



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/020/439/2010
Data: 09/11/2010 Fis. 74
Rubrica: AM - 50201247

**Processo nº. :** E-12/020.439/2010 (Apensado ao E-12/020.029/2011).  
**Data de autuação:** 09/11/2010.  
**Concessionária:** CEG.  
**Assunto:** Conferências dos valores recolhidos da taxa de regulação – cobrança do montante das diferenças entre os valores declarados e recolhidos pela concessionária – período – mês 08/2010.  
**Sessão Regulatória:** 17/12/2015.

---

### **RELATÓRIO e VOTO**

---

Trata-se, o presente processo, de reanálise da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 054/2010.

Como argumento preliminar, a impugnante sustentou a tempestividade da sua peça, bem como: i) descumprimento das formalidades legais e ii) ilegitimidade para lavratura do Auto de Infração.

No mérito, argumentou: i) ausência de fundamentação legal e contratual da base de cálculo da taxa de regulação empregada pela CAPET; ii) aplicação ao princípio da irretroatividade e iii) ausência de competência para instituir a base de cálculo da taxa, conforme segue, em parte:

#### **“II – DO MÉRITO**

##### **II.1 – AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA TAXA DE REGULAÇÃO**

(...)

Inicialmente, cumpre destacar que o processo administrativo que originou o presente Auto de Infração foi instaurado em razão da indefinição quanto aos tributos que podem ser deduzidos na base de cálculo da Taxa de Regulação, vez que a CAPET e a Concessionária divergem em relação aos valores apresentados.

(...)



No caso concreto, a definição adotada pela Concessionária é a única que se mostra viável e legítima, uma vez que o desconto do valor da própria taxa de regulação para se chegar à base de cálculo da taxa, evita a ocorrência de *bis in idem*, ou seja, tributar duas vezes a Concessionária por um mesmo fato.

(...)

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que é vedado à Administração Pública proceder à confecção de um auto de infração sem que sejam observados rigorosamente os requisitos cabíveis. Pela característica da solenidade do ato devem ser observadas, adequadamente, todas as suas formalidades sob pena de nulidade do mesmo.

(...)

Portanto, o auto de infração é nulo, vez que não preenche um dos requisitos essenciais para a sua validade, já que a motivação da lavratura do presente auto de infração teve com base uma prática que não se encontra amparada por lei, tornando-o nulo, com fulcro no art. 2º, Parágrafo único, 'd' da Lei n.º 4.717/65.

Por todo o exposto, tem-se por evidente que as inexactidões apontadas e o descumprimento das formalidades acima mencionadas ferem a legislação vigente, e, via de consequência, os procedimentos estabelecidos na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/07.

Assim, diante da existência de proposições inaceitáveis, requer esta Concessionária o acolhimento das presentes razões, com a declaração de nulidade do auto de infração n.º 054/2010.

## II.2 – DA TAXA DE REGULAÇÃO



(...)

Assim, a Concessionária ao efetuar o cálculo para a taxa de regulação, abate PIS, COFINS, a própria taxa de regulação, bem como a CPMF (quando ainda se encontrava em vigor).

(...)

Além disso, o abatimento da própria taxa de regulação se deve ao fato de ser a mesma um tributo, vez que a taxa fora instituída por lei cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia definido no art. 145, II da CF e no art. 78 do Código Tributário Nacional, já que se trata de prestação pecuniária, compulsória, que não constitui sanção de ato ilícito, cobrada mediante atividade administrativa vinculada.

Ademais, a taxa de regulação é igualmente repassada às tarifas, o que também já foi discutido e decidido nesta Agência Reguladora.

Desta forma, o auto de infração deve ser julgado improcedente posto que os argumentos utilizados para a aplicação da base de cálculo da taxa de regulação adotada pela CAPET, não tem qualquer embasamento contratual e/ou legal, sendo o critério adotado pela Concessionária pautado em normas e informativos do STF vigentes.

### **II.3 - DA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E DA COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR A BASE DE CÁLCULO DA TAXA**

Na hipótese de não acolhimento das alegações acima expostas, cumpre a esta Concessionária esclarecer ainda que, para que possa a Agência Reguladora cobrar supostas diferenças de pagamento da taxa de regulação pela Concessionária, se faz



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/020/439/2010
Data 09/11/2010 Fls. 77
Rubrica U4 - GO 201247

necessário que a base de cálculo da referida taxa esteja legalmente definida, o que não ocorreu.

Ora, não se pode afirmar que houve descumprimento de contrato e/ou legislação para fins de cobrança da Concessionária, posto que a base de cálculo para fins de recolhimento da taxa de regulação não tem amparo normativo, portanto, se não há lei que defina a base de cálculo, não há que se falar em diferença a ser paga.

**Ademais, em sendo regulamentada a base de cálculo para a taxa de regulação, a Agência Reguladora só poderá cobrar supostas diferenças apuradas, após a vigência da norma que estipule qual é a base de cálculo a ser adotada, uma vez que a Lei Estadual foi omissa neste aspecto, em consonância com o Princípio da Irretroatividade.**

(...)

Salienta-se que a Agência Reguladora não pode legislar matéria não disciplinada em lei, logo, não pode a Agência Reguladora impor uma base de cálculo referente à taxa de regulação, se não existe lei que regule tal assunto, por violação ao disposto no art. 2º da Constituição Federal.

(...)

Ante o exposto, pugna esta Concessionária, mais uma vez, pela improcedência do auto de infração nº 054/10." (grifos no original)

Concluiu a impugnação pleiteando o acolhimento das preliminares suscitadas, bem como, subsidiariamente, sejam consideradas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração.



O corpo jurídico desta AGENERSA, em parecer fundamentado (fls. 45/47), opinou:

“(…)

#### **I – Da nulidade do Auto de Infração.**

(…)

É oportuno iluminar que a lei não é capaz de enumerar todas as condutas de um agente administrativo, possibilitando assim que em várias situações ele avalie a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador público. Nessas situações vislumbra-se o poder discricionário conferido à Administração Pública, que nada mais é do que ‘a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Dessa forma, a SECEX não é obrigada a seguir determinadas sugestões, especialmente aquelas que fogem da competência técnica do órgão técnico parecerista.

Dessa forma, esta Procuradoria recomenda rejeição da preliminar suscitada pela Concessionária CEG.

#### **II – Da alegação de nulidade do Auto de Infração.**

A Concessionária CEG aduz que o Auto de Infração nº. 054/2010 é eivado de nulidade por carecer de competência legal a SECEX. Aponta que o art. 9º da Instrução Normativa CD nº. 001/2007 legitima a competência da SECEX na hipótese de aplicação de penalidade por atraso no pagamento da taxa de regulação, o que não retrata a hipótese dos autos.

É oportuno iluminar que é entendimento majoritário o uso da analogia no direito administrativo, especialmente quanto à



aplicação majoritária do Código de Processo Civil. Ora, no caso em apreço, se o art. 9º da Instrução Normativa CD nº. 001/2007 autoriza a SECEX a lavrar o Auto de Infração para a hipótese de aplicação de penalidade por atraso no pagamento da taxa de regulação, não seria razoável impedimento de lavraturas de AI por aquele órgão para as situações de pagamento irregular de Taxa de Regulação. A respeito, vale aqui ressaltar o brocardo jurídico, 'Quem pode o mais, pode o menos', comumente utilizado no sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, esta Procuradoria recomenda rejeição da preliminar suscitada pela Concessionária CEG.

### III – Do Mérito

#### **. Das alegações de nulidade ao Auto de Infração nº. 054/2010.**

É importante ressaltar, que no mérito, a Concessionária CEG reitera todas as alegações defensivas colacionadas nos autos E-12/020.185/2010, bem como as alegações trazidas em sede judicial, processo nº. 2002.001.033221-5, que, por sua vez, restou consignado que a gramaticalidade do art. 19 da Lei nº. 2.686/1997 apenas autoriza a exclusão dos tributos sobre a base de cálculo da taxa de regulação que incidam exclusivamente sobre tarifas.

Para tanto, esta Procuradoria reitera o parecer de fls. 26 exarado nos autos E-12/020.185/2010, no sentido de que a base de cálculo comumente adotada pela CAPET corresponde à receita faturada descontada do ICMS, PIS/COFINS. Logo é certo concluir que essa fórmula não permite considerar como fator de dedução a taxa de regulação, não podendo ser descontada no mês subsequente como forma de compensação, já que não se traduz em cálculo que seja feito por dentro.



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Registra-se que na tributação pro dentro, o valor do imposto é embutido no preço da mercadoria ou do serviço. A alíquota do imposto é aplicada sobre o preço reajustado pelo montante do imposto, isto é, o imposto incide sobre si próprio. Ao passo que na tributação por fora, o valor do tributo não integra o preço da mercadoria ou do serviço. O valor do imposto incidente sobre a mercadoria ou o serviço é separado do preço respectivo. O imposto não pertence ao comerciante ou ao prestador de serviço.

(...)

### III – Conclusão

Com base no exposto, essa Procuradoria sugere que o Auto de Infração impugnado seja mantido, em razão de atender aos requisitos legais e, conseqüentemente seja negado provimento à Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG.”

Em complementação, o Procurador Geral da AGENERSA apresentou as seguintes considerações:

“De acordo, ressaltando que a base de cálculo da Taxa de Regulação foi equacionada pelo Parecer 27/2010 – LMMN, aprovado pela PGE nos autos do p.a. E-12/020.178/2010.”

Por meio decisão do então Conselheiro Presidente (fls. 52), foi conhecida a peça impugnativa, mas com seu provimento negado.

Ato contínuo, a Secretaria Executiva determinou a abertura do Processo Administrativo E-12/020.029/2011, com o fim de registrar o débito oriundo da penalidade aplicada pelo Auto de Infração n.º 054/2010 no sistema de Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro.

Ocorre, todavia, que a Concessionária pleiteou judicialmente o reconhecimento da nulidade do referido Auto de Infração, argumentando a ausência de competência do Ilmo. Conselheiro Presidente desta AGENERSA, à época, para análise



da impugnação ao Auto de Infração n.º 054/2010 supramencionado, o que foi acolhido pela sentença de fls. 66/69<sup>1</sup>.

A Procuradoria Geral do Estado, em pronunciamento fundamentado<sup>2</sup>, entendeu pelo prosseguimento da instrução dos autos com novo julgamento pelo Conselho Diretor desta AGENERSA.

Conforme Ofício AGENERSA/CODIR/JB n.º 155/2015, informei à Concessionária quanto à apresentação das razões finais orais, na sessão de julgamento de hoje, nos termos do Regimento Interno desta Autarquia, respeitando, portanto, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

#### **Relatados, passo a expor meu voto.**

Trata-se de impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 054/2010, que materializou penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/020.185/2010, correspondente às conferências dos valores recolhidos da taxa de regulação – cobrança do montante das diferenças entre os valores declarados e recolhidos pela Concessionária – período de conferência do mês 08/2010.

Registro, inicialmente, a tempestividade da presente defesa, tendo em vista sua apresentação em tempo hábil conforme disposição expressa da Instrução Normativa CODIR n.º 001/2007.

Como primeiro argumento preliminar, a Concessionária alegou nulidade ante a ilegitimidade da Secretaria Executiva – unicamente - para lavrar o Auto de Infração.

É de se frisar, neste primeiro momento, o conteúdo do disposto no artigo 9º da Instrução Normativa/CD n.º 001/2007, *verbis*:

“Na hipótese de aplicação de penalidade por atraso no pagamento da Taxa de Regulação, compete à Secretaria Executiva lavrar, no

<sup>1</sup> Processo E-12/020.029/2011.

<sup>2</sup> Fls. 96/99 do Processo Regulatório E-12/020.029/2011.





prazo de até 72 (setenta e duas) horas, o Auto de Infração que será a peça inicial do processo.” (grifei)

Evidencia-se, nesse contexto, que o caso em apreço se coaduna ao que a doutrina preconiza chamar de **teoria dos poderes implícitos**, de origem norte-americana<sup>3</sup>, que ocorre quando é conferida uma atribuição a determinado órgão, **considerando-se envolvidos todos os meios necessários para sua execução regular**<sup>4</sup>.

Com efeito, o reconhecimento da referida teoria foi atestado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG<sup>5</sup>, dando-lhe validade perante o ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, levando-se em consideração o fato de a Secretaria Executiva ter atribuição para lavratura do Auto de Infração para o caso de pagamento por atraso, **razão há para considerar válida a lavratura nos casos de situações de pagamento irregular**, conforme consubstanciado pela Procuradoria desta Autarquia, às fls. 46.

O segundo argumento preliminar consiste na ausência de definição da Base de Cálculo da Taxa de Regulação. No caso, referente à divergência entre os valores apresentados tanto pela Concessionária quanto pela CAPET.

Nesse ponto, a impugnante aduz não haver definição quanto à base de cálculo adotada, bem como ser definição por ela adotada “única que se mostra viável e legítima”.

Dentro desse contexto, é de se frisar que a inteligência do artigo 19<sup>6</sup> da Lei n.º 4.556/2005 estabeleceu a base de cálculo da taxa de regulação. Por outro lado, ante a

<sup>3</sup> O caso que denota a origem do instituto em apreço foi no ano de 1819, no precedente *McCulloch vs. Maryland*, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

<sup>4</sup> Ref. Voto do Min. Celso de Mello no Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG.

<sup>5</sup> Relatoria do Min. Cezar Peluso.

<sup>6</sup> Art. 19 - A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei de Criação da AGETRANSP, na área de energia ou saneamento básico, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes.

§ 1º - A taxa a que se refere o caput deste artigo deverá ser recolhida até o décimo dia útil do mês subsequente ao do ingresso da receita correspondente às tarifas cobradas pelo Concessionário ou Permissionário.



Govorno do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/020/439/2010
Data: 09/11/2010
Fs. 83
Rubrica: CM - 5020247

divergência quanto à interpretação do dispositivo citado – **ponto inclusive suscitado no mérito da impugnação** -, a Procuradoria Geral do Estado<sup>7</sup> se manifestou pela exclusão do PIS/COFINS somente sobre o insumo básico da concessão e a vedação ao abatimento da taxa de regulação da mesma base de cálculo, **por ausência de natureza tributária**.

Por tais razões, também acompanhando o que fora sustentado pelo corpo jurídico desta AGENERSA, entendo que não merece acolhimento à questão preliminar e ao mérito suscitado pela Concessionária.

Visto o conteúdo preliminar, passo a análise meritória remanescente da presente impugnação.

Impende, de início, considerar que a taxa de regulação não possui natureza tributária, conforme sustentado – pela Impugnante - como taxa pelo exercício regular do poder de polícia, possuindo, pois, natureza contratual.

Nesse sentido a doutrina faz as seguintes distinções entre taxa e preço público (tarifas), *in verbis*:

“O traço marcante que deve diferir taxa de preço público – do qual tarifa é espécie – está na inerência ou não da atividade à função do Estado. Se houver evidente vinculação e nexo do serviço com o desempenho de função eminentemente estatal, teremos a taxa. De outra banda, se presenciarmos uma desvinculação deste serviço com a ação estatal, inexistindo óbice ao desempenho da atividade por particulares, vislumbrar-se-á a tarifa.”<sup>8</sup>

A Procuradoria Geral do Estado, em oportunidade de apreciação quanto à natureza jurídica da “taxa” de regulação, já se manifestou no sentido de ser esta de cunho contratual, refutando, pois, a natureza tributária defendida pela Concessionária:

“Ora, a relação entre a Administração e o concessionário ou permissionário **é de natureza contratual** e, mesmo nas relações

---

§ 2º - O não recolhimento da taxa no prazo fixado no parágrafo anterior implicará em multa de 10% (dez por cento), e juros moratórios de 1% (um por cento) a cada 30 (trinta) dias de atraso, bem assim na incidência de correção monetária, na forma da legislação em vigor.

<sup>7</sup> Parecer Nº 27/2010 – LMMN.

<sup>8</sup> SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 433.



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-10/020/439/2010
Data 09/11/2010 Fls. 04
Rubrica C41.50209247

contratuais, não raras vezes, a supremacia do interesse público sobre o privado se destaca. Na minha modesta opinião, é o que ocorre no caso concreto, visto que a taxa em questão é fixada em lei e é imposta em caráter genérico a todos aqueles que sejam concessionários ou permissionários dos serviços públicos estaduais.

(...)

A autarquia em questão tem, como competência, o exercício do poder regulatório dos serviços públicos estaduais, que abrange o acompanhamento, controle e fiscalização das concessões e permissões de serviços públicos nos quais o Estado figure como Poder Concedente ou Pertinente. Daí a “taxa” em discussão se destinar a remunerar esses serviços, principalmente, o de execução e fiscalização do cumprimento das normas contratuais ou legais pertinentes.”<sup>9</sup> (grifos no original)

Por este motivo, não possuir natureza tributária, não há incidência de abatimento da receita bruta da concessionária na “taxa” de regulação, conforme sustentado em sua peça impugnativa.

Contextualizando o entendimento exposto, Luciano Amaro preleciona:

“A taxa é um tributo, sendo, portanto, objeto de uma obrigação instituída por lei; já o preço é obrigação contratual. O preço é, pois, obrigação assumida *voluntariamente*, ao contrário da taxa de serviço, que é *imposta* pela lei a todas as pessoas que se encontrem na situação de usuários (efetivos ou potenciais) de determinado serviço estatal.

(...)

A adoção do regime jurídico das taxas permitirá, por razões assinaladas anteriormente, a opção do legislador pela incidência mesmo nos casos em que não haja efetiva utilização do serviço

<sup>9</sup> Procuradoria Tributária - Promoção s/n.º/98 – Vera Lúcia Kirdeiko.



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/020/439/2010
Data 09/11/2010 Fls. 85
Rubrica CM - 502.01247

público. Os preços, evidentemente, só poderão ser cobrados nos termos do contrato firmado, não cabendo impor ao indivíduo o pagamento, se ele se recusa a contratar; nada impede, por outro lado, cobrar preço pela simples colocação do serviço à disposição, se isso tiver sido contratado.”<sup>10</sup>

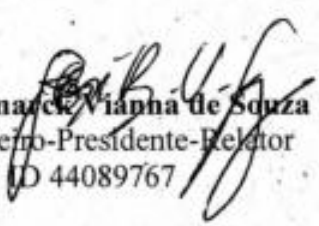
Pode-se concluir, nessa conjuntura, que a **colocação do serviço de fornecimento de gás à disposição do usuário não faz com que, mesmo não contratando, haja incidência da “taxa” de regulação.**

Desta feita, o argumento da aplicação da irretroatividade acaba caindo por terra, ante a não incidência do princípio em apreço e **em decorrência da natureza contratual da “taxa” de regulação**, o que se aplica, também, a alegação da ausência de competência desta AGENERSA para legislar sobre a base de cálculo da própria “taxa” de regulação.

De acordo com sãs razões apresentadas no presente voto, torna-se possível extrair que não merecem prosperar os argumentos apresentados pela CEG, motivo pelo qual sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 054/2010, tendo em vista sua tempestividade e, no mérito, negar-lhe provimento.
- Determinar à SECEX que tome as medidas necessárias a fim de realizar a inscrição do débito referente ao Auto de Infração n.º 054/2010, considerando inválidos os atos praticados decorrentes da primeira decisão que negou provimento à impugnação da Concessionária CEG.

É como voto.

  
José Bismarck Vianna de Souza  
Conselheiro-Presidente-Eleitor  
ID 44089767

<sup>10</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 46.



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/020/439/2010
Data: 09/11/2010 F.: 86
Rubrica: 44.50201242

**DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 277, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2015.**

**CONCESSIONÁRIA CEG – Conferências dos valores recolhidos da taxa de regulação – cobrança do montante das diferenças entre os valores declarados e recolhidos pela concessionária – período – mês 08/2010.**

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/020.439/2010 (apenso ao Processo Regulatório n.º E-12/020.029/2011), por unanimidade,

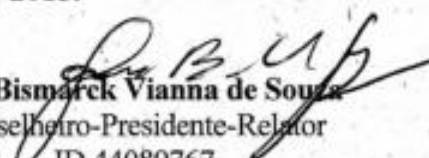
**DELIBERA:**

**Art. 1º** - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 054/2010, tendo em vista sua tempestividade e, no mérito, negar-lhe provimento.

**Art. 2º** - Determinar à SECEX que tome as medidas necessárias a fim de realizar a inscrição do débito referente ao Auto de Infração n.º 054/2010, considerando inválidos os atos praticados decorrentes da primeira decisão que negou provimento à impugnação da Concessionária CEG.

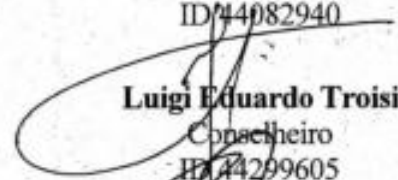
**Art. 3º** - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

**Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2015.**

  
**José Bismarck Vianna de Souza**  
Conselheiro-Presidente-Relator  
ID 44089767

  
**Silvio Carlos Santos Ferreira**  
Conselheiro  
ID 39234738

  
**Roosevelt Brasil Fonseca**  
Conselheiro  
ID 44082940

  
**Luigi Eduardo Troisi**  
Conselheiro  
ID 44299605

  
**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro  
ID 43568076

