258, foi aprovada a alteração do Estatuto Social da empresa Novoeste S.A. que passou a ser denominada América Latina Logística Malha Oeste S.A. Em 2015, a concessão da ferrovia passou para a empresa Rumo Malha Oeste S.A., controlada pela Rumo S.A., resultante da fusão da Rumo Logística Operadora Multimodal S.A., com a América Latina Logística S.A. (ALL).

O contrato de concessão previa o cumprimento de metas de produção e de segurança, além da obrigação de a concessionária zelar pela integridade dos bens arrendados, vinculados à concessão, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação.

De acordo com o relatório de auditoria nº TC 026.116/2020-0, do Tribunal de Contas da União (TCU), no início da concessão, o transporte de combustível representava 50% da receita estimada da ferrovia e 41% do volume transportado. Entretanto, cerca de um mês após o início das operações pela concessionária, em razão do Despacho 99/1996, do Departamento Nacional de Combustíveis do extinto Ministério das Minas e Energia, extinguiu-se a preferência do modo ferroviário para transporte de óleo diesel, sendo ofertado ressarcimento parcial do frete igualmente para o modo rodoviário.

Sob esse argumento da desregulamentação do transporte de combustíveis, a concessionária requereu, judicialmente, o reequilíbrio contratual. Assim, em dezembro de 2014, foi proferida sentença, nos autos do processo de nº 0018095-12.2000.4.02.5101, em trâmite na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, a qual declarou a existência de desequilíbrio econômico-financeiro nas relações jurídicas concernentes aos contratos administrativos de concessão e de arrendamento de bens ferroviários, lavrados entre as partes, em 27 de junho de 1996.

O fato irrefutável é que a concessionária não conseguiu desempenhar as metas de produção pactuadas, ficando evidente que o aumento de produção e a participação do modo ferroviário, na região compreendida pela extensão da malha, não se concretizou.

Assim, após os reiterados descumprimentos legais e contratuais, por parte da Concessionária, a ANTT instaurou, em 21 de janeiro de 2020, um processo administrativo para verificação da inadimplência da Concessionária, que, ao final, pode levar à declaração de caducidade da concessão, consoante determina a Lei 8.987/95.

Nesse momento, cabe pontuar que os contratos administrativos preveem cláusulas de extinção da concessão, a saber:

- Término do prazo contratual;
- Encampação;
- Caducidade;
- Rescisão;
- Anulação; e
- Falência ou extinção da concessionária.

O término do prazo contratual é a forma natural de extinção da concessão, operando-se sem a necessidade de qualquer aviso ou notificação prévio. Assim, com o advento do termo final do contrato, o poder concedente pode, desde logo, assumir o serviço concedido, discutindo-se, posteriormente, eventuais questões indenizatórias.

A encampação ocorre quando o poder concedente deseja retomar o serviço concedido. Aqui se aplica a prerrogativa especial que tem o poder público de extinguir unilateralmente os contratos administrativos. Nessa modalidade extintiva, não há qualquer inadimplência por parte do concessionário, há tão somente o interesse da administração em retomar o serviço. Como o poder concedente é o titular do serviço, algumas situações, fundadas no interesse público, são justificantes para extinção da concessão.

A caducidade se verifica quando há o inadimplemento do concessionário, configurada pela inexecução total ou parcial do contrato. A extinção do contrato se legitima porque o concessionário descumpre obrigações fundamentais, as quais podem se referir a inadequação na prestação do serviço, seja por ineficiência, seja por falta de condições técnicas, econômicas ou operacionais; paralisação do serviço sem justa causa; descumprimento de normas legais e regulamentares, e de cláusulas contratuais; desatendimento de recomendação do concedente para a regularização do serviço; não cumprimento de penalidades nos prazos fixados; sonegação de tributos e contribuições sociais, assim fixada em sentença judicial transitada em julgado; e não atendimento à intimação do concedente para, em 180 dias, apresentar a documentação concernente à regularidade fiscal no período da concessão, como o impõe o art. 29 da Lei nº 8.666/1993.

A declaração de caducidade impõe a observância prévia de algumas formalidades. Primeiramente, o concessionário deve receber a comunicação do seu descumprimento e a recomendação de ser sanada a irregularidade em certo prazo. Somente após, é que o poder concedente instaurará processo administrativo, assegurando-se contraditório e ampla defesa ao concessionário. Sendo constatada a inadimplência da empresa concessionária, o poder concedente declarará a caducidade por decreto expedido pelo Chefe do Executivo.

Por seu turno, a rescisão caracteriza-se pela ocorrência de fato, superveniente à celebração do contrato, idôneo para desfazer o vínculo firmado entre o poder concedente e o concessionário, tendo como pressuposto o descumprimento, pelo poder concedente, das normas legais, regulamentares ou contratuais.

A anulação é imposta quando o instrumento contratual foi firmado com vício de legalidade, podendo ser decretada por decisão administrativa ou judicial. Por fim, cabe consignar que o art. 35, VI, da Lei das Concessões, consigna que a concessão se extingue pela falência ou extinção da empresa concessionária e, em se tratando de empresário individual, pelo falecimento ou incapacidade do titular. Ocorrendo a extinção, o serviço delegado retorna ao poder concedente para, se for o caso, ser providenciada nova concessão.

Nesse sentido, nota-se que quando o concessionário descumpra suas obrigações contratuais pode-se operar a rescisão administrativa do instrumento celebrado, assumindo o poder concedente, temporariamente, o serviço até que seja contratado outro concessionário, após novo procedimento licitatório.

Entretanto, como alternativa inovadora de devolução coordenada e negociada da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo, foi promulgada a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabeleceu diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

A relicitação pode ser conceituada como procedimento para a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim. Nesse sentido, o processo de relicitação, estabelecido na Lei nº 13.448/2017, tem como uma de suas consequências o encerramento do prazo das concessões originárias, resultando em um novo modelo de extinção antecipada de contratos de concessão.

Assim, com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Nesse sentido, em 21/7/2020, a concessionária apresentou pedido de devolução e relicitação da Malha Oeste, suspendendo-se o processo de caducidade da concessão em tela. A proposta foi analisada pela ANTT e, mediante a Deliberação 440, de 27 de outubro de 2020, foi atestada a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação da concessão da Malha Oeste, nos termos do art. 4º, caput do Decreto 9.957, de 6 de agosto de 2019.

Desta feita, foi publicado o Decreto 10.633, de 18 de fevereiro de 2021, o qual qualificou a Malha Oeste no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos para fins de relicitação.

Nesse contexto, podemos inferir que o contrato de concessão está próximo ao fim, seja pela declaração de caducidade ou pela viabilidade da relicitação, tendo em vista a qualificação de empreendimento público federal do setor ferroviário no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, consoante Decreto nº 10.633, de 18 de fevereiro de 2021.

O Novo Marco Legal das Ferrovias

Como já salientado anteriormente, a atual configuração da malha ferroviária do País tem como origem o processo de privatização, ocorrida na segunda metade da década de 1990, das malhas ferroviárias da União e do estado de São Paulo.

O processo de privatização da malha ferroviária na década de 1990, inserido no âmbito da política de governo com o escopo de reduzir a presença do Estado na economia e promover maior participação do setor privado na construção e manutenção da infraestrutura. A Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA) apresentava, há algumas décadas, déficit operacional significativo, baixa capacidade de investimento, excesso de funcionários e degradação do ativo operacional, demandando subsídio continuado da União. Diante desse cenário, dentre as atividades desempenhadas pelo setor público transferidas à iniciativa privada, a concessão da malha ferroviária era o setor menos atrativo ofertado pelo programa nacional de desestatização.

É certo que o modelo de gestão vigente mantém a propriedade estatal da infraestrutura, conferindo ao detentor da outorga da concessão o direito de exploração da malha. A concessionária assume a responsabilidade pela manutenção da infraestrutura, bem como pela realização dos investimentos necessários à sua expansão, prevendo-se o ressarcimento do investimento não amortizado, ao final da concessão.

Amparado no art. 21, XII, alínea “d”, da Constituição Federal, determina que compete a União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território. Ainda, em seu art. 175, a Carta Magna atribui ao Estado a titularidade para a prestação de serviços públicos, os quais podem ser realizados sob a forma de concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação. Nesse compasso, atualmente, quando há exploração de transporte ferroviário, estes são classificados como serviços públicos.

Apesar da titularidade dos serviços públicos ser da União, a Constituição Federal não impôs a sua execução pelo Governo Federal, ao passo que a exploração desse serviço pode ser feita mediante concessão e permissão, os quais podem ser entendidos como atos administrativos editados pelo titular do serviço, delegando as competências de execução a um particular. No entanto, mesmo após a desestatização operada observa-se uma estagnação no setor, o qual teve uma recuperação mínima.

Diante deste cenário, em 2018, é apresentada uma proposição legislativa, a qual prevê um regime de autorização, mais flexível que o regime de concessões atualmente vigente, que pode viabilizar também a existência de *shortlines*.

As *shortlines* operam como uma empresa ferroviária de pequeno ou médio porte, em linhas com menor demanda em relação às malhas ferroviárias nacionais, podendo atender áreas de baixa densidade de carga ou passageiros.

O Projeto de Lei sob o nº 261, apresentado pelo Senador José Serra, dispõe sobre a exploração indireta, pela União, do transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada, autorizando a autorregulação ferroviária, disciplinando o trânsito e o transporte ferroviário, sob o argumento de que a história ferroviária do Brasil é marcada por diversas oportunidades perdidas.

O parlamentar segue defendendo que, em que pese a economia brasileira figurar em 7º lugar no ranking global, a infraestrutura ferroviária, segundo o Fórum Econômico Mundial, ocupa a modesta 88ª posição entre 137 países analisados. Aduz ainda que segundo dados do Governo Federal, as ferrovias brasileiras transportam somente 15% das cargas em termos de tonelagem por quilometro útil, a mesma proporção de meados da década de 1990. Em extensão de trilhos ativos, notou-se um retrocesso aos níveis de 1911, apesar de todos os avanços em produtividade e segurança oportunizados pelas concessões ferroviárias.

Consigna também que, no mercado urbano de passageiros, a participação do modo ferroviário ainda é bastante reduzida, sendo que as cidades são afetadas pela insuficiência dos sistemas ferroviários e metroviários, tendo em vista a profunda dependência do modo rodoviário e, por conseguinte, das suas externalidades negativas, tanto sociais quanto ambientais.

Na sua percepção, parte significativa deste atraso está na grande dependência de investimentos públicos para desenvolvimento do setor, mesmo na hipótese de outorga por concessão. Outrossim, afirma que o Brasil dispõe de 8.534 km de ferrovias abandonadas, 51.530 km de ferrovias planejadas e pouco mais de 10.000 km de ferrovias ativas, em plena operação.

Para tanto, o parlamentar propôs incorporar as melhores práticas disponíveis no cenário internacional com as adaptações necessárias ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como busca incorporar as disposições presentes no Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, sob o fundamento de que trará maior segurança jurídica aos investidores.

Nos termos propostos, o particular poderá ser autorizado pelo Poder Público a construir e operar sua própria ferrovia, sem retirar a primazia do Estado para investir onde for oportuno e conveniente, diretamente, ou mediante concessões.

Os instrumentos urbanísticos, previstos no projeto, viabilizam a implantação de novas linhas. Um deles é o reparcelamento, por meio do qual imóveis antigos são substituídos por novos, mais adequados ao empreendimento ferroviário.

Na proposição legislativa, é aventada a possibilidade de o investidor privado explorar a ferrovia como atividade econômica, mediante autorização do Poder Público, em conformidade com o parágrafo único do art. 170 e art. 21, XII, “d”, ambos da Constituição Federal.

No regime de direito privado, a empresa exploradora da ferrovia terá liberdade para a proposição de seu traçado, preços, níveis de serviço, bem como suas especificações, de forma coordenada e colaborativa, em conjunto com os demais membros da entidade de autorregulação técnica, quais sejam representantes dos passageiros, dos embarcadores e da indústria de insumos ferroviários.

No regime a ser implementado, o Estado atuará, primordialmente, como supervisor e instância recursal da entidade de autorregulação, com o objetivo de garantir os direitos dos usuários e coibir práticas anticoncorrenciais. A regulação por parte da Administração, dedicar-se-á à uniformização e à padronização de sistemas a fim de maximizar os efeitos escala, densidade e escopo da rede, além da segurança do transporte.

No modelo proposto, ganha preponderância a colaboração mútua entre os proprietários de imóveis lindeiros às novas ferrovias, posto que serão os maiores interessados na valorização imobiliária decorrente do empreendimento, bem como no aumento do fluxo de cargas e passageiros. Assim, será criada uma nova ordem de ferrovias de titularidade privada e utilidade pública, mediante contratos de autorização de atividade econômica, não interferindo em nada nas ferrovias de titularidade pública outorgadas aos particulares, mediante concessão.

O Projeto de Lei foi proposto com 69 (sessenta e nove) artigos, ao longo de oito capítulos estruturados em disposições preliminares, definições e competências, princípios e diretrizes, ferrovias privadas em regime de direito privado, autorregulação, trânsito e transporte ferroviário, financiamento e disposições finais e transitórias.

Em síntese, o projeto visa disciplinar a outorga de autorização à iniciativa privada para construir ou adquirir ferrovias e explorar o transporte sobre os trilhos de sua propriedade, em regime de direito privado; a autorregulação ferroviária, cria a possibilidade de que o próprio mercado promova a gestão e a coordenação do trânsito de pessoas e de mercadorias por linhas de diferentes empresas, cabendo ao Poder Público atuar apenas em caso de conflitos não conciliados pelas partes; assim como a segurança do trânsito e do transporte ferroviários, assunto atualmente disposto no Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996.

No primeiro capítulo, Disposições Preliminares, constam quatro artigos delineando o objeto da lei e o âmbito de aplicação ao estabelecer que a lei se aplica às ferrovias construídas ou adquiridas pela iniciativa privada em regime de direito privado e que suas normas gerais se aplicam às ferrovias estaduais, distritais e municipais de quaisquer tipos ou categorias.

O segundo capítulo define a administração ferroviária, serviços de transporte ferroviário, integração vertical, segregação geográfica e reparcelamento. Ainda, estabelece as competências da União em relação às administrações ferroviárias, às entidades privadas de autorregulação e à segurança do trânsito e do transporte ferroviário.

O terceiro capítulo relaciona os princípios e as diretrizes para o planejamento, a operação, a regulação e a fiscalização, entre outras atividades que envolvem as ferrovias privadas.

O quarto capítulo denomina-se Ferrovias Privadas em Regime de Direito Privado e é composto de nove seções que constituem o fundamento do projeto.

A primeira seção, Obtenção, indica que a exploração das ferrovias de propriedade privada se dará em regime de autorização, cuja outorga depende de submissão de requerimento da parte interessada ao órgão ou entidade competente, além de prévio processo de chamada ou de anúncios públicos. Esta seção também contempla os procedimentos do processo seletivo, bem como as cláusulas essenciais do contrato a ser firmado entre as partes.

A segunda seção, Operação, estipula o regime de liberdade tarifária para a operação da autorizatória e indica que o uso da linha férrea por outras administrações ferroviárias distintas daquela, depende apenas de acordos voluntários entre as partes envolvidas. Trata, também, da desativação e da erradicação de ramais ferroviários privados.

A terceira seção, Extinção, detalha e especifica as hipóteses de extinção dos contratos de autorização que somente ocorreria em caso de cassação, caducidade, decaimento, renúncia, anulação ou falência, uma vez que os contratos não têm prazo determinado.

A quarta seção, Requisitos Prévios, indica os atos precedentes necessários à aprovação da autorização da ferrovia privada.

A quinta seção, Operações Ordinárias, trata do licenciamento de trens e do compartilhamento da infraestrutura ferroviária, estipula que a operação do transporte ferroviário de passageiros ou de cargas independe de novas outorgas do Poder Público, impõe a necessidade de expressa autorização do órgão ou da entidade federal competente, observados critérios objetivos de segurança para a abertura ao tráfego de qualquer trecho ferroviário privado. Constam, ainda, desta seção, a vedação ao transporte não remunerado, as regras para atendimento a reclamações de usuários e a permissão para cobrança por operações acessórias.

A sexta seção, que trata das Operações Extraordinárias, estabelece as situações em que a União poderá assumir temporariamente o serviço ferroviário, bem como as condições necessárias para tal.

A sétima seção disciplina as Operações de Transporte. Conceitua-se tarifa de transporte de cargas; proíbe-se a discriminação de nível de serviço injustificada e estabelece a responsabilidade da administração ferroviária com base no Código Civil e no Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Além disso, estipula-se a responsabilidade por indenização em caso de tráfego mútuo; veda-se a comercialização de produtos não licenciados no interior dos trens e estações; e concede-se isenção de pagamento de preço ou tarifa ao menor de dois anos que não ocupe assento.

A oitava seção, denominada Operações Logísticas, dispõe que as atividades intermodais ou multimodais de transporte em instalações vinculadas e fisicamente conectadas às linhas férreas independem de novo ato

administrativo que as autorize e requer que tais atividades sejam realizadas por meio de sociedades de propósito específico subordinadas às administrações ferroviárias.

A última seção do quarto capítulo cuida das Operações Urbanísticas vinculadas à exploração ferroviária e elenca as regras para viabilização do uso e ocupação do solo do entorno das linhas férreas e das estações ferroviárias, bem como inclui os autorizatórios entre os entes aptos a promover desapropriação por meio de alteração do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

O quinto capítulo trata da autorregulação ferroviária a ser exercida por uma entidade privada a ser criada pelas partes interessadas. A primeira seção consigna as regras para a composição da entidade de autorregulação e estipula que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) assumiria todas as funções regulatórias enquanto a entidade autorregulatória não fosse criada. A segunda seção disciplina como se dará a supervisão da autorregulação, de competência da ANTT.

O sexto capítulo, também composto de duas seções, dispõe sobre o Trânsito e o Transporte Ferroviário em substituição ao conteúdo do Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, que trata dos Regulamento dos Transportes Ferroviários.

O sétimo capítulo, Financiamento, relaciona os preços e as tarifas a serem pagos à administração ferroviária pelo uso de suas áreas, edifícios, instalações, equipamentos, facilidades e serviços.

No oitavo capítulo, têm-se as disposições transitórias e finais, no qual alteram-se as leis:

- Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, para harmonizar as formas de outorgas previstas na legislação atual com o conteúdo da nova Lei;
- O Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, para destinar percentual arrecadado com multas de trânsito para a promoção da segurança e para a construção e revitalização de passagens ferroviárias; e
- A Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação, para determinar a atualização anual do rol das ferrovias federais, bem como para dispor sobre as regras para a desativação ou erradicação de trechos de “tráfego inexpressivo” e para instituir o sistema de classificação das ferrovias que contemple a classificação geográfica, institucional e patrimonial das ferrovias nacionais.

O penúltimo artigo da proposição delega ao Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes (CONIT) a competência para detalhar, em regulamento, os direitos e deveres da administração ferroviária, dos embarcadores e dos passageiros; as atribuições e os procedimentos de segurança; e as multas e as demais sanções administrativas para os infratores de suas disposições, com previsão de recursos para cada caso.

O último capítulo trata da vigência da lei prevendo que entrará em vigor noventa dias após sua publicação oficial.

Da forma apresentada, a proposta legislativa tem o condão de disciplinar uma nova modalidade de outorga, onde as ferrovias construídas ou adquiridas pela iniciativa privada seriam exploradas em regime de direito privado, por meio de autorização, outorgadas mediante processo de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, de processo seletivo público.

O interessado em obter autorização para operação de ferrovia em regime privado requisitará ao órgão ou entidade competente, instruindo o pedido juntamente com acervo documental composto de relatório dos projetos logísticos e urbanísticos, com as características do transporte e sua forma de financiamento, bem como das especificações técnicas da operação compatíveis com o restante da rede; prova de título de propriedade ou posse que assegure o direito de uso e fruição do terreno necessário ao empreendimento ferroviário em, pelo menos, um vinte avos do

trajeto da ferrovia privada requerida, nos termos dos projetos logísticos e urbanísticos; e relatório executivo dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental.

Após o requerimento de autorização, dar-se-á início ao processo de anúncio público, com prazo para identificação da existência de outros interessados na obtenção de autorização de ferrovia na mesma região e com características semelhantes. O instrumento de abertura de chamada ou anúncio públicos indicará, obrigatoriamente, os parâmetros sobre o projeto, quais sejam, a região geográfica na qual será implantada a ferrovia; o perfil das cargas ou dos passageiros a serem transportados; assim como a estimativa do volume de cargas ou de passageiros a ser movimentado.

Encerrando-se a etapa de chamada ou anúncio públicos, será analisada a viabilidade técnico-ambiental das propostas apresentadas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor ferroviário. Observado o disposto no regulamento poderão ser expedidas diretamente as autorizações de ferrovias privadas quando:

- O processo de chamada ou anúncios públicos fosse concluído com a participação de único interessado;
- Não houvesse impedimento locacional à implantação de todas elas de maneira concomitante, pois se houver mais de uma proposta e impedimento locacional que inviabilizasse sua implantação de maneira simultânea, seria promovido processo seletivo público.

A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterà, dentre outras cláusulas, o objeto, ramais e imóveis vinculados, modo, forma e condições de exploração da ferrovia, condições gerais para interconexão e compartilhamento da infraestrutura, bem como os investimentos de responsabilidade do contratado.

Desta forma, a autorizatária promoveria os investimentos necessários para a criação, expansão e modernização das instalações ferroviárias por sua conta e risco, operando em regime de liberdade tarifária, sujeitando-se ao controle dos órgãos de defesa do consumidor e da concorrência, os quais têm autoridade para coibir a cobrança de preços abusivos.

No que tange a instalação e a operação de nova infraestrutura ferroviária em zonas urbanas ou zonas de expansão urbana, deverá ser observado o plano diretor municipal, adotando-se a lógica de que a valorização imobiliária advinda do empreendimento ferroviário constitui importante fonte de receita para o negócio. Para tanto, fomenta-se a criação de empresas de serviços ferroviários e de desenvolvimento urbano.

Outra inovação proposta é a possibilidade de o poder público instituir contribuição de melhoria decorrente da implantação da ferrovia. Essa receita será arrecadada dos moradores de imóveis lindeiros ao projeto e comporá as fontes de financiamento do empreendimento, de forma a reduzir os custos de implantação e, conseqüentemente, os preços que virão a ser cobrados dos usuários.

Ainda, prevê-se a possibilidade de ser instituída entidade de autorregulação com a função de regular aspectos operacionais da ferrovia, dirimir conflitos, orientar e disciplinar as condições de controle operacional das malhas ferroviárias exploradas pelos associados a essa entidade.

Impende consignar que a proposição legislativa apresentada, assemelha-se ao modelo já adotado para a exploração dos terminais portuários privados, regidos pela Lei 12.815, de 5 de junho de 2013.

Nesse compasso, cumpre esclarecer que os serviços ferroviários são serviços públicos passíveis de exploração, mediante autorização como instrumento de outorga de serviço público, conforme comando constitucional disposto no art. 21, XII, alínea “d”.

Dito isso, vale consignar as diferenças entre os institutos da concessão, da permissão e da autorização. A concessão é um contrato administrativo feito com o particular em que este recebe a prerrogativa de prestar serviço público, tendo como remuneração as tarifas pagas por aqueles que fazem uso do serviço. Já a permissão é ato unilateral e precário pelo qual se delega ao particular a execução de serviço público. Por seu turno, a autorização é um ato unilateral no qual a Administração permite ao particular realizar atividade que não pode ser prestada sem esse consentimento. Nessa acepção, trata-se, de ato discricionário, cuja outorga depende do juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

Assim, constata-se que o legislador ordinário ao propor a ampliação do conteúdo da outorga para exploração dos serviços ferroviários visa alavancar as potencialidades do setor, de forma a atrair investimentos para aumentar a oferta de infraestrutura ferroviária, impedir a concentração do mercado, reduzir os custos logísticos e promover a concorrência no setor ferroviário, compatibilizando o instituto da autorização ao ordenamento jurídico, salvaguardando a segurança jurídica para a celebração dos instrumentos.

Por fim, é importante frisar que o projeto de lei ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional, mas sendo sancionando e entrando em vigor é indene de dúvidas que haverá o estímulo ao desenvolvimento ferroviário do País.

Atual estrutura federal da área de transportes

Através da Medida Provisória nº 870/2019, convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019 foi alterada a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Em meio a estas mudanças, também foram delegadas as atribuições de antigos órgãos a novas estruturas, como o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil passando a ser denominado Ministério da Infraestrutura.

Ainda, foi atribuído a este Ministério às competências do extinto Ministério das Cidades, de modo que agora é sua função formular diretrizes para o desenvolvimento do setor de trânsito, planejar, regular, normatizar e aplicar recursos em políticas de trânsito, juntamente com o Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), incorporados à nova pasta.

De acordo com a disposição normativa, o Ministério deverá contar com até 4 secretarias, quais sejam: Secretaria Nacional de Aviação Civil; Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários; Secretaria Nacional de Transportes Terrestres e Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias.

A Secretaria Nacional de Aviação Civil compete propor, implementar e monitorar a política nacional de transportes, no âmbito do setor de aviação civil, e as ações governamentais a ela relacionadas, assim como coordenar, acompanhar e propor diretrizes relativas aos assuntos do setor de aviação civil que necessitem de posicionamento do Governo brasileiro perante os organismos internacionais e em convenções, acordos, tratados e atos internacionais de que o Brasil seja parte, respeitadas as competências legais dos demais órgãos e entidades governamentais.

A Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários tem por objetivo propor, implementar e monitorar a política nacional de transportes, no âmbito dos setores de transporte aquaviário e portuário, em articulação com a Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias; coordenar e acompanhar os assuntos dos setores de transporte aquaviário e portuário, que necessitem de posicionamento do Governo brasileiro perante organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados, respeitadas as competências legais dos demais órgãos e entidades governamentais, propor atualizações e orientar a implementação de planos, programas e ações destinadas ao desenvolvimento do Sistema Nacional de Viação (SNV), relativo aos setores de transporte aquaviário e portuário e estabelecer as diretrizes para a elaboração de planos de outorga e de propostas tarifárias, no setor de transporte

aquaviário, e elaborar e propor a aprovação dos planos de outorgas para exploração dos setores de transporte aquaviário e portuário.

A Secretaria Nacional de Transportes Terrestres deverá propor, implementar e monitorar a política nacional de transportes, as atualizações do Sistema Nacional de Viação, no que diz respeito aos setores rodoviário e ferroviário, e a política nacional de trânsito; participar da formulação e da implementação do planejamento estratégico do Ministério, relativo aos setores de transporte rodoviário e ferroviário e de trânsito, e propor prioridades para os programas de investimentos; coordenar e acompanhar os assuntos dos setores de transporte rodoviário e ferroviário e de trânsito que necessitem de posicionamento do Governo Federal perante os organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados, respeitadas as competências legais dos demais órgãos e entidades governamentais, assim como propor diretrizes e orientar planos, programas e ações destinadas ao desenvolvimento do sistema nacional de trânsito.

Por fim, compete a Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias propor planos, programas, ações e atualizações destinados ao desenvolvimento do Sistema Nacional de Viação – SNV e coordenar a formulação e articular as políticas de fomento e incentivo com as diferentes modalidades de investimento dos subsistemas de transportes.

A multimodalidade e intermodalidade de cargas

A intermodalidade e a multimodalidade se caracterizam pela utilização de dois ou mais modos de transportes, muito embora as operações sejam aparentemente semelhantes, conceitualmente são institutos distintos.

O termo intermodalidade é utilizado para designar a conjugação de dois ou mais modos de transporte, emitindo-se mais de um documento, para cada transportador. Já o termo multimodalidade, não apenas designa uma simples inter-relação física, como envolve também a integração de responsabilidades, tais como integridade da carga e seguro, conhecimento, programação, cobrança do frete e as demais despesas, com a emissão de apenas um documento emitido pelo Operador de Transporte Multimodal.

O processo de normatização da multimodalidade, no Brasil, teve início em 1994, em razão do acordo firmado entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, no âmbito da formação do MERCOSUL. O acordo assinado por esses países teve o objetivo de utilizar, de forma mais eficaz, a infraestrutura de transporte dos países signatários, reduzindo os custos operacionais de transporte entre as regiões.

O acordo já era uma definição de Transporte Multimodal de Cargas, que, posteriormente, foi incluído na Lei nº 9.611, art. 2º:

Art. 2º Transporte Multimodal de Cargas é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal (OTM).

Parágrafo único. O Transporte Multimodal de Cargas é:

- I - nacional, quando os pontos de embarque e de destino estiverem situados no território nacional;
- II - internacional, quando o ponto de embarque ou de destino estiver situado fora do território nacional.

Consta ainda, no art. 5º da aludida lei a definição do OTM, qual seja “O Operador de Transportes Multimodal é a pessoa jurídica contratada como principal para a realização do Transporte Multimodal de Cargas da origem até o

destino, por meios próprios ou por intermédio de terceiros”. Contudo, somente em 2004, os OTMs foram habilitados através da resolução nº 794/04 da Agência Nacional de Transportes Terrestres, observando-se um aumento sensível na quantidade de habilitações concedidas pela agência regulatória.

Como já salientado anteriormente, o transporte intermodal pode ser entendido como o transporte através de dois ou mais modais, utilizando as melhores características de cada modal, de forma a reduzir os custos e as resistências ao fluxo contínuo de cargas, desde a origem até o destino.

Este conceito realça o desempenho econômico e operacional da cadeia de transporte, através do uso mais produtivo dos vários modos de transporte e pressupõe a eficiência dos terminais intermodais, os quais têm impacto decisivo sobre a eficiência e a eficácia do processo de transporte.

Segundo alguns estudiosos, diversos fatores dificultam a implantação e o desenvolvimento da intermodalidade em nosso país, sendo os mais notáveis a deficiência de infraestrutura de transportes de maneira geral, o desbalanceamento da matriz de transportes, causada pelo abandono das ferrovias na fase de gestão pública, por sua rarefação e pelo, ainda, subdesenvolvido sistema de transporte fluvial, assim como a ausência latente de armazéns, terminais e portos, em que pese a substancial melhora, após as concessões à iniciativa privada.

Descentralização da gestão da infraestrutura rodoviária e portuária

No âmbito dos transportes aquaviários, a Constituição Federal, em seu art. 21, XII, alínea “f”, elenca, expressamente, que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres compete somente a União explorá-los diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão.

A execução direta consiste na prestação do serviço público pelo próprio Estado. Nesse cenário, o Estado acumula as situações de titular e prestador dos serviços. Desse modo, quando a União decide explorar um porto marítimo por si mesma, o fará de forma centralizada e por intermédio de um de seus órgãos.

Com relação a execução indireta, trata-se de hipótese na qual o Estado, por sua conveniência, transfere o encargo da prestação a outras pessoas, físicas ou jurídicas, integrantes ou não do aparelho estatal.

O Estado pode proceder a descentralização basicamente por meio de duas formas: por delegação legal, por meio da edição de lei específica, na qual admite-se a descentralização e com a criação de pessoa administrativa para a execução do serviço; por execução indireta dos serviços públicos, quando há delegação negocial, qual seja a concessão e a permissão de serviços público.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, a qual autorizou a União a delegar aos Municípios, Estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. Regulamentando a lei, foi editado o Decreto nº 2.184, de 24 de março de 1997.

Nessa linha de entendimento, mais especificamente no setor de infraestrutura, a Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, em seu art. 12, inciso I, estabeleceu como diretriz geral do gerenciamento de infraestrutura e da operação dos transportes aquaviários a descentralização de ações sempre que possível.

A Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, disciplinou a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias, prevendo a possibilidade de delegação, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996.

Com efeito, esses convênios vêm facilitando o aumento da produtividade nacional, através de processos de transferência jurisdicional e de terceirização de segmentos portuários e viários, com vistas a maior eficiência e redução dos custos operacionais dos serviços de infraestrutura de transportes prestados pela Administração Pública.

No tocante as rodovias, há delegação quando a União, por intermédio do Ministério da Infraestrutura, autoriza os entes interessados sejam Municípios, Estados da Federação ou Distrito Federal a administração e exploração de rodovia federal, ou trecho de rodovia, por até 25 anos, podendo haver prorrogação, por meio da formalização de um convênio de delegação.

Os convênios de delegação são assinados usualmente pelo Delegante, qual seja o Ministério e o delegatário, ente interessado, assim como os respectivos intervenientes.

Segundo art. 4º da Lei nº 9.277/1996, poderá o Município, o Estado ou o Distrito Federal explorar a via diretamente ou através de concessão, sendo que a União só poderá destinar recursos financeiros às rodovias delegadas, ou trechos de rodovias, quando as obras e serviços não sejam de responsabilidade do concessionário.

As primeiras concessões de trechos rodoviários ocorreram na década de 1990, justificadas pela escassez de recursos públicos para investimentos no modo rodoviário, concomitante à deterioração da malha rodoviária nacional.

Desta forma, em 1993, foi criado o Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe). Esse programa estava em sintonia com o Programa Nacional de Desestatização (PND), tendo sido concedidos, inicialmente, os trechos da BR-116/RJ/SP (São Paulo – Rio de Janeiro), da BR-101/RJ (Ponte Rio-Niterói), da BR-040/ MG/RJ (Rio de Janeiro – Juiz de Fora), da BR-116/RJ (Rio de Janeiro – Teresópolis) e da BR-290/RS (Porto Alegre – Osório).

Em 1996, iniciou-se a delegação de trechos de rodovias federais a estados e a municípios, para administração própria ou mediante concessão. Com efeito, as delegações aos estados da federação, entretanto, não trouxeram os resultados esperados, sobretudo em virtude de dificuldades na implementação de concessões pelos estados e municípios.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Desestatização (CND) recomendou a revisão do programa de delegação federal e autorizou o então Ministério dos Transportes, a unificar a política de concessões rodoviárias. Assim, os convênios firmados com os estados foram desfeitos, de modo que a União assumiu os contratos de concessão que já haviam sido firmados nas rodovias federais.

Tráfego mútuo e direito de passagem

Os contratos de concessão firmados na década de 90 previram, no seu bojo, o compartilhamento da infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais, por meio de dois instrumentos, quais sejam o tráfego mútuo e direito de passagem, que representam graus distintos de interconexão na malha ferroviária.

A previsão contratual teve por origem o contido no art. 6º do Decreto nº 1.832/1996, que estabeleceu o Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF, no qual foi determinado que:

Art. 6º As Administrações Ferroviárias são obrigadas a operar em tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores.

§ 1º As condições de operação serão estabelecidas entre as Administrações Ferroviárias intervenientes, observadas as disposições deste Regulamento.

§ 2º Eventuais conflitos serão dirimidos pelo Ministério dos Transportes.

Por sua vez, a Lei nº 10.233/2001, que reestruturou o setor de transportes e criou a ANTT, estabeleceu, em seu artigo 25, que caberá à ANTT, como atribuições específicas relativas ao transporte ferroviário, regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas, bem como arbitrando as questões não resolvidas pelas partes.

Para a ANTT, tráfego mútuo é a operação em que uma concessionária, necessitando ultrapassar os limites geográficos de sua malha para complementar uma prestação de serviço público de transporte ferroviário, compartilha recursos operacionais, tais como material rodante, superestrutura de via na infraestrutura de outra concessionária, pessoal, serviços e equipamentos, com a concessionária em cuja malha se dará o prosseguimento ou encerramento da prestação do serviço, mediante remuneração ou compensação financeira.

O direito de Passagem é definido como a operação em que uma concessionária permite a outra, mediante remuneração ou compensação financeira, trafegar na sua malha, para complementar uma prestação de serviço público de transporte ferroviário.

O direito de passagem e o tráfego mútuo se caracterizam como obrigação dos concessionários de ferrovias, prevista nos respectivos contratos, de permitir o uso por outros concessionários dos recursos operacionais da ferrovia, sob a responsabilidade do visitado, para que o visitante complete prestação de serviço iniciada na sua malha.

No que se refere ao setor ferroviário, esta maximização da eficiência visa, ao mesmo tempo, permitir que o transporte se desenvolva por distâncias que o tornem competitivo e viabilizar a chegada da carga originária de uma malha a outra.

A ANTT, entretanto, após reiterados problemas na relação entre concessionárias, resolveu, em 2004, regulamentar a questão do direito de passagem e tráfego mútuo pela sua Resolução nº 433/04, que adotou o sistema de livre-negociação entre as concessionárias para definição das condições de compartilhamento de infraestrutura.

Cabe destacar que, em 2 de junho de 2021, a Agência Nacional de Transportes Terrestres publicou, no Diário Oficial da União, diversos atos que alteram a regulamentação das ferrovias no Brasil.

O primeiro importante ato publicado foi a Resolução ANTT nº 5.943, de 1º de junho de 2021, que dispõe sobre operações de direito de passagem e de tráfego mútuo no Subsistema Ferroviário Federal.

Nela, dentre outras questões, é estabelecido que:

- O compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais deverá ser realizado mediante tráfego mútuo ou, na sua impossibilidade, mediante direito de passagem;
- O direito de passagem poderá ser feito de forma a garantir que um terceiro interessado, que detenha outorga para a prestação do serviço de transporte ferroviário, possa trafegar na malha sob concessão de determinada concessionária;
- A impossibilidade de compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, que enseje o direito de passagem em vez do tráfego mútuo, poderá ser caracterizada quando houver desacordo comercial entre as partes ou quando as características operacionais inerentes ao tráfego mútuo comprometam o atendimento eficiente da necessidade de transporte do usuário.

Em casos de conflito quanto às questões associadas aos investimentos para expansão da capacidade, compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, os operadores outorgados ou os

usuários do serviço de transporte que se sentirem prejudicados poderão requerer a atuação da ANTT para resolução da questão, em especial nas seguintes situações:

- Impossibilidade de acordo acerca do compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais;
- Impossibilidade de acordo quanto ao valor dos investimentos de expansão de capacidade ou da tarifa de direito de passagem ou tráfego mútuo;
- Impossibilidade de acordo quanto à comercialização, por parte da cedente, da capacidade ociosa decorrente de investimentos suportados pela requerente e não utilizada por ela;
- Caso as exigências técnico-operacionais da cedente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais sejam consideradas abusivas pela requerente; ou
- Na impossibilidade de acordo quanto ao estabelecimento e cumprimento dos cronogramas de execução das obras de investimento para expansão da capacidade.

Ainda são determinados os requisitos indispensáveis ao exercício do direito de passagem pelo interessado que o venha a requerer, quais sejam a disponibilidade de material rodante, de locomotivas equipadas com dispositivos compatíveis com os sistemas de sinalização e comunicação da cedente e de equipagem que atendam às exigências técnico-operacionais mínimas aplicáveis ao trecho.

Assim, as tarifas referentes às operações em direito de passagem ou tráfego mútuo deverão ser estabelecidas por meio de negociação entre as partes, e deverão ser baseadas em critérios objetivos e isonômicos de contratação, tais como prazo, volume, sazonalidade, e condições de pagamento.

Impactos da MP nº 1.065/2021 no MS

No dia 30 de agosto de 2021, foi editada a Medida Provisória nº 1.065 instituindo o novo marco legal das ferrovias, o qual dispõe sobre a exploração do serviço de transporte ferroviário, o trânsito e o transporte ferroviários e as atividades desempenhadas por administradoras ferroviárias e operadores ferroviários independentes.

A MP tem como objetivo a desburocratização dos investimentos ferroviários privados no país, positivando o instituto da autorização para exploração indireta do serviço de transporte ferroviário previsto no art. 21, XII, alínea “d”, da Constituição Federal. Ainda, institui o Programa de Autorizações Ferroviárias, a fim de estimular a participação do setor privado na obtenção das autorizações.

Um dos argumentos apresentados para a edição da MP foi a recente calamidade pública incorrida pela pandemia da COVID-19, a qual reforçou a necessidade urgente de investimentos em infraestrutura, que servirão como indutor à retomada econômica. Aduz-se, ainda, que a viabilização célere de um modelo de exploração desburocratizado que possibilite a realização de investimentos privados para a exploração econômica do serviço de transporte ferroviário propiciará novas oportunidades de trabalho, na ordem estimada de 80 (oitenta) mil novos empregos ao longo dos dez primeiros anos, em um momento de fragilidade no mercado de trabalho, consideravelmente afetado pela pandemia.

Ainda, de acordo com a MP, também poderá ser autorizada a exploração de trechos sem operação, devolvidos, desativados ou ociosos. Outro ponto a ser destacado é que, nos casos em um interessado pretenda construir uma ferrovia em áreas privadas obtidas sem necessidade de desapropriação, o procedimento exigirá apenas um registro do projeto na Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT).

Desta forma, a Medida Provisória objetiva expandir as possibilidades de exploração do serviço de transporte ferroviário, considerando a dificuldade histórica de diversificação do setor, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos, tendo em vista a flexibilidade inerente ao regime de exploração por autorização, inclusive



para o reaproveitamento de trechos ferroviários sem operação, bem como desburocratizando a construção de infraestruturas ferroviárias.

A inovação legislativa visa aumentar a capilaridade das ferrovias, uma vez que a lógica do novo marco é possibilitar que o mercado possa, de forma livre, pactuar contratos voluntários para o aumento da capacidade ferroviária e obtenção de receitas complementares, sem prévia autorização da ANTT, pois a amortização de tais investimentos incumbirá ao próprio mercado, sem que haja qualquer ônus ou risco potencial para o Estado. O Estado apenas intervirá quando o mercado identificar sua incapacidade para amortização do investimento nos prazos contratualmente estabelecidos, para que sejam concedidos prazos de amortização superiores ao contrato de serviço de transporte ferroviário.

Espera-se que a MP promova a liberdade de mercado à indústria ferroviária, flexibilizando os negócios, tornando-o mais previsíveis e reduzindo o intervencionismo estatal. Desta forma, facilitará, sobremaneira, a oferta de infraestrutura por novas entidades prestadoras de serviços logísticos e de mobilidade e pelas próprias concessionárias ferroviárias, as quais terão mais instrumentos para investir em suas malhas.

Na esteira desse raciocínio, encontra-se o estado do Mato Grosso do Sul, o qual está elaborando uma legislação própria para autorizações ferroviárias, em regime de livre concorrência, com vistas a promover o incentivo a um planejamento cooperado e associado entre o governo federal e os estados, bem como propiciando segurança jurídica às empresas privadas que se interessarem em investir nas ferrovias do Mato Grosso do Sul.

É indene de dúvidas que o escopo dos normativos é atrair novos investimentos, ajudar a promover o desenvolvimento do setor e estimular o aumento da malha ferroviária no âmbito federal e estadual. Assim, a competitividade irá melhorar, fortalecendo as empresas e o agronegócio dos estados, a partir da redução do custo logístico.

ASPECTOS DE COMÉRCIO EXTERIOR

Impostos sobre o comércio exterior

Preliminarmente, cabe destacar que, de acordo com o art. 3º do Código Tributário Nacional pode-se definir tributo como toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Segundo o CTN, os tributos são divididos em impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios. O imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

No que concerne ao processo de tributação, sobre as operações de comércio exterior basicamente incidem os impostos de importação (II), exportação (IE), sobre produtos industrializados (IPI), sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), Programa de Integração Social/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/PASEP e COFINS) e o imposto sobre operações financeiras (IOF).

O imposto de importação e imposto de exportação, conforme disposto nos incisos I e II do art. 153 da Constituição Federal são de competência da União. As importações estão sujeitas, além do imposto de importação, ao IPI vinculado às importações, o COFINS Importação e o PIS/Pasep Importação, o ICMS e o IPI incidentes sobre as saídas do estabelecimento do importador, em decorrência da sua equiparação legal a estabelecimento industrial, com a finalidade de equiparação dos produtos estrangeiros aos produtos brasileiros, em termos de tributação incidente sobre o consumo.

O imposto de importação tem como fato gerador a entrada de produtos estrangeiros no território nacional, exercendo, inegavelmente, função extrafiscal, uma vez que visa proteger a indústria nacional, sendo facultado ao Poder Executivo alterar as alíquotas do imposto:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I – importação de produtos estrangeiros;

(...)

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

O imposto cobrado sobre exportações é, assim como o imposto de importação, um imposto extrafiscal, onde o governo pode diminuir a alíquota cobrada sobre a exportação de determinados bens, a fim de gerar mais renda e fortalecer a competitividade dos produtos nacionais no mercado internacional. Com efeito, as alíquotas também podem ser majoradas com o intuito de dificultar as operações de saída dos produtos nacionais, caso julgue importante a sua manutenção no país. O fato gerador do IE é a saída do território nacional para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados e, para efeito de cálculo do imposto, considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro de exportação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), consoante Decreto-lei nº 1.578, de 1977, art. 1º, § 1º).

O CTN determina que o Poder Executivo pode alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e do comércio exterior. Ou seja, a base de cálculo tem variação conforme a

conjuntura econômica vivida. Por oportuno, ressalta-se que o imposto é cobrado do exportador, ou quem a lei a ele equiparar, e a sua receita líquida destina-se à formação de reservas monetárias.

Assim, podemos inferir que o imposto de importação tem o condão de criar um ambiente favorável ao fortalecimento dos produtos nacionais, enquanto o imposto de exportação destina-se à formação de reservas monetárias.

É importante destacar que a Constituição Federal conferiu aos Estados e ao Distrito Federal a capacidade de instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior:

Art. 155, da CF/88. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...];

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O ICMS é um imposto de função eminentemente fiscal, instituído pela Emenda Constitucional nº 18/65, o qual aumentou significativamente a arrecadação por parte dos Estados. Atualmente, o ICMS é regido pelo art. 155, inciso II e § 2º, da CF/88, pela Lei Complementar nº 87/96 que traz disposições gerais sobre a matéria, assim como pelas diversas legislações estaduais.

A tributação no Comércio Exterior

A Constituição Federal, em seu artigo 145, estabelece o poder de tributar, que integra a atividade financeira do estado. Os tributos são concebidos como meios para obtenção de recursos pelos entes políticos, para realização das necessidades públicas, caracterizando-se como fonte de receita, cujas necessidades financeiras dos Estados são essencialmente cobertas por tributos.

Os tributos são efetivamente a principal receita financeira do Estado, classificando-se como receita derivada, porquanto advinda do patrimônio privado e compulsório, uma vez que, decorrem de lei. A contribuição é imposta às pessoas para o custeio da atividade estatal, pautando-se essencialmente pelos princípios da segurança, da igualdade e da capacidade contributiva.

Assim, a Constituição Federal realiza a repartição de competência tributária atribuindo à União, Estados e Municípios a competência para instituir tributos, assegurando-se autonomia financeira aos entes federativos. Nesse compasso, cabe a União criar normas gerais e aos Estados, Municípios e DF criar suas próprias leis que regulem seus orçamentos, devendo, entretanto, respeitar as normas gerais previamente estabelecidas pela União.

Além de definir as competências tributárias, a Constituição Federal estabelece, ainda, as regras de repartição de receitas tributárias. Nesse compasso, procurou-se assegurar na letra da Constituição a correção de eventuais desigualdades regionais referentes à distribuição de recursos para financiamento dos entes federativos. Em verdade, o Brasil apresenta graves desequilíbrios verticais e horizontais em seu federalismo, face a sua grande extensão territorial e diversidade regional. Este sistema de transferências tem como objetivo reduzir as desigualdades, adequando as receitas disponíveis às responsabilidades entre os três níveis governamentais, repassando, assim, recursos das jurisdições mais desenvolvidas para aquelas com menor potencial econômico-tributário.

No capitalismo moderno as rendas tributárias representam a fonte de recursos de maior relevância. Através dos tributos, o Estado consegue extrair recursos da sociedade para financiar suas ações, ações estas definidas pela

própria sociedade através de seus legítimos representantes e formatadas através do orçamento público. A forma pela qual o Estado gera estas receitas tributárias, assim como o nível de arrecadação almejado, são estabelecidos pelo respectivo sistema tributário.

Como sistema tributário deve-se entender como um conjunto ordenado e lógico de normas relativas à matéria tributária. Os conceitos e institutos que o compõem jamais devem ser considerados de forma estática, mesmo porque estes devem ser aplicados em um conjunto dinâmico composto mormente pela realidade social, pelo sistema econômico e pelo critério de justiça.

O sistema tributário de um Estado não pode, outrossim, ser considerado neutro dentro do contexto socioeconômico em que se encontra vigente. Sua estreita correlação com a realidade objetiva é regularmente observada e acompanhada pelos governantes e tecnocratas que definem a política econômica a ser adotada por um país. Uma simples análise quantitativa entre as rendas tributárias e os gastos públicos já evidencia um desequilíbrio das contas públicas, colocando em posição de fragilidade a estabilidade econômica de um país.

A principal função de qualquer sistema de tributação é, portanto, proporcionar o nível de receitas adequado para financiar os serviços públicos prestados ou colocados à disposição da população.

Diante de um cenário cada vez mais dinâmico enfrentado pela economia mundial é cada vez mais premente a necessidade de um sistema logístico e aduaneiro eficiente, capaz de atender às demandas em uma velocidade que acompanhe a agilidade exigida pelo mercado.

Nas operações comerciais, referentes ao comércio exterior basicamente incidem os impostos de importação (II), exportação (IE), sobre produtos industrializados (IPI), Programa de Integração Social/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/PASEP e COFINS) sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), este de competência dos Estados e ao Distrito Federal para instituição.

No que diz respeito às exportações, o governo brasileiro incentiva as remessas de mercadorias e serviços para o exterior a fim de fomentar a indústria nacional bem como o ingresso de capital estrangeiro no país. Estes incentivos são concedidos, dentre outros, por meio de reduções na carga tributária, tais como imunidade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), imunidade ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), isenção do PIS e COFINS, não incidência de Imposto sobre Serviços (ISS).

Adicionalmente, temos no instituto do Drawback, um regime aduaneiro especial, que pode apresentar-se em três modalidades, quais sejam, isenção, suspensão e restituição de tributos, sendo também classificado como incentivo à exportação, nos termos do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.402/92 e 382, caput, do Decreto nº 6.759/09. O incentivo consubstancia-se na desoneração do processo de produção, tornando, por conseguinte, a subsequente mercadoria nacional mais competitiva no mercado global.

Por seu turno, a importação não goza dos mesmos incentivos. O ingresso de mercadorias estrangeiras no território nacional é onerado, basicamente, pelos tributos:

- II – Imposto de Importação:

O II tem como fato gerador o ingresso de mercadoria estrangeira no território nacional. Na prática, é recolhido no momento do Registro da Declaração de Importação, conforme previsto no Decreto 6.759/09.

Uma importante característica do II é o seu carácter extrafiscal, ou seja, é um tributo que não possui finalidade meramente arrecadatória, mas também de regular a economia por meio do estímulo ou da coibição ao ingresso de mercadorias no país.

Ademais, o II é um tributo cumulativo, ou seja, não permite que o valor pago seja creditado nas operações seguintes, constituindo, portanto, custo ao importador.

- IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

O IPI, na importação, tem como fato gerador o ingresso de produto de origem estrangeira no país, mais especificamente, o desembaraço aduaneiro. A base de cálculo é o valor aduaneiro acrescido do valor do II.

O IPI é um tributo não-cumulativo, ou seja, permite que o valor pago na importação seja creditado para posterior compensação nas etapas subsequentes, desde que o produto importado seja um insumo da produção a ser realizada (matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem), ou mercadoria destinada à revenda.

- PIS e COFINS – Importação

Com o advento da Lei 10.865/04, a entrada de bens estrangeiros no território nacional também passou a constituir fato gerador do PIS e COFINS.

Este tributo também possui natureza não cumulativa e permite ser creditado em casos de aquisições de insumos e mercadorias. Nos casos de ativo imobilizado, o crédito poderá ser apropriado conforme depreciação ou amortização do bem.

- ICMS – Importação

Por fim, com o desembaraço aduaneiro, há também a ocorrência do fato gerador do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Este imposto tem como base de cálculo o valor aduaneiro, acrescido do II, do IPI, do próprio ICMS, também conhecido como “cálculo por dentro”, ou seja, a base de cálculo do ICMS é constituída de modo que o próprio valor do imposto a integre, cujo valor do imposto deve ser embutido no valor da operação para, somente após, aplicar a alíquota correspondente à mercadoria comercializada, bem como de quaisquer outros tributos e despesas aduaneiras incidentes sobre a importação.

Ressaltando-se, por oportuno, que diferente dos demais tributos, que são federais, o ICMS é de competência estadual e a alíquota aplicável varia de acordo com cada ente da federação.

ICMS importação

A CF preceitua que o imposto é devido ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço. No plano infraconstitucional, o tema está regulamentado pela Lei Complementar nº 87/96, a denominada Lei Kandir, estabelece que:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

e) importado do exterior, o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido; (...)”

Nesse sentido, surgiram discussões entre os Estados, pois cada ente firmava entendimento diverso do termo destinatário da mercadoria importada. Havia quem entendesse que o ICMS deveria ser pago ao Estado do destinatário final da mercadoria importada, outros ao Estado de quem iria utilizar a mercadoria no mercado interno ou ainda ao Estado de quem fosse o destinatário econômico dessa importação ou mesmo ao Estado de quem desse a entrada física da mercadoria após o desembaraço aduaneiro, entre outras interpretações.

Após muitos debates, o tema foi levado para discussão no Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu, com repercussão geral, nos autos do ARE 665.134/MG, publicado em 19/05/2020, que o destinatário da mercadoria importada é aquele que adquiriu junto ao fornecedor no exterior, devendo ser examinada a documentação dessa transação para verificar a quem o exportador transferiu a propriedade da mercadoria importada e quem a adquiriu para se estabelecer qual será o destinatário jurídico da importação e a qual Estado o ICMS deve ser recolhido.

Para tanto, o STF considerou que o fato gerador do ICMS-Importação é a transferência de titularidade da mercadoria importada. Por sua vez, a transferência da titularidade de forma onerosa, geralmente, rege-se pela compra e venda dessa mercadoria, cujas regras estão previstas nos arts. 481 e 483 do Código Civil.

Nesse mesmo sentido, podemos elencar a decisão do STF, publicada em 25/02/2021, na ACO 1093/MS, a qual estabeleceu que o Estado de Mato Grosso do Sul possui legitimidade para figurar como sujeito ativo do ICMS incidente nas operações de importação de gás natural procedente da Bolívia, vejamos:

1. Ações Cíveis Originárias. ICMS. Importação. Art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição Federal. 2. Sujeito ativo. Estado em que localizado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria importada. Precedentes. 3. Aspecto material do fato gerador do ICMS incidente na importação é a circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda) (RE 540.829 RG, Redator p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 18.11.2014). 4. Gás natural oriundo da Bolívia. Irrelevância da impossibilidade de estocagem ou armazenamento pela transferência gasosa de modo contínuo. Importação em nome próprio, sob encomenda, pela Petrobras. ARE 665.134 RG, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 19.5.2020. 5. Análise fático-contratual: duas operações de compra e venda, sendo a primeira entre a empresa boliviana e a Petrobras, com sujeição ativa do ICMS devido na importação correspondente ao Estado do destinatário jurídico da importação do gás, qual seja, Mato Grosso do Sul. Posterior transferência do domínio jurídico às empresas estatais dos Entes Federativos subnacionais em segunda operação de compra e venda de gás natural já internalizado, com nova incidência tributária de ICMS. 6. Ações julgadas procedentes. 7. Honorários advocatícios arbitrados em quantia fixa, diante do baixo valor atribuído à causa.

Assim, nota-se que o Supremo Tribunal Federal consolida seu entendimento sobre a definição de quem é o destinatário jurídico da importação para consequente definição de qual Estado será responsável pelo recolhimento do tributo, afastando as discussões cingidas nessa temática.

ICMS exportação e os incentivos fiscais

O imposto, de competência da União, sobre a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados tem como fato gerador a saída destes do território nacional. A Constituição prevê imunidade de ICMS sobre as operações que destinem mercadorias para o exterior, nos termos do art. 155, parágrafo 2º, inciso X, a, assegurando a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.

Os incentivos de crédito ou financeiros concedidos pelo governo brasileiro às empresas exportadoras são formas de financiamento a curto e longo prazo. A curto prazo, são operacionalizados no regime cambial vigente para as exportações, e a longo prazo a juros subsidiados pelo governo federal.

Quando a atividade fiscal do Estado é reduzida no intuito de estimular ou desestimular certas atividades, grupos, prestigiar determinadas situações ou valores juridicamente protegidos sociais, cultural e economicamente valiosos desenvolve-se a teoria dos incentivos fiscais.

Incentivos são instrumentos utilizados como forma de indução de comportamentos. O estímulo tributário, como instrumento de indução econômica dirigida através de incentivos fiscais. No entanto, não é lícito que o benefício implique em ações discriminatórias, na seara de incidência tributária nos diferentes pontos do território nacional, ressalvada a possibilidade de concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

São instrumentos de desoneração tributária, aprovados pelo próprio ente político autorizado à instituição do tributo, através de instrumento legislativo específico, com o propósito de estimular o surgimento de relações jurídicas de cunho econômico. É uma suspensão parcial ou total, mas sempre provisória, do poder que lhe é inerente, diferindo a tributação para o momento em que a captação de riquezas (imposição fiscal) possa ser efetuada de maneira mais efetiva, eficiente e justa.

A Constituição brasileira impõe os contornos para o uso de incentivos fiscais, dentro das diretrizes restritivas das limitações constitucionais ao poder de tributar, ao mesmo tempo em que avaliza a atividade intervencionista do Estado em prol de interesses públicos e coletivos. Assim, a tributação extrafiscal apresenta-se como um instrumento importante para a implementação de políticas públicas, motivadoras do desenvolvimento econômico.

A concessão de incentivos irá desonerar determinados contribuintes ou atividades econômicas de forma diferenciada, às vezes até anti-isonômica, mas tem a função de desenvolver uma região do país ou uma atividade econômica específica, sempre concedidos ou revogados por leis específicas, e, de modo a garantir transparência e segurança jurídica.

Nesse compasso, podemos destacar os convênios de ICMS, consoante art. 155, §2º, XII, 'g', CF, no que concerne ao ICMS, impondo à lei complementar regular, mediante deliberação dos Estados e do DF, isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos revogados, a fim de se evitar guerra fiscal

Assim, os incentivos fiscais à exportação são medidas adotadas para beneficiar o exportador reduzindo-lhe a carga tributária. Os incentivos aplicam-se aos produtos a serem exportados na venda direta ao exterior e para a venda no mercado interno com fim específico de exportação, a uma empresa comercial exportadora.

O ICMS e a guerra fiscal

O ICMS é um imposto que incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, consoante preceitua o art. 155, II, da Constituição Federal. É um dos principais tributos instituídos que garante aos Estados e Distrito Federal a obtenção de renda.

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, regulamentou o tributo, prevendo a desoneração das exportações de produtos primários e industrializados semielaborados, bem como assegurou o aproveitamento dos créditos de imposto que o exportador vier a acumular.

Cabe registrar que cada Estado define como serão as operações ocorridas em seu território, desde que sejam observados os preceitos constitucionais e as imposições estabelecidas na Lei Complementar 87/1996, também conhecida como Lei Kandir, a qual dispõe sobre fato gerador, substituição tributária, contribuintes do imposto, regimes de compensação, exclusões de incidência de ICMS, entre outros.

Ademais, uma característica importante do ICMS, estabelecida na Constituição Federal, é a questão da seletividade, ou seja, as alíquotas poderão ser seletivas quanto a essencialidade dos produtos e serviços. Assim, quanto mais essencial for o produto ou serviço, menor a alíquota e quanto menos essencial for o produto ou serviço, maior será a alíquota. Essa situação é facultada a cada estado, podendo haver diferenciação de interpretação quanto ao que é mais ou menos essencial, de um estado membro para outro.

A Constituição Federal ainda estabelece que cabe ao Senado Federal estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução, assim como fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados.

Com efeito, os estados podem intervir na economia através da criação de incentivos fiscais para as empresas. Incentivo fiscal é toda renúncia total ou parcial de arrecadação por parte do estado como forma de auxiliar e estimular o desenvolvimento de determinadas atividades. Com a criação dos incentivos fiscais, dá-se um fim à uniformidade do imposto, pois autoriza alguns contribuintes a não mais recolhê-lo.

Assim, a Constituição Federal determina que a concessão ou revogação de qualquer incentivo fiscal seja estabelecida por lei complementar que especifique todos os critérios e particularidades a serem seguidos. Nesse compasso, foi elaborada a Lei Complementar nº 24/1975, aprovando a criação do CONFAZ, órgão responsável pela promoção da celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS.

Nesse sentido, a guerra fiscal é deflagrada quando há a concessão unilateral de incentivo, ofertando possibilidades de melhoria econômica às empresas através de benefícios e incentivos fiscais, com o intuito de atraí-los para seus territórios.

Nesse compasso, o Supremo Tribunal Federal analisando o Tema 490 da Repercussão Geral, a fim de se esclarecer se ofende ao princípio da não-cumulatividade o estorno parcial de créditos de ICMS decorrentes de benefício ou incentivo fiscal concedido, por iniciativa unilateral de outro ente federativo, na operação precedente, firmou a tese de que o estorno proporcional de crédito de ICMS efetuado pelo Estado de destino, em razão de crédito fiscal presumido concedido pelo Estado de origem sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária, não viola o princípio constitucional da não cumulatividade.

Guerra fiscal

O princípio da uniformidade geográfica está previsto no art. 151, I da Constituição Federal, vedando a instituição de tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município em detrimento de outro.

O supracitado princípio visa, ainda, dar cumprimento ao princípio da isonomia, o qual admite tratamento distinto àqueles que se encontrem em situação de desigualdade. Possibilitando-se, assim, a concessão de incentivos fiscais destinados à promoção do equilíbrio socioeconômico das diferentes regiões do país, com vistas a redução das desigualdades regionais.

A Guerra Fiscal de ICMS é uma prática competitiva entre os Estados de uma mesma federação, buscando atrair empresas de outros territórios para o seu, oferecendo para isso uma série de benefícios e incentivos fiscais de ICMS, como isenções, diferimentos, reduções de alíquotas, de base de cálculo, de forma unilateral, sem que haja uma prévia deliberação de todos os Estados e Distrito Federal, ocasionando um prejuízo de arrecadação tributária para o ente federativo de onde se localizava a empresa.

A Guerra Fiscal traz consequências econômicas e sociais para todo o país, devido ao caráter nacional do ICMS, apesar deste ser um imposto estadual, mas que cuja receita se reparte entre Estados e Municípios.

Devido esse caráter nacional do ICMS o legislador preocupou-se em uniformizar o modo de incidência do ICMS nos diversos Estados, é o que se observa pelos dispositivos Constitucionais e pelo texto da Lei Complementar nº 24/75 no seu art. 1º, onde se busca uma homogeneidade desse imposto, até porque os efeitos jurídicos e econômicos incidem em todo o território nacional.

Para que se efetive qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, é imprescindível que seja celebrado convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), sob pena de ser declarada inconstitucional a lei concessiva do benefício.

Na esteira desse raciocínio, o princípio da isonomia se torna fundamental, para diminuir as desigualdades regionais, sendo ele a igualdade para o poder de tributar dos contribuintes, e tais isenções são mais utilizadas em regiões menos favorecidas. Porém alguns Estados acabam não respeitando tal princípio e concedendo benefícios inconstitucionais, tornando a Guerra Fiscal cada vez mais potente.

A participação dos estados na celebração de convênios internacionais

Atualmente, participar do mercado internacional significa, essencialmente, manter um bom relacionamento comercial com os demais países ou blocos de países, participando efetivamente das negociações de acordos comerciais dos mais variados temas, bem como estar sempre atualizado em relação às mudanças de comportamento dos diversos atores internacionais, bem como ampliando seu acesso aos mercados externos.

Para tanto, é imprescindível que as relações comerciais internacionais sejam desburocratizadas, propiciando-se, então, o aumento da eficiência na economia. Os supracitados acordos comerciais tendem a reduzir os entraves ao comércio e os custos de transação, contribuindo para o aumento da eficiência e melhoria da competitividade de um país com o consequente desenvolvimento econômico.

Os acordos comerciais internacionais podem aumentar a eficiência das cadeias produtivas e, por conseguinte, beneficiar as empresas e consumidores, ajudar na atração de investimento para um país, assim como melhorar a arrecadação de impostos.

Como já dito em linhas pretéritas, a Constituição brasileira adotou o modelo federativo de estado. Assim, a organização política ocorre dentro da ideia de descentralização do poder, onde a União, estados, municípios e o Distrito Federal são entes federativos, cada um com autonomia administrativa, financeira e, principalmente, política.

Nesse contexto, a União detém, em regra, a atribuição sobre questões de interesse nacional e supranacional, enquanto aos estados cabem os interesses regionais e, aos municípios, os interesses locais, consoante art. 21 da CF:

Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;



O processo de celebração de um tratado internacional, pelo Brasil, se inicia com os atos de negociação, de competência privativa do Poder Executivo, representado pelo Presidente da República ou pelo Ministro das Relações Exteriores. Após aprovação, será realizada a assinatura do ato internacional. A assinatura representa o fim das negociações e a conclusão do texto final do tratado, de modo que, uma vez aposta ao ato, não poderá mais seu texto ser alterado.

O Estado manifestará sua intenção de aderir ao tratado conforme o pactuado, no entanto não estará se obrigando ainda no plano internacional. Será possível a partir daí a apresentação de reservas ao texto do tratado pelas partes que pretendem aderir-lo.

Uma vez assinado o tratado, ele será submetido à apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo, conforme preceitua a Constituição no inciso I do seu art. 49, seguindo, caso aprovado, para ratificação pelo Poder Executivo. Apenas após o referendo parlamentar e a ratificação do Presidente é que o tratado passará a produzir seus efeitos no plano internacional. A ratificação, aqui, se presta a confirmar a assinatura anteriormente aposta, e, somente após o crivo dos Poderes Legislativo e Executivo é que o tratado passará a ter efetiva validade, obrigando o Brasil no plano internacional.

Nesse contexto, pode-se concluir que os tratados internacionais somente serão assinados, aprovados e ratificados pelas autoridades constitucionalmente competentes, que em última análise são as autoridades federais. Portanto, não há espaço para a participação dos entes federados neste processo, uma vez que a eles não é dada personalidade externa pela ordem internacional.

É de fundamental importância que a política externa atenda aos anseios e às reais necessidades da ordem interna, de forma que se amplie os negócios no exterior e promova o crescimento e desenvolvimento econômico do País.

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS GERAIS

O poder de tributar dos entes federativos

O estado para a realização dos seus objetivos e finalidades necessita de arrecadar dinheiro. No que tange à ordem econômica, vigora o princípio da livre iniciativa, incumbindo ao Estado não o papel de protagonista, mas o de agente normativo e regulador, conforme dispõem os arts. 170 e 174 da Constituição Federal (CF). A exploração direta de atividade econômica pelo Estado brasileiro é excepcional, permitida, apenas, nos casos de relevante interesse público ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional, conforme estabelecido em lei.

A tributação é, portanto, o instrumento de que se vale o Estado para auferir recursos financeiros, e assim custear suas atividades em prol da coletividade, já que, em regra, não pode haver exploração direta da atividade econômica. As necessidades públicas devem ser satisfeitas em virtude da existência de norma jurídica. Decorrem, portanto, de um dever legal, sob a égide do direito público, de modo que a Administração Pública não dispõe de discricionariedade para satisfazê-las ou não.

A receita pública é toda quantia recolhida aos cofres públicos que não se sujeita à restituição, ou seja, ela integra o patrimônio público em caráter definitivo e pode ser subdividida em originária e derivada.

A receita originária advém da exploração do próprio patrimônio do Estado. O Estado não vai se valer do seu poder de império para angariar esses recursos. Os fundos são auferidos, a partir de relações de direito privado estabelecidas com particulares, obtendo-se receitas patrimoniais ou empresariais. A título exemplificativo, podemos destacar um contrato de aluguel em que o locatário é um particular e o locador é o Estado. O particular somente se obriga a pagar o aluguel porque manifesta sua vontade ao assinar o contrato, não havendo manifestação de qualquer parcela do poder de império estatal.

Por seu turno, a receita derivada tem como característica básica o exercício do poder de império pelo Estado. A receita é obtida de modo compulsório e coercitivamente, o Estado utiliza-se das suas prerrogativas de direito público, edita uma lei obrigando o particular que pratique determinados atos ou se ponha em certas situações a entregar valores aos cofres públicos, independentemente de sua vontade. Como exemplo, aquele que auferiu rendimento será devedor do imposto sobre a renda e proventos independentemente de qualquer manifestação volitiva.

A obtenção das receitas derivadas não se fundamenta em uma relação de igualdade, como se no Direito Civil. Nessas situações, o Estado goza de uma posição privilegiada, fruto de uma relação regida pelo direito público, fundada nos princípios basilares do direito administrativo, financeiro e tributário.

Cabe ressaltar que o poder tributário é repartido entre todos os entes federativos, assegurando-os a efetiva autonomia decorrente da delimitação jurídica como consectário da competência tributária.

Os tributos são as principais fontes de receita derivada, e as competências de cada ente são reguladas na Constituição Federal, a qual institui os limites ao poder de tributar, os direitos e deveres do cidadão perante o fisco, além de trazer os princípios que fundamentam essa atividade de tributar do Estado.

Assim, conclui-se que a tributação, em sua forma atual, é intrinsecamente vinculada ao funcionamento do Estado de Direito, servindo como instrumento da sociedade para o atingimento das finalidades constitucionalmente almejadas, seja na garantia dos direitos fundamentais, seja no fomento de direitos sociais, econômicos e culturais, bem como no custeio da estrutura de que necessita o próprio estado para sobreviver.

A finalidade dos tributos

No que tange a finalidade dos tributos, podemos classificá-los em fiscais e extrafiscais. Os tributos fiscais visam precipuamente arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos, revelando-se verdadeiras fontes de receita.

A finalidade extrafiscal é verificada quando objetiva, fundamentalmente, intervir numa situação social ou econômica, atuando como instrumento de política extrafiscal para fins de intervenção econômica, regulamentando o mercado financeiro, estimulando ou não, as importações, fomentando o crescimento industrial e o desenvolvimento de algumas regiões específicas.

É o que podemos observar, por exemplo, nos impostos de importação e exportação, que, antes de arrecadar, objetivam o controle do comércio internacional brasileiro, podendo, às vezes, servir de barreira protetiva da economia nacional e, em outras, de estímulo à importação ou exportação de determinada espécie de bem.

O Poder Público utiliza-se da extra fiscalidade para reverter situações que estão ocorrendo na sociedade ou provocar mudanças no cenário social, controlando hábitos de consumo ou direcionando práticas sociais, com o escopo primordial de regular comportamentos.

O Estado utiliza-se do próprio tributo para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, ultrapassando o caráter meramente financeiro dos tributos, com vistas a inibir ou estimular comportamentos em determinados setores.

Os agravamentos fiscais, de modo geral, constituem uma elevação da carga tributária, os benefícios, por sua vez, são caracterizados pela intervenção estatal no comportamento dos agentes econômicos, com a diminuição do ônus tributário para desenvolver determinadas áreas.

Aspectos alfandegários e a Receita Federal

A criação da Secretaria da Receita Federal, em 1968, representou um significativo avanço na facilitação do cumprimento das obrigações tributárias, pois nasceu da unificação de diversos órgãos fiscais.

A Direção-Geral da Fazenda Nacional, instituída em 1934, era dividida em 3 departamentos: o de Rendas Internas, o de Rendas Aduaneiras e o do Imposto de Renda. Cada departamento contava com seus próprios serviços de fiscalização, arrecadação, tributação e setores de apoio, assim como órgãos regionais e locais, muitas vezes, sediados em cidades vizinhas.

Com o advento do Decreto nº 63.659, de 20 de novembro de 1968, a nova Secretaria passou a ter, em sua estrutura, uma coordenação para cada um dos sistemas, arrecadação, tributação, fiscalização e informações econômico-fiscais.

A Receita Federal, no modelo organizacional atual, surgiu com a promulgação da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, a qual criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão do Poder Executivo Federal, responsável pela gestão da Administração Aduaneira e Tributária em âmbito nacional.

Com a publicação da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, foi criado o Ministério da Economia, nascendo junto a ele a Secretária Especial da Receita Federal. Com isso, as estruturas dos Ministérios da Fazenda, do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e do Trabalho passaram a integrar ao novo Ministério da Economia.

Nesse compasso, a Receita Federal é responsável pelo controle e a fiscalização da entrada e saída de mercadorias de origem estrangeira no país, o acompanhamento do despacho aduaneiro, a verificação da correta informação da base de cálculo de incidência dos tributos devidos na operação e o controle da aplicação de medidas de defesa comercial.

As aduanas são órgãos pertencentes ao Estado e tem como atribuição a fiscalização de bens, mercadorias e veículos em áreas de fluxo internacional. Além de executar a fiscalização de tributos federais a aduana atua, ainda, no combate à evasão fiscal sonegação, contrabando, descaminho, contrafação pirataria e tráfico de drogas, armas e animais.

É importante ressaltar que, no âmbito do Direito Tributário, existe um ordenamento bem estabelecido na Constituição e no Código Tributário Nacional, contudo no âmbito do Direito Aduaneiro, a regulamentação é esparsa em instrumentos normativos secundários, de hierarquia infra legal, quais sejam regulamentos, instruções normativas, portarias e instrumentos normativos afins.

No caso das importações, o procedimento de fiscalização é denominado despacho aduaneiro, sendo que seu regramento, é revela-se deficiente pela ausência de uma lei que, sistematicamente, regule as questões aduaneiras. Cabe ressaltar que existem importantes decretos-leis, remanescentes do período anterior à Constituição de 1988, estando desatualizados em muitos pontos. Atualmente, vige o Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

No tocante, as relações comerciais realizadas no âmbito do Mercosul, cabe informar que, desde 1994, ano em que o Mercosul passou a operar, começou a ser discutido o texto de um Código Aduaneiro, visando a sistematização e unificação da matéria em um único documento.

Nesse contexto, o Código Aduaneiro do Mercosul (CAM) foi elaborado com o intuito de guiar os países do bloco a partir de regras e diretrizes comuns que permitam a aproximação e compatibilização de suas estruturas jurídicas e administrativas relativas ao controle e à administração de fronteiras, fazendo que seja possível atingir o pleno status de união aduaneira.

Após um período de longas tratativas, o texto do CAM foi concluído e aprovado apenas em 2010, durante a XXXIX reunião do Conselho de Mercado Comum, realizada em San Juan, Argentina, em 2 de agosto de 2010.

No Brasil, o projeto de lei passou pelo Senado, tendo sido aprovado o Decreto Legislativo nº 149, em 10 de setembro de 2018, o qual aguarda a promulgação e publicação, para, posteriormente, promover as devidas alterações no regulamento aduaneiro brasileiro, Decreto nº 6.759.

Por fim, cabe registrar que, em 13 de março de 2020, foi publicado o Decreto nº 10.276, promulgando o texto revisado do Protocolo de Revisão da Convenção Internacional para a Simplificação e a Harmonização dos Regimes Aduaneiros - Convenção de Quioto, concluído em Bruxelas, em 26 de junho de 1999.

Supracitada Convenção Internacional, foi adotada no âmbito do então Conselho de Cooperação Aduaneira (Quioto), atualmente Organização Mundial das Alfândegas, tendo entrado em vigor em 1974, sendo revista e atualizada para dar resposta às atuais exigências de modernização e simplificação por parte dos países e do comércio internacional, visando a adoção de procedimentos aduaneiros modernos e eficientes para o século XXI, assegurando previsibilidade e transparência ao comércio internacional.

Barreiras não tarifárias

As medidas sanitárias e fitossanitárias visam proteger a vida, a saúde humana e animal e a sanidade vegetal, de forma a assegurar a qualidade dos alimentos consumidos internamente e exportados, bem como a proteção do território nacional contra pragas e doenças. A Organização Mundial do Comércio (OMC) foi responsável pela elaboração do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, em 1994, a fim de evitar obstáculos indevidos ao comércio internacional.

O Acordo da OMC define que as medidas adotadas pelos países devem ter como referência os padrões estabelecidos pelas Organizações Internacionais tais como o Codex Alimentarius, a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE) e a Convenção Internacional de Proteção dos Vegetais (CIPV).

No Brasil, o sistema de formulação e implementação de normas técnicas é centralizado no Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), do qual o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) funciona como órgão executivo. No que tange a emissão de padrões técnicos voluntários, a responsabilidade é da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Por seu turno, a emissão de normas sanitárias e fitossanitárias relacionadas à proteção da saúde animal e vegetal fica a cargo do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), enquanto a emissão daquelas destinadas à proteção da saúde humana é de responsabilidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nesse sentido, a importação de produtos sujeitos a barreiras sanitárias ou fitossanitárias implica na exigência adicional de licenciamento, cuja emissão fica a cargo do MAPA ou da Anvisa, conforme o caso. Em algumas situações, há requerimentos adicionais, como autorização ou verificação prévia ao embarque, que podem tornar o processo ainda mais complexo.

Cabe consignar que as medidas não tarifárias, adotadas com o escopo de medidas de proteção pela Organização Mundial do Comércio, em algumas situações, transmudam-se em verdadeiras barreiras comerciais, uma vez que são utilizadas de forma discriminatória, provocando os chamados desvios de comércio.

Assim, segundo o acordo de barreiras técnicas da OMC, serão legítimos se destinados a assegurar que os produtos ou serviços fornecidos a esses mercados atendam a requisitos de segurança de pessoas e bens, saúde, segurança sanitária e fitossanitária, prevenção da concorrência desleal, proteção do meio ambiente, segurança nacional, entre outros; caso contrário, serão ilegais e abusivos.

A simplificação tributária

A reforma tributária tem hoje três projetos diferentes um desenhado pela Câmara dos Deputados (PEC 45), outro pelo Senado (PEC 110) e, por fim, a primeira parte da proposta elaborada pelo Poder Executivo (PL 3.887).

Segundo a proposta, a reforma tributária visa simplificar e modernizar o sistema tributário brasileiro, gerando impactos positivos na produtividade e no crescimento econômico do país. A meta é substituir o atual modelo, que muitos entendem ser caro e complexo, por mecanismos modernos e mais eficazes.

Assim, foram propostas as Propostas de Emenda à Constituição nº 110/2019 e 45/2019. Em ambas as proposições, a alteração do Sistema Tributário Nacional tem como principal objetivo a simplificação e a racionalização da tributação sobre a produção e a comercialização de bens e a prestação de serviços, base tributável atualmente compartilhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesse sentido, ambas propõem a extinção de uma série de tributos, consolidando as bases tributáveis em dois novos impostos, quais sejam um imposto sobre bens e serviços (IBS), nos moldes dos impostos sobre valor agregado cobrados na maioria dos países desenvolvidos e um imposto específico sobre alguns bens e serviços (Imposto Seletivo).

A base de incidência do IBS em ambas as propostas é praticamente idêntica: todos os bens e serviços, incluindo a exploração de bens e direitos, tangíveis e intangíveis, e a locação de bens, operações que, em regra, escapam da tributação do ICMS estadual e do ISS municipal no quadro normativo atualmente em vigor.

Para a PEC 110, o IBS substituiria o IPI, IOF, PIS, Pasep, Cofins, CIDE-Combustíveis, Salário-Educação, ICMS e ISS, sendo que lei complementar fixará as alíquotas do imposto, podendo ser fixadas alíquotas diferenciadas para determinados bens ou serviços, mas é aplicada de maneira uniforme em todo o território nacional.

Ainda, autoriza a concessão de benefícios fiscais nas operações com alimentos, inclusive os destinados ao consumo animal, medicamentos, transporte público coletivo de passageiros urbano e de caráter urbano, bens do ativo imobilizado, saneamento básico, educação infantil, ensino fundamental, médio e superior e educação profissional. Nesse sentido, o produto da arrecadação do imposto é partilhado entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante entrega de recursos a cada ente federativo, conforme aplicação de percentuais previstos na Constituição sobre a receita bruta do IBS.

Para a PEC 45, são substituídos o IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS. Cada ente federativo fixa uma parcela da alíquota total do imposto por meio de lei ordinária, federal, estadual, distrital ou municipal, como uma espécie de “sub-alíquota, uma vez fixado o conjunto das “sub-alíquotas” federal, estadual e municipal, forma-se a alíquota única aplicável a todos os bens e serviços consumidos em ou destinados a cada um dos Municípios/Estados brasileiros. Ressaltando-se, por oportuno, que a PEC 45 não permite a concessão de benefício fiscal.

Neste momento de discussões das propostas legislativas, é difícil mensurar o impacto que a reforma pode ocasionar, mas o discurso do governo aponta que, inicialmente, haverá uma possível redução na tributação da pessoa jurídica e enfrentamento das discussões sobre o custo Brasil, para a construção de uma nova política tributária brasileira, menos burocrática, mais eficiente em suas fiscalizações e arrecadações, trazendo mais segurança jurídica e ambiente favorável aos negócios.

O Princípio Federativo e a Autonomia dos Entes Federados

A Constituição Federal (CF) consagra, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito.

O princípio federativo é responsável por definir a nossa forma de Estado, qual seja, a Federação caracterizada pela união indissolúvel de organizações políticas dotadas de autonomia. Nesse sentido, o art. 18, da CF:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Por autonomia entende-se que a entidade integrante da federação possui capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração. No primeiro caso, a entidade pode criar seu diploma constitutivo; no segundo, organizar seu governo e eleger seus dirigentes; no terceiro, organizar seus próprios serviços.

É importante consignar que o fundamento de validade da autonomia dos estados-membros está insculpido na Constituição Federal, a qual também é responsável por elencar as limitações, que se revelam como normas de preordenação, as quais justificam os casos de intervenção federal nos estados, assim como delimitam a distribuição de competências legislativas e administrativas.

A capacidade legislativa conferida ao ente federado permitirá a execução da legislação por ele elaborada, desde que observadas e atendidas as determinações impostas pelas normas gerais editadas pela União, em respeito a repartição vertical de competências.

Assim, os estados subordinam-se à Constituição Federal, a qual lhes confere competências e limitações em seu agir, mas também, em última análise, valida os atos jurídicos praticados. Nesse sentido, a auto-organização dos Estados Federados, consagrada pelo artigo 25, § 1º, CF, estabelece que aos Estados são reservados todos os poderes que não lhes sejam vedados pela própria Carta Constitucional.

Cabe destacar que a autonomia estadual também abrange a possibilidade de organização do aparato administrativo próprio, viabilizando o exercício de atividades administrativas de competência regional, abrangendo prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia, atividades de fomento, dentre outras.

No que tange a seara financeira da autonomia estadual, assegura-se aos entes federativos recursos financeiros necessários ao exercício de suas competências administrativas, visando à promoção do desenvolvimento regional, erradicação da pobreza, assim como redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse compasso, verifica-se que os estados-membros dispõem de autonomia para dispor sobre sua própria vida política e administrativa, dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.

O dever de licitar dos entes federativos e as contratações públicas

O Estado, por meio dos órgãos públicos, necessita de contratar serviços ou adquirir produtos que garantam seu funcionamento. As contratações realizadas pelo Estado, em regra, ocorrem por meio de licitação, que pode ser entendida como um procedimento administrativo formal em que a Administração Pública, após estabelecer condições específicas em ato próprio, convoca empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

O inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal prevê que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo-se o disposto no art. 37, XXI.

Determinar que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais e contratação não significa afirmar que os Estados Membros e Municípios não possam ter a sua própria lei de licitações. O comando constitucional apenas determina que compete a União definir as normas gerais sobre o tema, aplicáveis em todo território nacional reservando-se aos demais entes legislar sobre normas específicas, de acordo com as suas particularidades, desde que as normas elaboradas não se distanciem dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade e probidade administrativa.

Atualmente é a Lei 8.666/93, editada pela União, que define as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, estabelecendo critérios objetivos para a seleção das propostas de contratação para o interesse público. Portanto, apenas as normas gerais são de observância obrigatória para as demais esferas de governo, as

quais ficam liberadas para regular diversamente todo restante, desde que não afetem as estruturas principiológicas e as diretrizes lançadas pela lei geral de licitações.

A licitação é um procedimento preparatório para a contratação de bens ou serviços necessários à Administração, no qual é realizada a seleção da proposta mais vantajosa dentre as propostas oferecidas pelos licitantes interessados. Cabe destacar que, a lei geral de licitações faculta a participação de empresas estrangeiras nos certames, em observância ao princípio da isonomia, consagrado no bojo do art. 3º, Lei 8.666/93.

O estatuto geral de licitações autoriza a competição internacional, no mercado nacional de compras públicas, estabelecendo regras de disputa isonômica entre empresas brasileiras e estrangeiras, em funcionamento ou não no país.

Inicialmente, é importante diferenciar a licitação de âmbito nacional ou internacional, assim como a realizada no exterior. A licitação é considerada de âmbito nacional quando estão autorizadas a participar apenas empresas brasileiras ou empresas estrangeiras com autorização para operarem no Brasil, de acordo com as regras inseridas no art. 1.141 do Código Civil, estando plenamente regulada no nosso ordenamento jurídico.

Por sua vez, é considerada de âmbito internacional a licitação, realizada no Brasil, com empresas estrangeiras domiciliadas em outro país, ou seja, trata-se de licitação a ocorrer em solo brasileiro, com a peculiaridade de permitir a participação de empresas estrangeiras domiciliadas em outro país. Já a licitação no exterior é aquela realizada, em solo estrangeiro, pelas repartições públicas brasileiras sediadas no exterior.

A decisão em realizar uma licitação internacional é discricionária e compete ao gestor público, conforme entenda ser economicamente mais viável ou mesmo nos casos em que o objeto circunscrito ao instrumento convocatório não seja prestado ou produzido no país.

Para estes casos, é necessário que a empresa estrangeira interessada em participar do certame atenda algumas regras dispostas no ordenamento pátrio. Nesse sentido, a Lei de Licitações determina que para fins de habilitação, no procedimento licitatório, as empresas estrangeiras que não funcionem no País, nas licitações internacionais, apresentarão documentos equivalentes aos exigidos, na licitação nacional, consularizados e traduzidos por tradutor juramentado.

Nos casos em que a atuação da futura contratada configure funcionamento no país, ou seja, exercício do objeto social em território nacional, o edital deverá prever, como critério de habilitação, a apresentação da autorização do Poder Executivo Federal, sob pena de descumprimento do estabelecido no art. 1.134, caput, do Código Civil:

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

No caso de licitações internacionais, cujos objetos sejam obras e serviços de engenharia, as empresas estrangeiras deverão, ainda, cumprir as determinações estabelecidas nos art. 5º e 6º da Resolução do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA) nº 444, de 14 de abril de 2000:

Art. 5º As empresas estrangeiras que não possuem filiais devidamente registradas no país deverão cumprir as seguintes exigências para participação em licitações de caráter internacional:

I - apresentar documentos de constituição das empresas e de seu corpo técnico, bem como comprovantes relativos ao acervo técnico dos profissionais delas encarregados, devidamente

traduzidos por tradutor público juramentado e autenticados pelo consulado brasileiro do país da sede da interessada, pelo menos trinta dias antes da data prevista para a realização da licitação;

II - entregar cópia do Edital de Licitação em que deseja participar; e

III - fornecer dados relativos aos seus representantes legais no país.

Parágrafo único. A documentação acima terá validade de um ano inclusive para participação em outras licitações.

Art. 6º As empresas estrangeiras vencedoras de licitação no Brasil deverão antes de iniciadas as obras ou serviços, providenciar seus respectivos registros junto ao CREA da região onde será realizada a obra ou serviço, procedendo a indicação de profissionais legalmente habilitados para responsabilizarem-se tecnicamente por suas atividades.

As empresas estrangeiras sediadas no exterior, que pretendam participar de certame nacional, devem se submeter as regras expostas no instrumento convocatório, ao Estatuto das Licitações e as regras impostas pela política monetária e de comércio exterior brasileiras. Assim, se o Brasil estabelece restrição comercial com algum país, essa limitação deverá ser observada nas licitações internacionais. Deverão, ainda, constituir representante legal, no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

No tocante à moeda a ser utilizada na licitação, para as licitações nacionais deverá ser sempre adotada a moeda corrente nacional, enquanto para as licitações internacionais, cabe ao gestor público permitir, no Edital, a cotação de preços em moeda estrangeira, permissão que valerá para empresas estrangeiras e brasileiras, assegurando-se o tratamento isonômico entre elas.

Nesse compasso, a contratação se dará na mesma moeda utilizada nas propostas apresentadas, sendo que, caso uma empresa brasileira seja a vencedora do certame, no momento do seu pagamento, esse deverá ser convertido em moeda nacional, conforme determina os arts. 5º, caput, e 42, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

[...]

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.

§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento.

Cabe pontuar que os licitantes estrangeiros estão sujeitos ao acréscimo dos encargos tributários que, porventura, venham onerar os licitantes brasileiros quanto ao valor final de venda, de acordo com a previsão do § 4º do art. 42, da lei geral de licitação:

(...)

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

Desta feita, afigura-se possível a participação de empresas estrangeiras nos processos licitatórios deflagrados pela administração, sempre visando a ampla competitividade e a seleção da proposta mais vantajosa, desde que as determinações impostas pela legislação de regência sejam plenamente atendidas.

A atividade administrativa estatal

Inicialmente, cabe consignar que o art. 175, da Constituição Federal preceitua que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Os serviços públicos são atividades prestadas pelo Estado ou por seus delegados, visando a satisfação das necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

Nesse sentido, cabe consignar que o Estado Brasileiro, inicialmente, só conhecia a prestação direta das atividades públicas, por intermédio dos órgãos que compunham o aparato administrativo estatal.

Essa concentração da atuação estatal, na prestação dos serviços, levou a percepção de que o Estado não dispunha de uma estrutura organizacional adequada para a prestação dos serviços, assim como ocasionou o seu desaparecimento. Nesse compasso, nos anos de 1990, com as transições políticas e econômicas o Estado passou a delegar a execução aos particulares por meio dos contratos de concessão, almejando atrair o capital privado para investimento em serviços públicos.

Para tanto, foi editada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

A concessão dos serviços públicos, como gênero de delegação dos serviços públicos, é utilizada pelo Estado para transferir ao particular a execução de obras e de serviços públicos, o qual atua em nome próprio e por sua conta e risco, mediante fiscalização e controle da administração. No setor rodoviário nacional, as concessões foram usadas como uma forma de captação de recursos privados visando à recuperação, ampliação e construção das vias rodoviárias.

Em sua acepção tradicional, a concessão pode ser conceituada como forma de delegação de serviços ao particular que se remunera pela tarifa cobrada do usuário, caracterizando-se pela gestão indireta de um serviço público atribuída por uma pessoa de direito público a uma pessoa de direito privado.

A Lei nº 11.079/2004 instituiu duas novas modalidades de concessão, também conhecidas como parcerias público privada, ampliando, portanto, as possibilidades de delegação dos serviços públicos. A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro

privado. Por sua vez, a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A concessão clássica difere-se das novas modalidades de contratação pública na forma de remuneração do concessionário e na distribuição dos riscos dos empreendimentos. Na concessão comum, disciplinada pela Lei federal 8.987/1995, a remuneração do concessionário deriva da exploração do serviço, essencialmente pela cobrança de tarifas, ao passo que, nas modalidades de concessão regidas pela Lei federal 11.079/2004 há contraprestação parcial ou total do Poder Público.

No tocante à distribuição dos riscos dos empreendimentos na modalidade comum, consoante art. 2º incisos II, III e IV, da Lei 8.987/1995, há a previsão da assunção da execução da obra ou serviço por conta e risco do concessionário, no entanto, a Lei 11.079/2004 estabelece a repartição objetiva de riscos entre as partes.

Com efeito, a Constituição, em seu art. 175, determinou os princípios norteadores do instituto, estabelecendo um conteúdo mínimo a ser definido pela legislação. Nesse compasso, respeitada a repartição das competências constitucionais, poderá a legislação infraconstitucional tratar do tema, com algumas especificidades, desde que esteja em harmonia aos preceitos constitucionais estabelecidos.

Nesse sentido, foi editada a Lei Estadual 1.776, de 30 de setembro de 1997, do Estado do Mato Grosso do Sul, a qual dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos. Estabelecendo em seu art. 16 que toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade de julgamento por critérios objetivos, e da vinculação ao instrumento convocatório.

Com efeito, infere-se os estados detêm competência legislativa para editar instrumentos normativos próprios visando a captação e alocação de recursos para investimento no setor de infraestrutura de transportes. Todavia, as legislações infraconstitucionais só não podem, portando se afastar dos princípios norteadores do serviço público.

Desta feita, tendo em vista a limitação e finitude dos recursos públicos, a possibilidade de os estados legislarem sobre o tema garante a expansão e as melhorias nas infraestruturas do estado com a participação do capital privado na manutenção e nos investimentos em infraestrutura.

A nova Lei de Licitações

No dia 1º de abril de 2021, foi publicada a Lei 11.443, estabelecendo o novo regime jurídico das licitações e contratações para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, unificando as disposições contidas na Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), no Regime diferenciado de Contratação (Lei 12.462/11) e as atuais previsões da Lei 8.666/93.

Em síntese, podemos inferir que o novo regramento contém disposições mais atuais, modernas e que, certamente, deverão conferir maior qualidade e eficiência nas contratações públicas, dentre as quais podemos destacar:

- Contrato de eficiência, cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada (art. 6º, LIII).
- Implantação do e-government com a adoção, preferencial, dos atos digitais e a necessidade de criação de catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras (artigos 12, VI e 19, II);

- 
- Fomento ao planejamento com a possibilidade de elaboração de plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações, garantir o alinhamento com o planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das leis orçamentárias (artigo 12, VII); e
 - Necessidade de atender a diversas etapas preparatórias antes de publicar o edital do certame, com destaque para a realização de estudo técnico preliminar que descreva a necessidade da contratação e caracterize o interesse público envolvido e para a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual (artigo 18, I e X);

Cabe ressaltar que essas análises iniciais, são, por óbvio, um juízo de valoração preliminar, razão pela qual só poderá ser afirmada a eficácia e efetividade das inovações legislativas, após a reiteração de debates que permitirá a avaliação dos influxos que o texto legal provocará.

REFERÊNCIAS

A contribuição do GEIPOT ao planejamento dos transportes no Brasil. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/12412/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Silvio%20Roberto%20Fran%C3%A7a%20Ara%C3%BAjo.pdf>. Acesso em 5/7/2021.

A participação de entes subnacionais na celebração de tratados internacionais no federalismo brasileiro e no unitarismo espanhol. <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47115/a-participacao-de-entes-subnacionais-na-celebracao-de-tratados-internacionais-no-federalismo-brasileiro-e-no-unitarismo-espanhol>. Acesso em: 07/05/2021.

A regulação do serviço público adequado de transporte ferroviário de cargas por indicadores de desempenho. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4192>. Acesso em: 11/06/2021.

Alexandre, Ricardo. Direito tributário I Ricardo Alexandre - 11. ed. rev atual. e amp1. - Salvador - Ed. JusPodivm, 2017.

Análise da vigência da Lei nº 5.917, de 1973, que dispõe sobre o Plano Nacional de Viação, em face do advento da Lei nº 12.379, de 2011. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2014/EST21_2014.pdf. Acesso em: 06/07/2021.

Barreiras comerciais não tarifárias e a proteção internacional do meio ambiente. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-069-Artigo_Josieni_Pereira_de_Barros_\(Barreiras_Comerciais_Nao_Tarifarias_e_a_Protecao_Internacional_do_Meio_Ambiente\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-069-Artigo_Josieni_Pereira_de_Barros_(Barreiras_Comerciais_Nao_Tarifarias_e_a_Protecao_Internacional_do_Meio_Ambiente).pdf). Acesso em: 15/07/2021.

Barreiras não Tarifárias ao Comércio de Produtos Agropecuários Brasileiros. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9869/1/td_2545.pdf. Acesso em 15/07/2021.

Boletim de Logística a Retomada dos Investimentos Ferroviários para Aumentar a Eficiência da Matriz de Transportes. Disponível em: <https://ontl.epl.gov.br/publicacoes/boletins-de-logistica/>. Acesso em 23/06/2021.

Brasil. <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/134763.pdf>. Acesso em 06/07/2021.

BRASIL. <http://www1.dnit.gov.br/ferrovias/historico.asp>. Acesso em 14/06/2021.

Brasil. <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br>. Acesso em 09/07/2021.

Brasil. Tribunal de Contas da União – TCU. Relatório de Auditoria TC 026.116/2020-0 – Plenário. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 30/06/2021.

Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Código Aduaneiro do Mercosul Avanços e Impactos para o Brasil. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/f0/fa/f0fa652f-4367-4501-b4d1-4246d1f6bf79/cam_avancosimpactosparabrasil_estudo_web.pdf. Acesso em: 13/07/2021.

Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro – 1997-2012. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=16346. Acesso em: 21/06/2021.

Desestatização e privatização no Brasil. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/85646/92150/127254>. Acesso em: 24/05/2021.

Evolução dos contratos das concessões de ferrovias. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/evolucao-dos-contratos-das-concessoes-de-ferrovias.htm>. Acesso em: 21/06/2021.

Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes - 9. ed. rev. ampl. e

atual. - Salvador. JusPODIVM, 2017.

Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Medidas Não Tarifárias como Instrumento de Política Comercial: o conceito, sua importância e as evidências recentes de seu uso no Brasil. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6011/1/td_2135.pdf. Acesso em 15/07/2021.

O ICMS e a questão da guerra fiscal entre os estados: um estudo de caso em uma empresa industrial. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/1574/TCC%20Patricia%20de%20Quadros%20Borges.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14/07/2021.

O princípio federativo e a autonomia dos entes federados. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela_Serafin.html. Acesso em: 17/5/2021.

O Processo de desestatização da RFFSA: principais aspectos e principais resultados. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13817/2/RB%2008%20O%20processo%20de%20desestatiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20RFFSA%20%5B...%5D_P_BD.pdf. Acesso em: 15/06/2021.

O que "sobra" para estados e municípios na competência de licitações e contratos? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos>. Acesso em: 21/05/2021

O que é a guerra fiscal de ICMS entre os estados e quais as consequências para o país? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57596/o-que-e-a-guerra-fiscal-de-icms-entre-os-estados-e-quais-as-consequencias-para-o-pais#:~:text=A%20Guerra%20Fiscal%20surgiu%20ap%C3%B3s,de%20uma%20maior%20arrecada%C3%A7%C3%A3o%20tribut%C3%A1ria>. Acesso em 01/06/2021.

O Sistema Nacional De Viação e a Correção de Rota no Processo Legislativo. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2014/EST21_2014.pdf. Acesso em: 05/07/2021.

Regimento Interno do Ministério da Infraestrutura. Disponível em: <http://www2.transportes.gov.br/BaseJuridica/Detalhe.asp?Codigo=27040>. Acesso em 14/07/2021.

Revisão aduaneira e lançamento tributário: regras para a intervenção do Estado nas importações. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br>. Acesso em: 13/07/2021.

Tipos e Dinâmicas de Mudança Institucional: As Agências Reguladoras de Transportes no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/DHVHm7fTCZsgCyg9xx673XF/?lang=pt>. Acesso em 14/07/2021.

Transporte Intermodal e Sua Importância para o Brasil. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16440/artigo_-_intermodalidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07/07/2021.

Tributação sobre Comércio Internacional. Disponível em: https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2018/02/TD_15.pdf. Acesso em: 12/07/2021.

Tributações sobre ações de comércio exterior brasileiro. Disponível em: <https://ipog.edu.br/wp-content/uploads/2020/11/helen-cristina-cunha-da-silva-11141311.pdf>. Acesso em: 31/05/2021.

Utilização dos incentivos fiscais e financeiros para exportação como estratégia de competitividade. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/2418/2418>. Acesso em 31/05/2021.



ONTL
Observatório Nacional de Transporte e Logística

EPL
Empresa de Planejamento e Logística S.A.

Edifício Parque Cidade Corporate - Torre C
SCS Quadra 9, Lote C, 7º e 8º andares

70.380-200 – Brasília/DF

ontl@epl.gov.br / negocios@epl.gov.br /
institucional@epl.gov.br



www.epl.gov.br

www.ontl.epl.gov.br