

A NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM BRASILEIRO E O ICMS-TRANSPORTE¹

THE CABOTAGE BRAZILIAN AND TRANSPORTATION-ICMS

Haérsio Flávio Leite da Silva ²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução Histórica da Construção Naval no Brasil; 2 Transporte de Cabotagem No Brasil; 2.1 Conceito de Cabotagem; 3 Breve História do Tributo; 3.1 Aspectos Básicos; 4 Competência dos Estados-Membros Em Tributar; 4.1 Conceito de Poder de Tributar; 5 Incentivo Fiscal; 6 Princípios Informadores da Constituição Econômica da Livre Concorrência; 7 Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional, Teoria e Crítica e Pós-Positivismo; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a incidência do ICMS na prestação de serviços de transporte na cabotagem. A competência dos Estados-membros em legislar sobre impostos estaduais e incentivos fiscais, e os princípios informadores econômicos indutores na reforma para garantir a livre concorrência no mercado globalizado. Quais os entraves que prejudicam o desenvolvimento do setor de navegação marítima brasileira, e as possibilidades para melhorar o setor de indústria de construção naval brasileiro com intuito na redução de impostos por parte dos Entes Federados. Identificar as funções atribuídas aos Estados-membros, a sua competência no ordenamento jurídico brasileiro dentro de suas atribuições administrativa fiscal na geração de receitas pública e sua determinação no formato da estrutura tributária. Assim, como as mudanças necessárias e a modernização na cobrança do imposto estadual e quanto para manutenção de instrumento do sujeito ativo da política econômica, financeira e fiscal no âmbito federativo brasileiro. Após justificar a importância do tema, o estudo apresenta uma breve revisão de literatura bibliográfica em livros, artigos e dissertações sobre o tema relevante ao transporte modal aquaviário, especialmente na cabotagem brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Cabotagem; Competência dos Estados-membros; ICMS.

¹ Artigo apresentado para obtenção de nota na disciplina, Produção e Aplicação do Direito Portuário pelo Profº.: Drº. Cesar Luiz Pasold Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

² Aluno mestrando do Curso em Ciências Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

ABSTRACT

This study aims to determine the incidence of ICMS in the provision of transport services in cabotage. The competence of the Member State to legislate on state taxes and tax incentives and economic principles informants inductors reform to ensure free competition in the global market. What are the obstacles that hinder the development of the shipping industry in Brazil and the possibilities for improving the sector of Brazilian shipbuilding industry in order to reduce tax by parts of loved Federated. Identify the functions assigned to the United States jurisdiction in the Brazilian legal system within its administrative responsibilities in generating tax revenue and public its determination in the form of the tax structure. Thus, as the necessary changes and modernization in tax collection and state as an instrument for maintaining the active subject of economic policy, financial and tax under Brazilian federal. After justifying the importance of the subject, the study presents a brief literature review on books, articles and dissertations on the subject relevant to the waterway modal transportation, especially in coastal Brazil.

KEYWORDS: Cabotage; Competence of Member States; ICMS.

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é abordar o transporte marítimo modal aquaviário brasileiro, focando principalmente o transporte de cabotagem, apresentando suas principais características e a importância que o transporte de cabotagem possui no comércio doméstico, assim com a necessidade de investimento, tratamento tributário no setor para ampliar sua participação no transporte de mercadorias no país.

No primeiro tópico faremos uma pequena abordagem sob a evolução na construção naval no Brasil. Tentando demonstrar a sua importância para o mercado nacional e mundial.

Já no tópico segundo trataremos sobre algumas noções básicas sob transporte de cabotagem entre portos da costa de um mesmo país ou entre o porto costeiro e um fluvial.

No tópico terceiro abordaremos sucintamente a história do tributo e suas fases na cobrança do imposto de transporte na navegação marítima. Capítulo quatro, passaremos a descrever a competência dos Estados-membros no poder de tributar o ICMS outorgado pela Carta Magna. Capítulo quinto, abordaremos um

instituto que falará sobre a exoneração dos tributos especialmente no incentivo fiscal na atividade da cabotagem brasileira. Capítulo seis, temos os princípios econômicos como base legal para garantir um conjunto de criação de idéias ou serviços, afim de conquistarem o maior número de adeptos. Dentro das suas limitações e ponderações dos princípios constitucionais da ordem econômica. Capítulo sete, faremos uma abordagem com humildade científica dos constitucionalistas na interpretação e aplicação dos princípios formadores econômica da livre concorrência.

A grande extensão do litoral *brasileiro* e a concentração da atividade econômica próxima à costa, dado o padrão histórico de ocupação do espaço territorial, favorecendo o *transporte* de cargas através da navegação de *cabotagem*, cujo potencial é evidente, considerando-se que as maiores cidades do país e as capitais da maioria dos estados com acesso ao mar são próximas de grandes portos.

Quanto à **Metodologia** empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano e o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa serão acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Enfim, convém ressaltar que seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, no presente projeto as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentadas ao longo do texto, nos momentos oportunos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONSTRUÇÃO NAVAL NO BRASIL

Remonta no Brasil colonial o registro da existência de modestos estaleiros artesanais nas principais cidades litorâneas, as quais atendiam às necessidades de transporte de cabotagem regional de pessoas e mercadorias, realizando construções e reparos de barcos e canoas, bem como reparando as embarcações maiores, que atracavam na Colônia.

O transporte da navegação de cabotagem no Brasil foi muito utilizada na década de 30 no transporte de carga a granel, quando as malhas ferroviárias e rodoviária apresentavam condições precárias para o transporte ela passava a ser o principal modal de transporte utilizado, porém, após a eleição do Presidente da República Washington Luiz, cujo o slogan da campanha era "Governar é contruir estradas" os investimentos foram direcionados para a pavimentação de vias, construção de estradas e manutenção de malha rodoviária³.

A evolução ao desenvolvimento das forças produtivas industriais, se concretizava para solucionar o setor naval⁴, se não vejamos:

[...]para solucionar as difilculdae do setor naval, criou-se a Comissão de Marinha Mercante (CMM), pelo Decreto-Lei nº 1.951, de 30 dezembro de 1939, no governo Getúlio Vargas que, indubitavelmente, foi o fator precursor da MM nacional. Sua finalidade era atuar como órgão responsável pela funções de serviço de utilidade pública, com regulação, disciplina e coordenação estatais.

Nas décadas de 50 e 60, com a chegada das industrias automobilísticas, a política de desenvolvimento adotada passou a ser praticamente direcionada para o modal rodoviário. Em consequência, o modal aquaviário sofreu as implicações dessa política pela escassez de recursos e foi perdendo gratativamente espaço nesse cenário.Na tentativa de mudar esse cenário, foram criados alguns órgãos e comissões, com veremos na tentativa de alavancar a construção naval no país, em anúncio do doutrinador Agripino de Castro Júnior⁵, vejamos:

[...]com a industrialização na década de 50, impulsionada pela siderúrgica, em que a capacitação de gerar insumos suficientes para prover a indústria naval pesada, observou-se a necessidade de prover recursos para incentivar o crescimento da economia. Para suprir essa necessidade, criou o Banco Nacional e Desenvolvimento Economico (BNDE), em 1952.

³ FONSECA, Tiago Figueiredo. **Desenvolvimento da cabotagem no Brasil**: um estudo de caso de viabilidade do setor. 2009. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Tecnologia da Zona Leste, São Paulo, 2009. P. 43.

⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 175.

⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 176.

Para isso, o governo criou lei ao desenvolvimento para reformular as políticas do setor, que ora em comento⁶:

Apenas no governo Juscelino Kubitschek foram consolidadas as medidas para o desenvolvimento da frota nacional, por meio da Lei nº 3.381, de 24 de abril de 1958, com a criação do Fundo de Desenvolvimento da Marinha Mercante (FDMM). De acordo com a lei, o fundo deveria ser aplicado na reposição e ampliação da frota das empresas oficiais de carga geral, em investimento e em financiamento destinados a construção e ampliação dos estaleiros da construção naval.

Ainda o autor referencia como principal fonte de recursos a criação dos órgãos responsáveis tais como⁷:

Gerido pelo CMM, o FDMM reformulou as políticas do setor, tendo como principal fonte de arrecadação os recursos provenientes de eventuais dotações orçamentárias, mas, basicamente, de uma taxa, a Taxa de Renovação da Marinha Mercante, instituída na mesma lei, correspondente a 5% do valor do frete gerado na importação. A partir desse momento, observou-se o afastamento do Ministério da Marinha do setor, deixando o espaço necessário para unificação dos objetivos da Marinha Mercante (MM) com os da construção naval.

Com a recessão dos anos 60, houve a reestruturação da CMM, que ocorreu devido às reformas da economia e política com a tentativa de controle da Inflação. A CMM converteu-se na Superintendência Nacional da Marinha Mercante (SUNAMAM) em 1969. Passou a ter como competência, entre outras, o planejamento da frota, regulação setorial e representação do governo nas antigas conferências de frete.

Segundo Marcelo Muniz da Silva⁸:

As iniciativas da SUNAMAM foram bem sucedidas, no entanto, em meio à recessão no início de 1960, em razão das políticas econômicas de combate à inflação e reformas estruturais da economia. A CMM transformou-se em Superintendência Nacional da Marinha Mercante. A SUNAMAM concentrava

⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 175.

⁷ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 176.

⁸ SILVA, Marcelo Muniz da *Análise da estrutura de financiamento à indústria naval no Brasil*. 2007. 97 Dissertação (Mestrado em Engenharia naval e e Oceânica) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponivel/33/35. Acesso em: 18 ago. 2012. p.

uma série de atividades devendo legislar, formular e executar políticas para o setor de marinha mercante, agindo como banco, intermediário e supervisor de construção, podendo inclusive, contratar empréstimos interna e externamente. Com o tempo, a centralização de tantas atribuições se mostraria ineficaz.

Os acontecimentos no setor da construção e industrialização naval teve sua atuação e planos nacionais⁹, conforme veremos a seguir:

A construção naval brasileira, por sua vez sofreu um impacto negativo com a crise do petróleo nos anos de 1973 a 1979 e a recessão mundial dos anos 80. Em consequência, a súbita elevação das taxas internacionais de juros, associada à recessão mundial, fez com que vários armadores cancelassem suas encomendas ou se tornassem inadimplentes, comprometendo os níveis de estoque de recursos alocados no FMM e fazendo com que II PCN (1975-79) fracassasse. Neste cenário, a SUNAMAM entrou em crise, desencadeando um escândalo. Alegou-se que alguns armadores seriam favorecidos nas operações.

Inicialmente, para o pleno entendimento dos fatos geradores da criação do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), faz-se necessário compreender a relação histórica e geopolítica do país, bem como, o alicerce constitucional que consubstancia sua validade.

Conforme obra jurídica comprometida com sua visão e que procura contribuir para a melhoria da logística de transporte, seja para o comércio exterior, seja para a cabotagem brasileira, Osvaldo Agripino de Castro Jr¹⁰, contribuiu com seus anunciados. No que tange ao transporte aquaviário, a história do setor desde o início do século XX pode ser dividida em cinco fases, então vejamos:

- a) 1ª fase (até 1967): nesse período foram criados a Comissão de Marinha Mercante (CMM), em 1941; a Taxa de Renovação da Marinha em 1958; editada a Resolução nº 2.995/67, da CMM, estabelecendo igualdade de participação entre armadores nacionais e dos países importador e exportador. Além disso, foram feitos o I e II Plano de Construção Naval (PCN), que expandiu os estaleiros nacionais.
- b) 2ª fase (1967 a 1984): Em 1969 foram adotadas medidas de reserva de carga à bandeira brasileira (carga prescrita). Decreto-Lei nº 666 e 687; foi criada a exclusividade da cabotagem para armadores brasileiros e foi feita

⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 177.

¹⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito regulatório e inovação nos transportes e portos nos Estados Unidos do Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 261.

abertura do transporte marítimo de longo curso à iniciativa privada, com a entrada de empresas brasileiras nas conferências de fretes e assinaturas de acordos bilaterais.

- c) 3ª fase (1984 a 1990): Verificou-se uma política protecionista, bem como a edição da Resolução SUNAMAM Nº 8.364/1984. Os fretes eram elevados e encareciam o comércio exterior, o que causou a perda de competitividade das empresas brasileiras, que passaram a atuar com empresas estrangeiras. Nesse período houve grande redução da frota mercante nacional.
- d) 4ª fase (1991 a 2001): Em 1991, houve a desregulação total do tráfego, por meio da Portaria do Ministério dos Transportes nº 07/91, que extinguiu as cotas das empresas brasileiras financiadas pelo governo e liberou a operação em qualquer tráfego, bem como a navegação turística de cabotagem (EC nº 07/1995). Ressalte-se que em 1993 foi editada a Lei nº 8.630 – Lei de Modernização dos portos, já mencionada, e em 1997 a Lei nº 9.432, que concedeu o tráfego aquaviário no Brasil;
- e) 5ª fase (2001 a 2008): Criação da ANTAQ [Agência de Transporte Aquaviário] e da Secretaria Especial dos Portos, criada pela MP nº 369 de 2007, convertida na Lei nº 11.118, de 5 de setembro de 2007. Essa lei incluiu dispositivos na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003 [...].

Salienta-se que a denominação adicional de frete foi criada com o Decreto-Lei nº 1.142, de 30 de dezembro de 1970, e foi conservado nos posteriores Decretos-Lei nº 2.404, de 23 de dezembro de 1987, e nº 2.414, de 12 de fevereiro de 1988. Estes constituíram e fundamentaram a incidência do adicional, permanecendo em vigor com a Constituição promulgada em 1988¹¹.

A Constituição Federal dispõe sobre os principais fundamentos do Estado Regulador no setor de transportes, por meio do art. 1º, IV¹², art. 5º, XIII¹³ e art. 170, *caput*, IV¹⁴.

¹¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 178.

¹² A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2012.

¹³ XII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2012.

¹⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa,

No âmbito constitucional, a navegação aérea, a infraestrutura aeroportuária, o transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território e a atividade portuária marítima, fluvial e lacustre, integram as atividades constantes da repartição de competência federativa atribuídas à União, nos termos do Art. 21, incisos XII, alíneas "c", "d" e "f", da seguinte forma¹⁵:

Art. 21. Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Além disso, o art. 178¹⁶ fez com que:

[...] fossem editadas duas normas relevantes: a) Lei nº 9.432, de 8 de Janeiro de 1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências; e b) Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2003, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Política de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra- Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

A Lei 9.432/97, tem como objetivo regulamentar a prestação de transporte de carga no modal aquaviário no Brasil, inclusive cabotagem, de acordo com o ensinamento de Osvaldo Agripino Castro Jr¹⁷:

No ano de 1997, com a edição da Lei nº 9.432, houve a ordenação do tráfego aquaviário, inclusive da navegação de cabotagem. A citada lei determinou que o apoio portuário e marítimo fique restrito às empresas brasileira de navegação, com afretamento de embarcação estrangeira sujeito à prévia aprovação da ANTAQ. Ademais, a citada norma criou o Registro Especial Brasileiro (REB) com objetivo de reduzir o custo operacional do navio nacional, através de benefício fiscal cujos efeitos praticamente nulos.

tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV – livre concorrência. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2012

¹⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito regulatório e inovação nos transportes e portos nos Estados Unidos do Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 255.

¹⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito regulatório e inovação nos transportes e portos nos Estados Unidos do Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 256.

¹⁷ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito regulatório e inovação nos transportes e portos nos Estados Unidos do Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 263.

e minério, sendo que a participação da carga geral é de grande relevância o total das toneladas transportadas.

2 TRANSPORTE DE CABOTAGEM NO BRASIL

2.1 Conceito de cabotagem

A doutrina na matéria identifica "a cabotagem é denominada como transporte marítimo realizado entre dos portos da costa de um mesmo país ou entre um porto costeiro e um fluvial"¹⁸. Caso a navegação ocorrer entre dois portos fluviais, então não é considerada cabotagem e sim navegação interior.

De acordo com a Lei 9.432, de 8 de janeiro de 1997 a navegação marítima pode ser classificada da seguinte forma¹⁹:

- Navegação de longo curso – é a navegação entre portos brasileiros e os portos estrangeiros.
- Navegação de cabotagem – é navegação entre portos ou pontos do território brasileiro [...].
- Navegação de interior – é a navegação realizada exclusivamente nos portos e terminais aquaviários, para atendimento a embarcações e instalações portuárias.
- Navegação de apoio marítimo – é a navegação utilizada para apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na Zona Econômica Exclusiva, que atuam nas atividades de pesquisa lavra de materiais e hidrocarbonetos.

Como se verificou a atuação do transporte da navegação de carga no território brasileiro passou por muitas dificuldades nas últimas décadas passadas. E no decorrer da reestruturação da economia e da política ineficiente no setor de financiamentos dos armadores, estaleiros e os fracassos governamentais trouxe para essas atividades econômicas, épocas aos entraves na organização do

¹⁸ FONSECA, Tiago Figueiredo. **Desenvolvimento da cabotagem no Brasil**: um estudo de caso de viabilidade do setor. 2009. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Tecnologia da Zona Leste, São Paulo, 2009.

¹⁹ FONSECA, Tiago Figueiredo. **Desenvolvimento da cabotagem no Brasil**: um estudo de caso de viabilidade do setor. 2009. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Tecnologia da Zona Leste, São Paulo, 2009. P. 28.

transporte modal aquaviário brasileiro. Haja vista, a necessidade de adequar as linhas mestre da navegação brasileira para instituir uma concorrência e ampliação na cabotagem no Brasil editando Lei protencionista. Vejamos a citação de Daniela Barbosa²⁰:

A indústria naval brasileira passa por um período de franco desenvolvimento com o aumento da demanda por navios porta-contêineres e graneleiros. [...] o Brasil tem como meta ampliar a participação da bandeira nacional na Marinha Mercante mundial, mas, para consecução do seu objetivo, necessita vencer desafios. Dentre os desafios identificados, destacam-se a reconstrução da indústria naval brasileira em bases competitivas; a mudança de logística da matriz de transporte brasileira, em que quase 60% da matriz de transporte do Brasil depende do modal rodoviário; a qualificação de mão de obra especializada; e, ainda, a utilização de financiamento exclusivo Fundo de Marinha Mercante (FMM).

Num país, que possui uma costa de 8.500 Km de extensão, onde as principais cidades, os pólos industriais e os centros consumidores concentram-se no litoral, ou próximo a ele, o segmento de cabotagem deve surgir como uma alternativa viável para compor a cadeia de suprimentos de diversos setores. O transporte de cabotagem é definido como navegação marítima realizada no próprio país, isto é, ligando os portos nacionais podendo abranger os rios e lagos.

Não há praticamente restrições ao transporte de cabotagem quanto às mercadorias que são transportadas por este interessante modal. E como são utilizados navios de pequeno porte "feeder".

Após pesquisas enfatizamos que quanto maior o percurso mais atraente se torna o transporte de cabotagem tendo em vista alguns atrativos: segurança, avarias, confiabilidade, logística, meio ambiente e outras.

O segmento de transporte de cabotagem tem crescido discretamente nos últimos anos, mas as perspectivas de aumento de demanda são maiores. Desta maneira, a organização dos serviços portuários, bom como a infraestrutura disponível, passam a ser peças fundamentais na capacidade de atendimento e nos custos deste serviço, se não vejamos:

²⁰ BARBOSA, Daniela O. M. L. B. Os reflexos do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) n indústria do transporte marítimo e construção naval. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 171-172.

Nos últimos dois anos, houve um aumento superior a 25% no número de embarcações na frota brasileira e a geração de mais de 25 mil empregos na cadeia produtiva do setor. No sentido de estimular esse crescimento, atualmente, o país com uma Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), em que o setor da construção naval desfruta de uma série de desonerações fiscais, entre elas IPI, PIS-PASEP e COFINS, bem como financiamento oficial mais barato projetos com maior índice de nacionalização de componentes. No final de 2009, o Conselho Diretor do FMM aprovou prioridades para a construção de 253 navios, o que representa investimentos de R\$ 8,9 bilhões e outros R\$ 2,3 bilhões para a implantação e modernização de mais 15 estaleiros. Em meados de junho de 2010, uma nova lei autorizou a União a conceder até R\$ 15 milhões aos agentes financeiros do FMM – os bancos federais – para viabilizar os projetos aprovados.²¹

Para que a cabotagem venha a ter êxito, devem existir portos eficientes, segurança de carga, custos competitivos, tempo de espera menores nos portos e rotas adequadas. Desta forma, será possível a transferência da carga do modal rodoviário para o modal aquaviário e assim sendo, o transporte rodoviário deverá se integrar à cabotagem.

Com a melhoria dos serviços portuários, a cabotagem deverá passar a ser um nicho de mercado para o transporte marítimo no Brasil. A maior parte das cargas transportadas entre portos do país é combustível

A grande extensão do litoral brasileiro e a concentração da atividade econômica próxima à costa, dado o padrão histórico de ocupação de espaço territorial, favorecendo o transporte de cargas através da navegação de cabotagem, cujo potencial é evidente, considerando-se que as maiores cidades do país e as capitais da maioria dos estados com acesso ao mar são próximas de grandes portos. E ainda Agripino Castro Júnior²² faz referência necessária ao investimento:

Neste momento, faz-se necessária reflexão sobre a importância do fomento no desenvolvimento da indústria da construção naval com a utilização dos procedimentos estabelecidos na legislação. Deve-se repensar a relevância da utilização e o acesso ao FMM frente ao desenvolvimento almejado pelo país.

A navegação de cabotagem é também favorecida pelas escasses de alternativas dos modais dutoviário e ferroviário entre os estados ao longo da costa *brasileira*.

²¹ BARBOSA, Daniela O. M. L. B. Os reflexos do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) na indústria do transporte marítimo e construção naval. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 172.

²² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 172

O ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) também incidir sobre a prestação de serviço de transporte de carga e passageiro na cabotagem, tributo de competência dos Estados-membros que o legislador constituinte, outorgado pela Constituição Federal que contém vários preceitos que tratam, de modo rígido e exaustivo, o exercício do tributo aos entes federados.

3 BREVE HISTÓRIA DO TRIBUTO

3.1 Aspectos básicos

Ernane Galvêas²³ pode-se dizer que o tributo sempre existiu. Mas os tributos foram se transformando ao longo do tempo, como se pode ver a partir da transição entre feudalismo, baseado na terra, e o mercantilismo, baseado no comércio, desenvolvido nas grandes cidades ou através das caravanas e das companhias marítimas que importavam mercadorias de outros países.

Nessa fase do desenvolvimento histórico da civilização, surgem os tributos cobrados sobre transações comerciais, mais do que sobre a produção agrícola. O sistema colônia, desenvolvido pelas grandes navegações, criou as tarifas aduaneiras, um impacto sobre as importações que perdura até os dias atuais.

O ano de 1215 representa o marco mais importante na História dos Tributos. Até então, o soberano aumentava discricionariamente os tributos, conforme os requerimentos administrativos de sua Corte ou as necessidades de equipar as forças militares do Reino. Esse absolutismo tributário foi quebrado, em 1215, na Inglaterra, quando os barões, proprietários das terras, forçaram o Rei João-sem-Terra a assinar a Magna Carta, segundo a qual "nenhum tributo poderá ser lançado na Inglaterra, sem consentimento geral [...]".²⁴

Assim, firmado o princípio da "*no taxation without representation*", princípio

²³ GALVÊAS, Ernane. Breve História dos Tributos In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 318.

²⁴ GALVÊAS, Ernane. Breve história dos tributos. In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 318.

básico em que se assentam os Orçamentos Públicos dos modernos países da atualidade.

De tudo isso que possa ser dito o Direito Tributário, fica claro que o funcionamento de qualquer sociedade exige a presença do Estado, no mínimo por razão básica de assegurar a ordem econômica e social. Estabelecendo regras de comportamento, de concorrência, de direito e obrigações que permite às pessoas físicas ou jurídicas conviverem em paz e em harmonia, entre si e em suas relações com o Governo.²⁵

Segundo Regina Helena Costa²⁶ na Idade Média, os tributos alfandegários, na Inglaterra, "eram designados como "costume" (*magna customa, parva customa*), palavras que expressam a tradição de exigi-los a coroa sobre os que faziam o comércio para fora, por mar ou terra. Até hoje, esses direitos aduaneiros conservam o nome de *Customs*, assim como permanece a designação de *Custom House* para designar a alfândega.

E ainda, ora em comento:

No século XVIII, tão arraigada na consciência dos povos civilizados já se encontrava a idéia de que a exigência de imposto deve observar a capacidade contributiva, que várias manifestações políticas podem ser atribuídas, direta e indiretamente, à sua inobservância.²⁷

No Brasil, igualmente, ocorreram conflitos, motivados pela tributação excessiva, dos quais o mais relevante foi a Inconfidência Mineira, provocada pela opressiva política fiscal da Coroa Portuguesa, por ocasião da coleta da derrama (1788-1792), mediante a qual o Rei de Portugal tinha direito ao quinto do ouro, isto é, a 20% de todo o metal extraído no Brasil²⁸.

Apesar da passividade que se tem atribuído ao povo brasileiro, foram frequentes os episódios de descontentamento e revolta, por vezes de grande intensidade.

Importante nesta análise é o papel atribuído ao Estado pelo pensamento

²⁵ GALVÊAS, Ernane. Breve história dos tributos. In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 319.

²⁶ COSTA. Regina Helena. **Curso de direito tributário**: constituição e código tributário nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

²⁷ COSTA. Regina Helena. **Curso de direito tributário**: constituição e código tributário nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

²⁸ COSTA. Regina Helena. **Curso de direito tributário**: constituição e código tributário nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

dominante, pois é este que vai definir não somente a dimensão do campo da atuação estatal, mas também as funções precípua da política fiscal e da tributação nesse processo.²⁹

As funções do Estado não se restringem apenas a assegurar a ordem e a justiça, mas também regulação da economia e ofertar sistemas de previdência e assistência. Os recursos necessários ao financiamento destes serviços são obtidos quase que exclusivamente através da arrecadação de tributos.

A reforma tributária, que teve início com a Emenda Constitucional nº 18, de 01 dezembro de 1965, (EC18/65), e completou-se com a aprovação do Código Tributário Nacional (CTN), pela Lei nº 5.172, de 25/10/1996.³⁰

Fabrício Augusto de Oliveira³¹ encontra-se retratada a nova estrutura tributária que brotou da Constituição de 1998, bem como a distribuição de seus campos de competências e de recursos entre os distintos níveis de governo.

A mudança da competência na exigência do imposto de transporte que passaria aos Estados-membros, se não vejamos:

De fato, a União perderia os impostos únicos (incidentes sobre a energia elétrica, os combustíveis e os minerais) e (transporte rodoviário e serviço de comunicação), que seriam integrados ao novo imposto estadual – o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços³².

É no orçamento público que as receitas e despesas são confrontadas, objetivando uma gestão equilibrada das contas públicas.

Do ponto de vista jurídico, “tributo é toda prestação pecuniária em favor do Estado, tendo por causa um fato lícito, previsto em lei, instituidor de relação jurídica”³³. Segundo a concepção de Torres, diante da ampliação dos poderes estatais que a Constituição de 1988 concedeu para o Brasil, o conceito de tributo

²⁹ OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1989 – 2009**. Brasília (DF) IPEA/CEPAL, 2010. p. 7.

³⁰ OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1989 – 2009**. Brasília (DF) IPEA/CEPAL, 2010. p. 3.

³¹ OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1989 – 2009**. Brasília (DF) IPEA/CEPAL, 2010. p. 39.

³² OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1989 – 2009**. Brasília (DF) IPEA/CEPAL, 2010. p. 39.

³³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 381. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/68729964/Curso-de-Direito-rio-Brasileiro-Sacha-Calmon-Navarro-Coelho>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

também deve ser alargado. Assim, o autor conceitua tributo como:

[...] dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, custo/benefício ou de solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou atividades protegidas pelo Estado. É exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição.³⁴

Feita essa singela recordação histórica, passaremos ao tópico seguinte, referente à competência tributária.

4 COMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS EM TRIBUTAR

4.1 Conceito de poder de tributar

O fundamento do poder de tributar outorgado às pessoas jurídicas de direito público, que são:

Em primeiro lugar, verifica-se que várias são as pessoas políticas exercentes do poder de tributar e, pois titulares de competências impositivas: União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Entre eles será repartido o poder de tributar. Todos recebem diretamente da Constituição, expressão da vontade geral, as suas respectivas parcelas de competência, e exercendo-as, obtêm as receitas necessárias à consecução dos fins institucionais em função dos quais existem (discriminação de rendas tributárias). O poder de tributar originariamente une por vontade do povo (Estado Democrático de Direito) é dividido entre as pessoas políticas que formam a federação.³⁵

A Constituição Federal será tida como a Lei Suprema brasileira, fundamento de validade de todos os demais atos normativos, inclusive emendas constitucionais, que lhe deverão obediência aos princípios e regras, sobre tudo às cláusulas pétreas, sob pena de inconstitucionalidade.

O princípio federativo, como instrumento de descentralização do poder e de preservação da democracia, já que a independência e autonomia dos entes Federados diluem o poder no território, com efeito protetor das minorias políticas

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 320-321.

³⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Os princípios Gerais do sistema tributário da Constituição. In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 58.

regionais e das liberdades individuais.³⁶

O sistema constitucional tributário nacional, com o mais rígido e exaustivo, submetido a vários princípios constitucionais e à repartição das materialidades passíveis de tributação entre as pessoas políticas direito público, como garantir da forma federativa de Estado e também dos direitos dos contribuintes.

A competência tributária no ordenamento constitucional brasileiro é bastante compreensiva nas suas atribuições, senão, vejamos o ensinamento do Elali:

Pela Constituição Federal, infere-se que tributos podem ser cobrados pelos entes que formam a Federação. Assim, diz-se que a discriminação de renda tributária é, em síntese, a definição de que tributo cada ente federativo pode exigir.³⁷

De acordo com o autor faz referência do federalismo na repartição de receita, se não vejamos³⁸:

Os tributos, de acordo com o Código Tributário Nacional, são: impostos, taxas e contribuições de melhorias. Sua definição de imposto autoriza a afirmação de que está presente nela a idéia de que os impostos são tributos não vinculados, enquanto as taxas e contribuições de melhorias são tributos vinculados.

O princípio da legalidade, disposto nos arts. 5.º, II, e 150, I, da CF/1988, orienta que os tributos só poderão ser instituídos e, conseqüentemente, cobrados, mediante atividade legislativa exercida por representantes legitimados pelo voto popular. Sem lei não há tributo. Essa conquista do Estado de Direito traz segurança jurídica aos contribuintes, na medida em que se revela uma proteção ao seu patrimônio contra uma tributação injusta.

De acordo com Roque Antonio Carrazza, a noção de competência tributaria,

Para a demonstração da idéia acima lançada, lembramos, preliminarmente, que competência tributária é a aptidão jurídica para criar, *in abstracto*, TR. No Brasil, do principio da legalidade, os tributos devem ser criados, *in abstracto*, tributos. Por meio de lei, que deve descrever todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária. São elementos essenciais da norma jurídica tributária, os que, de algum modo, influem no *an* e no *quantum* do tributo; a hipótese de incidência do tributo, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota.³⁹

³⁶ ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional. São Paulo: MP, 2005. p. 23.

³⁷ ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional. São Paulo: MP, 2005. p. 35.

³⁸ ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional. São Paulo: MP, 2005. p. 35.

³⁹ CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

Segundo o disposto no artigo 146, III da Constituição Federal cabe a Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária especialmente sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição Federal, os respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.⁴⁰

Os impostos estaduais estão previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 155) e são os seguintes: transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior e propriedade de veículos automotores.

O Imposto sobre operação relativa à circulação de mercadoria e sobre a prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação é atribuído conforme texto constitucional é de competência dos Estados-membros de acordo com dispositivo constitucional brasileiro. O imposto que está previsto no artigo 155, II da Constituição que estabelece para os Estados-membros e DF a competência para instituir, regular e fiscalizar o ICMS, estabelecendo a lei Complementar nº 87/96 para melhor entender o referido imposto.

O ICMS é imposto estadual que possui alíquotas diferentes em todos os Estados. Como seu próprio nome diz, incide sobre a circulação de mercadorias e, no caso sob análise, o imposto incide sobre a prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores.

O fato gerador do ICMS tem característica independente da natureza jurídica de serviço de transporte, exceto intralocal. Considerando ocorrido o fato gerador do imposto no início da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal. Aqui nos referimos ao modal aquaviário dentro do território brasileiro, na hipótese de incidência do tributo estadual, especificamente na cabotagem dos portos ou pontos da costa litorânea dentro do país.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição Federal**: artigo 146. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2012.

Os contribuintes são todos àqueles que realizam prestação de transporte marítimo de cargas e passageiros com incidência do imposto de competência legislativa dos entes federados no território sob sua jurisdição e circunscrição na sua atuação de instituir o imposto previsto no texto constitucional. Delegando às leis infraconstitucionais e atos normativos que regulam a matéria tributária do imposto da prestação de serviço na cabotagem, conforme legislação pertinente dos códigos tributários estaduais.

Este imposto abrange tanto o deslocamento de pessoas como o de qualquer objeto (sólido, líquido, gasoso ou simplesmente mercadoria). Alcança, pois (ou pode alcançar), os transportes de passageiro, de cargas, de valores, mercadorias, etc., bastando que o serviço seja objeto de contratação autonomamente considerado. Os serviços de transporte interestadual, aos quais faz menção o art. 155, III da CF. São os prestados em regime de direito privados.

No âmbito de abrangência o doutrinador Roque Antonio Carrazza, assim nos referências, então vejamos:

A competência tributária é a habilitação ou se preferirmos, a faculdade potencial que a Constituição confere a determinadas pessoas, para que tribuam obviamente, quem pode tributar (criar unilateralmente o tributo, a partir de faculdades constitucionais) pode, igualmente, aumentar a carga tributária (agravando a alíquota ou a base de cálculo no tributo, ou ambas), diminuí-la (adotando o procedimento inverso) ou, até suprimi-la, por intermédio da não-tributação pura e simples ou do emprego do mecanismo jurídico das isenções. O que queremos dizer é que quem pode tributar, pode também aumentar o tributo, minorá-lo, isentá-lo, todo em partes, ou não tributar, observadas, sempre, obviamente, as diretrizes constitucionais. Tudo vai depender de uma decisão política, a ser tomada pela própria entidade tributante.⁴¹

Conforme a política tributária dos entes federados, não está atrelada somente entre atributos, fatos notórios na doutrina de não contextualizarem o inverso da tributação. Se não, vejamos:

A política tributária não pode ser reduzida a uma atividade meramente arrecadatória e fundamentada muitas vezes em modelos jurídicos externos de impraticável aplicação em nosso país. Uma real e legítima política tributária deve ser fundada na análise de diversos fatores e não apenas arrecadação. Deve-se, antes de mais nada, ser

⁴¹ CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 31.

ponderada a viabilidade da adoção de uma política ativa ou passiva, sempre visando ao desenvolvimento econômico e social primordialmente e não à solução de problemas deficitários públicos como única e essencial meta.⁴²

A discussão sobre o tema da política fiscal encontra-se em evidência pelos fatos da guerra fiscal que os entes travam sobre suas competências, ora vista supramencionada, e nos traz um questionamento sobre a desoneração do tributo, em especial, os Estados-membros, dos referidos institutos jurídico-tributárias que são: isenção, redução de base de cálculo, redução da alíquota, crédito presumido, diferimento. A complexidade está nos incentivos fiscais no ordenamento jurídico brasileiro.

5 INCENTIVO FISCAL

A disputa dos Estados-membros por investimento de empresas privadas por intermédio do oferecimento de vantagens econômicas, decorrente de renúncia de receita tributária.⁴³

Nosso intuito fica atrelado com referência ao imposto estadual, especialmente o ICMS na prestação de serviço de transporte carga e passageiro no modal aquaviário, especialmente na cabotagem, sua relevância ou não da cobrança do imposto de competência dos estados-membros, e quais as possibilidades de incluir incentivo fiscal na cabotagem para incentivar o setor da navegação marítima. Quais serão os impactos na renúncia nesta atividade economia e suas possibilidades de fomentar a indústria naval brasileira.

Em um país como o nosso, com uma vasta extensão de costa marítima, a cabotagem poderia representar um papel muito importante na economia brasileira.

O modal, utilizado para transportes de cargas entre dois portos da costa de um mesmo país, é muito pouco utilizado pelo Brasil. Segundo a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), o modal aquaviário representa 13% do

⁴² MARTINS, Rogério L. V. G. da Silva. A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte. In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 147.

⁴³ MENESCAL, Leonardo A. A guerra fiscal, desigualdades regionais e federalismo fiscal no Brasil. In: **Federalismo fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 327.

transporte de cargas no país.⁴⁴

Com vários obstáculos, entraves, e uma alta burocracia impostos ao aperfeiçoamento desse transporte e até mesmo a falta de capacidade operacional, práticos e tripulações brasileiras, fazem com que ele se torne pouco viável e pouco rentável.

Por sua vez, o marítimo é "presenteado" com pagamentos de vários tributos, tais como: ICMS, PIS e Cofins, o que o torna uma opção mais cara.

Uma opção para baixar o custo desse tipo de frete é haver benefício fiscal e competitividade, mais iniciativas para as empresas privadas e atividade setorial. De acordo com a ordem econômica para o setor, conforme cita Osvaldo Agripino de Castro Júnior, vejamos:

Com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, o marco teórico condicional brasileiro nasce com a promulgação da Carta Constitucional e o Título VII, que trata da Ordem econômica e Financeira, nos arts. 170 a 192, com especial referência ao artigo 174, que assim dispõe:
Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.⁴⁵

Além de tudo, a maior utilização desse modal contribuiria para a diminuição de caminhões com cargas pesadas nas rodovias, diminuiria o índice de acidentes e contribuiria com o meio-ambiente, diminuindo poluição.

Constata-se, desde já, a questão federativa como ponto sensível em matéria de harmonização de tributos indiretos na atividade da prestação de serviço de transportes na cabotagem. Isso em função da tributação sobre o transporte de passageiro e carga em matéria de ICMS, realiza-se sob a competência legislativa dos Estados-membros, apesar do caráter eminentemente de interesse do setor transporte marítimo, especialmente da cabotagem. Como é do nosso conhecimento, o modal mais utilizado por nós, é o rodoviário, que diferente do aquaviário, recebe alguns incentivos, como o incentivo destinado ao diesel.

A lei Complementar nº 24/75, foi editada para regular o dispositivo para incluir

⁴⁴ ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Modal aquaviário**. 2011. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/BoletimPortuario/FrotaApoioMaritimoDez2011.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

⁴⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito regulatório e inovação nos transportes e portos nos Estados Unidos do Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 258.

no seu âmbito de validade todas exonerações tributárias⁴⁶. Pois a ela a norma escrita no artigo 155, § 2º, "g", CF, confiou a regulação da forma de isenções, mas também os incentivos e benefícios fiscais que poderão ser concedidos e revogados através de convênios deliberados pelo CONFAZ, com a produção do ato concessivo à prévia celebração dos Estados e Distrito Federal para conferir a eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. O ICMS tem característica especial no tocante às isenções.

É no orçamento público que as receitas e despesas são confrontadas, objetivando uma gestão equilibrada das contas públicas aos entes federados.

É através dos princípios constitucionais dos direitos, das garantias fundamentais e da ordem econômica, que nos reportaremos a seguir.

6 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Temos o dever de verificar dispositivo da norma constitucional que referencia nossa ordem econômica brasileira, através de observância ao sistema que o constituinte originário elaborou para a livre-iniciativa, se não vejamos:

Em conjunto com a livre iniciativa, a livre concorrência constitui uns dos pilares do liberalismo. A livre-iniciativa permite aos indivíduos ousarem na criação de produtos, idéias ou serviços, a fim de conquistarem o maior número de adeptos. Já a livre concorrência assegura a proibição de entraves à propagação de idéias, produtos ou serviços, estando intimamente relacionado com a existência do mercado.⁴⁷

É através da intervenção na economia doméstica que o Estado busca sua efetivação no princípio constitucional, conforme anunciado do doutrinador Osvaldo Agripino de Castro Júnior:

A efetivação da livre iniciativa e da livre concorrência, pelo Estado, dá-se através da intervenção econômica negativa. Cumpre a esse remover os obstáculos ao livre desenrolar da racionalidade de mercado, corrigindo as

⁴⁶ MIRANDA, José Benedito. ICMS, benefícios fiscais e disciplina constitucional. **Jusnavigandi**. 2011. Disponível: <<http://jus.com.br/revista/texto/20611/ICMS-beneficios-fiscais-disciplina-constitucional>>. Acesso em: 18 de ago. 2012. p. 2-3.

⁴⁷ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 181.

suas falhas, buscando sua manutenção.⁴⁸

Nesse sentido, a fim de preservar o mercado nacional que o Estado, através de imposição de normas infraconstitucional tributaria e fiscal trata de correção de eventuais falhas, de acordo com doutrinador Agripino Castro Jr, na sua explicita citação, descrevemos nesse sentido, a fim de preservar o mercado, o Estado, através das normas tributarias indutoras, facilita a correção de eventuais falhas. Para tanto, verifica-se:

Como exemplos de normas tributárias indutoras voltadas à regulação dos mercados, contemplados pelo próprio constituinte, citem-se, na Constituição Federal, os casos em que se afasta o principio da anterioridade (artigo 150, III, "b" e "c", c/c 150. § 1º), e se mitiga a legalidade tributária (artigo 150, I, c/c 153, § 1º) para permitir que o Poder Executivo altere alíquotas dos impostos aduaneiros, dos impostos sobre Produto Industrializados e do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, Títulos e Valores Mobiliários.

Igualmente no sentido de preservação a livre concorrência é que deve ser interpretado o § 1º do artigo 173 do texto constitucional que tratando da exploração direta de atividade econômica pelo estado, assegura que esta se sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias. Tem esse preceito vínculo imediato com o § 3º do artigo 150 do texto constitucional, que tratando da imunidade recíproca, afirma que esta não se aplica "ao patrimônio, à renda e os serviços, relacionados com a exploração de atividades econômica regidas pelas normas aplicáveis e empreendimentos privados (exatamente aquelas regidas pelo artigo 173). Daí constatar-se que a limitação à imunidade recíproca, regida pelo artigo 150 § 3º, depende, para sua correta interpretação, da compreensão do conteúdo do artigo 173, que inspira no principio da livre concorrência. [...]"⁴⁹

Também a livre concorrência se assegura a partir da proibição da introdução de tributos que discriminem unidade da Federação, ou que limitem o trânsito de pessoas e bens, garantindo a Unidade Econômica-Político do País. E ainda ressalva o autor Luís Eduardo Shoueri:

Também foi a preocupação com o livre-concorrência que moveu o constituinte derivado a inserir no texto constitucional o art. 146-A, autorizando a lei complementar a "estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo

⁴⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 181.

⁴⁹ SCHOUEIRI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 73.

de prevenir desequilíbrios da concorrência”.⁵⁰

Outro princípio da ordem econômica é o art. 3º da nova Constituição, menciona os objetivos que devem nortear a ação das políticas a serem adotadas. Tais objetivos constituirão as metas que se propõem para serem alcançadas:

I) – construir uma sociedade livre;

II) – garantir o desenvolvimento nacional;

III) – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV) – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁵¹

A ordem jurídico-econômica analisada e proposta por João Bosco Leopoldo da Fonseca, Direito Econômico, cita no seu ensinamento:

Tais princípios e objetivos deverão estar presentes na análise de todos os dispositivos constitucionais, pois a Constituição econômica não se restringe aos artigos contidos no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, mas tem sua expressão e seu conteúdo em diversos outros tópicos da Constituição. Os *princípios fundamentais*, por isso mesmo que básicos, deverão informar o entendimento exegético de todos os tópicos pertinentes à Constituição econômica.⁵²

De maior importância e circunstâncias relevantes para garantir uma economia globalizada e transnacional, depende de redução de carga tributária para incentivar o setor na construção e indústria naval brasileira, no que tange a economia. A redução de desigualdades regionais e setoriais, conforme registra Osvaldo Agripino Castro Júnior:

A redução das desigualdades sociais e regionais, além de ser pontuada com objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, pelo artigo 3º da Carta Magna, também foi apontada como o princípio da ordem econômica, artigo 170, inciso VI, pelo mesmo texto. Para tanto, verifica-se a grande

⁵⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 73.

⁵¹ BRASIL. **Constituição Federal**: artigo 3º. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2012.

⁵² FONSECA, João Bosco Leopoldo da Fonseca. **Direito econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85.

preocupação do constituinte com as disparidades existentes no Brasil, levando-o a criar mecanismo para sua diminuição.⁵³

Luís Eduardo Schoueri trata da concretização da diminuição das desigualdades regionais e setoriais através das normas indutoras e intervenção governamental dentro do Direito Tributário:

Em matéria tributária, assume importância o princípio referido quando, por exemplo, excepcionando o princípio da uniformidade da tributação, de que trata o artigo 151 da Constituição Federal, admite "a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País". Destarte, conquanto a tributação uniforme seja requisito para a existência de um mercado único, e não obstante a importância deste mercado para o próprio constituinte, houve este por bem relativizá-lo, quando em confronto com seu desejo de redução de desigualdade regionais, tendo em vista sua finalidade de justiça social e dignidade humana. Assim é que normas tributárias indutoras que promovam regiões menos favorecidas, como as da extintas SUDENE e SUDAM (hoje ADENE E ADA, respectivamente), devem ser compreendidas como forma de concretizar o princípio ora referido.⁵⁴

A nova interpretação e aplicação constitucional na ótica do direito transnacional vêm atravessando fronteiras sem limites para o direito na globalização que emerge na base do capitalismo e do liberalismo econômico e político de uma nova ordem econômica mundial.

7 FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL, TEORIA E CRÍTICA E PÓS-POSITIVISMO

Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimento e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte da doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro.

A pós-modernidade e o Direito em sua nova interpretação constitucional, que veremos a partir de agora, com relatos e anunciados, Luis Roberto Barroso, que fundamenta para compreensão, se não vejamos:

⁵³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 181. p. 184.

⁵⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 99.

Planeta Terra. Início do terceiro milênio. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós tudo: pós-marxista, pós-Kelseniana, pós-freudiana.⁵⁵

O engajamento, sob a designação de teoria crítica do direito, funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos extrajurídicos, e abriga-se um conjunto de movimento e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O renomado Luís Roberto Barroso nos leva a refletir se não, vejamos:

O sistema jurídico é completo e auto-suficiente; lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. [...] – Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma.⁵⁶

A superação histórico do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo.

Uma época pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. Temos uma nova era da transnacionalização, que os direitos fundamentais, econômico e Estado, nos demonstram no ensinamento dos atuais pós-positivistas do Século XXI, nos questiona:

O problema maior da economia – e das finanças – globalização, derivado das entranhas da modernidade, emerge da base da sua filosofia de liberdade política: emerge do capitalismo e do liberalismo econômico. Tem-se a sensação de que se está saindo de um ciclo político que dominou os últimos dois séculos, mas a falta de alternativa está levando o mundo a uma crise financeira sem precedentes; e não há evidência capazes de surgir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política. O espaço ainda não explorado pela política e criado pela mundialização do capitalismo, demonstra a necessidade de um *locus* de poder público entre os estados nacionais.⁵⁷

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314

⁵⁷ MARCELINO JÚNIOR, Júlio César; VALLE, J K; AQUINO, S. R. F. **Direitos fundamentais, economia e Estado**: reflexões em tempos de rede. Florianópolis: Editorial, 2010. p. 143.

Para a necessidade de um novo Contato Social, tem-se como ponto de partida a insuficiência irreflexiva do postulado da permanência da coisa pública, através de uma nova teoria chamada numa nova sistemática que é "republicanização da globalização", talvez um só um novo Contrato Social de caráter transnacional poderá recuperar o espaço perdido.

Porém, dentro de uma visão histórica mais ampla, é impossível desconsiderar a influência decisiva que a teoria crítica teve no surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A teoria crítica deve ser vista, neste início de século, na mesma perspectiva que a teoria marxista: apesar de seu refluxo no quadro atual, sobretudo após os eventos desencadeados a partir de 1989, conserva as honras de ter modificado e levado o patamar do conhecimento convencional⁵⁸.

O constitucionalista Luis Alberto Barroso, nos ensina que o Direito positivo, é que, dentro da interpretação e aplicação constitucional convencional, trouxe e resultou que:

O mundo jurídico tornou-se e se reconhece que, a redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito. É certo que já se alimenta a crença de que a lei seja 'a expressão da vontade geral institucionalizada' e se reconhece que, frequentemente, estará a serviço de interesse, e não da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto de debate político, ele representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei⁵⁹. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromisso tanto com a legalidade democrática como com conscientização e a emancipação. Não há, no particular, Mem incompatibilidade nem exclusão.

O constituinte derivado sustenta um acréscimo no ordenamento do texto constitucional o artigo 146-A, opção pelo regime de economia de mercado e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Por conseguinte, ao Estado gerir seus fatores de produção, de forma mais independente possível, mas nunca desconsiderando os agentes internacionais, pois assim o fazendo,

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 319

⁵⁹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 6º. "A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada.

estaria privando-se de proporcionar o bem-estar social à sua nação.

O tributarista Luis Eduardo Schoueri⁶⁰, nos mostra o acréscimo constitucional da tributação e do orçamento a preocupação com a livre-concorrência que moveu o constituinte derivado a inserir no texto constitucional o art. 146-A, autorizando a lei complementar a “estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrio da concorrência”.

Garantir-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os setores da economia e um direito de estar no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além das características históricas mencionadas, do ponto de vista econômico, 95% de todo o comércio exterior brasileiro é transportado por via marítima. Isso significa, entre exportação e importação, algo em torno de cem bilhões de dólares por ano, sem contar o custo do próprio frete, que é cerca de seis bilhões de dólares anuais.

Setores esses de grande importância, da economia brasileira, como o transporte no modal aquaviário, que carecem de grandes valores de investimento e estímulo de benefício tributário por parte dos entes Federados, que detém competência legislativa ao poder de tributar.

A competência legislativa tributária é indelegável sob égide constitucional, tais garantias dos direitos fundamentais econômicos e sociais. O poder de tributar outorgado pela Constituição Federal aos poderes legislativos para delimitação e para a própria esfera de competência. Seus limites no processo da elaboração das leis infraconstitucionais, porém incluídos a adequação de cada espécie normativa e os procedimentos para sua edição.

Outro aspecto que precisa ser abordado é o desenvolvimento da indústria da construção naval (estaleiro, armadores e outros) para o fomento do poder marítimo nacional. A abertura comercial brasileira e os esforços para a inserção

⁶⁰ SCHOUEIRI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 73.

SILVA, Haérsio Flávio Leite da. A navegação de cabotagem brasileiro e o ICMS-transporte. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

do setor produtivo nacional na economia capitalista globalizada, que vem ocorrendo desde o final dos anos 80 e início da década de 90. A demanda de produção interna de produtos bens de capital e de consumo.

Por sua vez, o desenvolvimento econômico Intra-Estados membros da federação, a partir de políticas municipais e regionais voltadas para a construção de um poder marítimo nacional, é condição necessária para a criação de base sólida à economia doméstica.

De outra banda, pode o Estado intervir no domínio econômico por meio de fomento, ou seja, em que se apóia e incentiva a iniciativa privada, estimulando ou desestimulando determinadas atividades econômicas, nesse caso, a navegação marítima de cabotagem brasileira através de Instituto de incentivo fiscal, e uma cadeia de valores do setor de transportes marítimo, na forma de intervenção estatal e financiamento setorial, pelos atos governamentais. Sendo essa a modalidade buscar os princípios fins, dos quais foram citados no texto em análise.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Modal aquaviário**. 2011. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/BoletimPortuario/FrotaApoioMaritimoDez2011.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

BARBOSA, Daniela O. M. L. B. Os reflexos do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) n indústria do transporte marítimo e construção naval. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo: temas atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 171-172.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305

BRASIL. **Constituição Federal**: artigo 146. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal**: artigo 3º. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2012.

CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

SILVA, Haérsio Flávio Leite da. A navegação de cabotagem brasileiro e o ICMS-transporte. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito marítimo**: temas atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 175.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito regulatório e inovação nos transportes e portos nos Estados Unidos do Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 261.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Os princípios Gerais do sistema tributário da Constituição. In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 58.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: constituição e código tributário nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional. São Paulo: MP, 2005. p. 23.

FONSECA, João Bosco Leopoldo da Fonseca. **Direito econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2002. p. 85.

FONSECA, Tiago Figueiredo. **Desenvolvimento da cabotagem no Brasil**: um estudo de caso de viabilidade do setor. 2009. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Tecnologia da Zona Leste, São Paulo, 2009. p. 43.

GALVÊAS, Ernane. Breve História dos Tributos In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 318.

MARCELINO JÚNIOR, Júlio César; VALLE, J K; AQUINO, S. R. F. Direitos fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de rede. Florianópolis: Editorial, 2010. p. 143.

MARTINS, Rogério L. V. G. da Silva. A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte. In: MARTINS, Ives G. S. **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forence, 2007. p. 147

MENESCAL, Leonardo A. A guerra fiscal, desigualdades regionais e federalismo fiscal no Brasil. In: **Federalismo fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 327.

MIRANDA, José Benedito. ICMS, benefícios fiscais e disciplina constitucional. **Jusnavigandi**. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20611/ICMS-beneficios-fiscais-disciplina-constitucional>. Acesso em: 18 de ago. 2012. p. 2-3

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro**: 1989 – 2009. Brasília (DF) IPEA/CEPAL, 2010. p. 7.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção**

SILVA, Haérsio Flávio Leite da. A navegação de cabotagem brasileiro e o ICMS-transporte. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Econômica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 73

SILVA, Marcelo Muniz da. **Análise da estrutura de financiamento á indústria naval no Brasil.** 2007. 97 Dissertação (Mestrado em Engenharia naval e e Oceânica) - Escola Politécnica da Universidade deSao Paulo, Sao Paulo, 2007. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponivel/33/35>. Acesso em: 18 ago. 2012.