

Consulta. Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos. Taxa fundada no exercício do poder de polícia. Artigo 145, II da CRFB. Artigos 77 e 78 do CTN. Tributo de natureza contraprestacional. Lei Estadual nº 4.555/2005. Lei Estadual nº 4.556/2005. Decreto Estadual nº 37.930/2005. Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA. Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04. Serviços de titularidade da Região Metropolitana ou dos Municípios não Metropolitanos. Exercício do poder de polícia pela AGENERSA, a quem a taxa é integralmente devida. Inaplicabilidade das normas estaduais de partilha do produto da arrecadação entre as agências reguladoras estaduais.

1. A Consulta

A consulta foi encaminhada a esta Procuradoria Especializada pelo Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Rafael Rolim de Minto, tendo em vista consulta formulada pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA quanto à destinação dos recursos provenientes da taxa de regulação prevista no item 21.8 dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nºs 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro.

O processo administrativo foi instaurado a partir do Ofício Of. AGENERSA/PRESI SEI nº 89 (doc. SEI nº 20744260), encaminhado pelo Conselheiro-Presidente da AGENERSA, visando a esclarecer se os valores recolhidos pelas concessionárias de saneamento básico à título de taxa de regulação se submeterão à divisão prevista na Lei Estadual nº 4.555/2005. Essa Lei prevê a repartição das taxas recolhidas na proporção de cinquenta por cento para a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro e cinquenta por cento para a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro.

O Conselheiro-Presidente da AGENERSA fundamentou a sua consulta nos seguintes pontos:

- (i) O contrato de concessão é celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro na qualidade de gestor contratual, representante dos titulares dos serviços concedidos, a(s) Concessionária(s) e a AGENERSA, como interveniente-anuente, e tem por objeto a prestação regionalizada, com exclusividade, dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas áreas de concessão relativas aos blocos nos 01, 02 e 04;
- (ii) O art. 19, §3º, inciso II, da Lei Estadual nº 4.555/2005 (AGETRANSP), regulamentado pelo Decreto nº 37.930/2005, determina que os recursos do Fundo de Regulação dos Serviços Concedidos e Permitidos, integralizado pela Taxa de Regulação, serão repartidos meio a meio (50%) entre a AGETRANSP e a AGENERSA;

(iii) A Lei nº 4.556, de 06 de junho de 2005 (AGENERSA), em seu art. 19, caput, aponta que a Taxa de Regulação de Serviços Concedidos será recolhida diretamente pelo Concessionário aos cofres do supracitado Fundo. Além disso, os itens 25.2.37 e 21.8 do contrato de concessão determinam o dever de a Concessionária realizar o pagamento da Taxa de Fiscalização sobre os Serviços Públicos Delegados à Agência Reguladora;

(iv) O edital da licitação para a contratação em comento define a AGENERSA como agência reguladora da temática contratual (item 1.2.2) e, por esse motivo, a define como interveniente-anuente no instrumento concessório e nos instrumentos conexos;

(v) O item 21.8 do contrato e o item 3.1 do Anexo III do edital reafirmam a necessidade do pagamento do valor dessa Taxa frente às atribuições que essa Agência assumirá, o que, segundo afirmado pela Consulta, resultaria no entendimento de que será de exclusividade da AGENERSA a receita auferida, cuja finalidade é a promoção de melhorias, exclusivamente na esfera de competência dessa Agência Reguladora e, sobretudo, diante do interesse das licitantes na promoção de melhorias regulatórias em seu próprio setor.

Ato contínuo, o processo foi encaminhado à Secretaria de Estado da Casa Civil. A Assessoria da Secretaria de Estado da Casa Civil proferiu o Despacho SECC/ASSGE, doc. SEI nº 21348493, concluindo que “seria irregular a transferência para a AGETRANSP de valores que, na origem, são provenientes de serviços municipais, sem relação com a atividade e sem que haja ação da referida agência sobre os municípios em sua atividade direta”.

Na ocasião, a Assessoria da SECC entendeu que, por inexistir no artigo 19 da Lei Estadual nº 4.556/2006 – Lei que cria e disciplina a AGENERSA – previsão de repartição dos valores da taxa de regulação dos serviços de saneamento pela AGENERSA e AGETRANSP e, por “não haver qualquer convênio entre municípios, o Instituto Rio Metrôpole e o governo do Estado do Rio de Janeiro na área de transportes”, não deveria haver a transferência dos recursos provenientes da taxa de fiscalização à AGETRANSP.

Posteriormente, o processo foi enviado à Procuradoria Geral do Estado, tendo o Subprocurador-Geral do Estado, Dr. Rafael Rolim de Minto (doc. SEI nº 24957839) encaminhado à consulta a esta Especializada.

Cabendo-me, portanto, analisar controvérsia relacionada à destinação da taxa de regulação prevista no item 21.8 do Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04, passo diretamente à fundamentação e à resposta à consulta.

2. O regime jurídico das taxas de polícia

Segundo o artigo 145, II da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, “**em razão do exercício do poder de polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (grifos acrescentados).

As taxas também estão disciplinadas nos artigos 77 a 80 do Código Tributário Nacional. De acordo com o artigo 77 do CTN:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato

gerador o **exercício regular do poder de polícia**, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. (grifos acrescentados)

Os contornos da definição de taxa pela legislação constitucional e infraconstitucional deixam claro que as taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais, vinculados a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte. Isto é, as taxas não podem ser cobradas sem que o ente público exerça efetivamente o poder de polícia ou preste ao contribuinte, ou coloque à sua disposição, um serviço público específico e divisível¹.

Além disso, do ponto de vista do sistema tributário da Federação brasileira, as taxas pertencem à competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, sendo possível que cada ente político institua referido tributo, desde que guardado o vínculo com o serviço prestado ou a atividade de polícia exercida.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a taxa, contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei².

Assim, embora não seja possível, na maioria dos casos práticos, apurar com exatidão o custo da fiscalização de polícia realizada ou, ainda, o custo do serviço público prestado a cada contribuinte, é imperioso necessário existir uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado à título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.

Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são aquelas que possuem como hipótese de incidência o exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social, qual seja, o exercício do poder de polícia. Nem toda manifestação do poder de polícia, no entanto, enseja a incidência de taxa³. Como já tivemos oportunidade de nos manifestar:

¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 588.322 (Tema 217 de Repercussão Geral) entendeu ser imprescindível a regularidade do exercício do poder de polícia para a cobrança da taxa de localização e fiscalização: “Recurso Extraordinário 1. Repercussão geral reconhecida. 2. Alegação de inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento do Município de Porto Velho. 3. Suposta violação ao artigo 145, inciso II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. 4. O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia. 8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do

² “Em síntese, a Jurisprudência da CORTE afirma que a remuneração das taxas, pela sua natureza contraprestacional, está obrigatoriamente atrelada a uma lógica de razoável equivalência com os custos suportados pelo Estado na fiscalização, embora nada impeça que, ao perseguir alguma entre as várias aproximações possíveis para a quantificação desses gastos, a lei se ampare em características inerentes ao contribuinte fiscalizado. Afinal, como as taxas materializam uma forma de reverter aos particulares encargos necessários para minorar o risco envolvido com determinados direitos e liberdades, é possível aplicar também a essa espécie de tributo a noção adequada de capacidade contributiva”. (Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, ADI 5480/RJ, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020)

³ Vale destacar o entendimento de Ricardo Lobo Torres, para quem “qualquer ato que constitua emanção da atividade estatal de disciplina da liberdade individual em benefício do bem-estar geral, prestado ou posto à disposição do obrigado”

Com efeito, a edição de regulamentos e a aplicação de sanções, embora etapas da atividade de polícia administrativa, não configuram, via de regra, fatos geradores do tributo, uma vez que a produção normativa da Administração não se refere a nenhum sujeito passivo determinado, enquanto as sanções por atos ilícitos, por definição, não configuram obrigação tributária, nos termos do art. 3º do CTN.

As taxas de polícia decorrem apenas do (i) exercício efetivo de atividade fiscalizatória e da emanção de (ii) atos de consentimento, mediante provocação do interessado que pretenda a constituição de certos direitos dependentes, na forma da lei, da manifestação da Administração ou de quem lhe faça as vezes. Isso significa que as hipóteses de incidência de taxa devem ser devidamente individualizadas pela lei de cada unidade da Federação, não se confundindo com a totalidade das etapas do poder de polícia.⁴

Ademais, o exercício do poder de polícia ensejador da cobrança de taxas precisa ser regular, desempenhado em consonância com a lei, com obediência ao princípio do devido processo legal e sem abuso ou desvio de poder. Em vista disso, o Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia como:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

As taxas de regulação instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais nº 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia. Isso porque configuram contraprestação paga às Agências Reguladoras pelo exercício de seus poderes regulatórios e fiscalizatórios, na forma das leis que as disciplinam.

Seguindo a linha de raciocínio até aqui exposta, a taxa acima mencionada é tributo contraprestacional, vinculado à atividade de polícia efetivamente exercida por Agências Reguladoras Estaduais, e destinada precipuamente ao seu custeio, devendo a sua base de cálculo atender a uma relação razoável equivalência com o custo de sua atuação.

Partindo-se dessa premissa, será analisada a possibilidade de os valores recolhidos à título de “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos” pelas concessionárias de saneamento básico

constitui hipótese de incidência da taxa de polícia. TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito financeiro e tributário. 20ª edição, revista e atualizada até a EC 95/16 e de acordo com o NCP. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 392.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 82-83.

serem repartidos na proporção firmada pela Lei Estadual nº 4.555/2005 e pelo Decreto Estadual nº 37.930/2005.

3. A destinação da Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos

A Lei Estadual nº 4.555/05 extinguiu a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP, e criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transporte Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP. Segundo o artigo 2º da Lei Estadual, é finalidade da AGETRANSP:

Art. 2º - A AGETRANSP tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos de transporte aquaviário, ferroviário e metroviário e de rodovias nos quais o Estado figure, por disposição legal ou pactual, como o Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes.

O artigo 19 da Lei Estadual nº 4.555/05, por sua vez, criou a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, prevendo, em seu parágrafo 3º, II, que “os recursos do Fundo serão repartidos meio a meio entre a AGETRANSP e a AGENERSA”⁵.

Já a Lei Estadual nº 4.556/2005 criou a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, com as seguintes finalidades:

Art. 2º - A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos:

I - na área de energia do Estado do Rio de Janeiro, nela incluída a distribuição de gás canalizado e outras formas de energia, nos quais o Estado figure por

⁵ Artigo 19 da Lei Estadual nº 4.555/2005: “Art. 19 - A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário de Transportes Aquaviário, Ferroviário ou Metroviário e de Rodovias, aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela presente Lei, 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 AGETRANSP, 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. Ver tópico

§ 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. Ver tópico (1 documento)

§ 3º - Fica criado o Fundo de Regulação dos Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, ao qual compete arrecadar e gerir os recursos provenientes do recolhimento da taxa de regulação de serviços concedidos e permitidos, devidos pelas concessionárias e permissionárias à AGETRANSP e

AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro: I - o Fundo será gerido por um Conselho Diretor, formado por 02 (dois) membros, sendo um o Presidente da AGETRANSP e outro o Presidente da AGENERSA; Ver tópico **II - os recursos do Fundo serão repartidos meio a meio entre a AGETRANSP e a AGENERSA**; III - o Poder Executivo fica autorizado a abrir créditos suplementares e programas de trabalho necessários à criação do Fundo de Regulação dos Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, o qual será regulamentado por ato próprio do Poder Executivo.” (grifou-se)

disposição legal ou pactual, como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes;

II - na área de serviços de esgoto sanitário e industrial e de abastecimento de água e de coleta e disposição de resíduos sólidos prestados pelas empresas outorgadas, concessionárias e permissionárias, nas quais o Estado figure como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes, e por serviços autônomos dos municípios, estes, respeitados os limites de autonomia municipal, mediante convênios.

O artigo 19 da Lei Estadual nº 4.556/2005 disciplina a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, a ser recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, conforme se destaca a seguir:

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.

§ 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.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Tanto o artigo 19 da Lei Estadual nº 4.555/05, como o artigo 19 da Lei Estadual nº 4.556/05, ao preverem a cobrança de taxa pelo exercício da atividade da Agência Reguladora respectiva, destinam referida contraprestação ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, que, a seu turno, é regulamentado pelo Decreto Estadual nº 37.930, de 07 de julho de 2005.

Os artigos 2º e 3º do Decreto Estadual nº 37.930/2005 assim dispõem:

Art. 2.º Constituem recursos do FUNDO DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS CONCEDIDOS E PERMITIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO os recolhimentos oriundos da cobrança da taxa de regulação devida pelas concessionárias e permissionárias à AGETRANSP e à AGENERSA.

Art. 3.º As Agências, AGENTRANSP e AGENERSA, representadas pelos respectivos Conselheiros Presidentes, providenciarão a abertura de conta corrente específica para o recolhimento da receita do Fundo, mencionada no art. 1.º deste Decreto.

§ 1.º Os valores ingressos na conta-corrente de que trata o caput deste artigo, serão automaticamente transferidos na forma do disposto no inciso II do § 3.º do art. 19 da Lei Estadual n.º 4.555, de 06 de junho de 2005, para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência, cujas dotações serão resultantes do remanejamento dos saldos orçamentários da extinta Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ.

§ 2.º A abertura da conta-corrente mencionada no caput deste artigo poderá ser realizada pelo Presidente da AGETRANSP, como membro do Conselho-Diretor do Fundo, ficando valores ingressos retidos até o início das atividades da AGENERSA, quando deverá ser feito o rateio de que trata o inciso II do § 3.º do art. 19 da Lei n.º 4.555, de 06 de junho de 2005.

Portanto, os recursos recolhidos a título de taxa pelo exercício de atividade de polícia exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência” (artigo 3º, §1º do Decreto Estadual nº 37.930/2005).

Os diplomas normativos acima mencionados estão em consonância com a ideia de que os Estados-Membros possuem competência para instituir taxas destinadas a ressarcir os cofres estaduais com o custo dispensado no exercício de atividades de polícia realizadas sobre concessões e permissões nas quais figuram como Poder Concedente.

Ora, se o Estado tem competência para o exercício de ações típicas de poder de polícia, podendo promover a fiscalização de atividades exercidas por concessionárias de serviços públicos dos quais é titular por meio da criação de Agências Reguladoras, também tem competência para instituir a exigência de contraprestação a ser paga pelos particulares pelo exercício de atividade de polícia nesse sentido. A competência para instituir a taxa é conexa àquela de fiscalizar.

Acontece que, no caso objeto do presente parecer, o exercício do poder de polícia dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá a título próprio.

A AGENERSA figura, nessa situação, como mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de apresentação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços⁶, consoante disposto na subcláusula 1.1.26 dos contratos concessionais.⁷ Explica-se.

O STF, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ, fixou entendimento de que a titularidade do serviço de saneamento básico (em princípio municipal) será da Região Metropolitana, uma vez instituída por

⁶ Remete-se aqui às observações feitas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG quanto ao papel do Estado de mero representante dos titulares dos serviços, e não de Poder Concedente

⁷ “1.1.26. ESTADO: Estado do Rio de Janeiro, mandatado, por meio da formalização de instrumentos de gestão associada, para organizar, conceder e gerir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na ÁREA DE CONCESSÃO.”

lei complementar estadual. Como a adesão dos Municípios à Região Metropolitana é compulsória, com a sua instituição, a titularidade dos serviços deixa de ser dos Municípios metropolitanos e passa a ser da Região Metropolitana, i.e., o colegiado de Estado e Municípios. A titularidade dos serviços de saneamento é, desse modo, ou municipal, ou da Região Metropolitana instituída, e não estadual.⁸

Na modelagem dos contratos concessionais ora analisados, cada titular do serviço celebrará com o Estado um convênio de cooperação, delegando à AGENERSA as funções de fiscalização e regulação dos serviços. Caberá ao ERJ as funções de organização e promoção da licitação dos serviços e de gerenciamento dos contratos de delegação mais outros coligados. Isso significa que o Estado do Rio de Janeiro, além de licitar os serviços, figurará como signatário dos contratos, no lugar dos titulares dos serviços, na qualidade de mandatário, assumindo para si direitos e obrigações que seriam deles. Com os titulares remanescerão as funções de planejamento setorial, de fiscalização (paralelamente à AGENERSA) e de retomada dos serviços.

Como delegatária das funções de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico, a subcláusula 1.2.2 do edital de licitação para celebração contratos concessionais estabelece ser da AGENERSA a “competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico”, figurando como interveniente-anuente na celebração dos contratos de concessão (subcláusula 1.2.15⁹) e dos convênios de cooperação (subcláusula 1.2.17¹⁰).

Além disso, a subcláusula 21.1 dos contratos de concessão¹¹ confere à AGENERSA independência decisória e autonomias administrativa, orçamentária e financeira próprias do regime jurídico de autarquia especial que lhe é reconhecido. Com efeito, as Agências Reguladoras são entes administrativos não diretamente subordinados à Chefia do Executivo, responsáveis pela gestão de determinados setores da economia. São entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, que é assegurada por autonomia política, administrativa, orçamentária e financeira.

A autonomia financeira das Agências é garantida, justamente, por meio de receitas próprias e pela gestão financeira independente. Referida autonomia é de suma importância, tendo em vista o papel das Agências em assegurar um ambiente de estabilidade institucional e segurança jurídica em médio e longo prazo, assumindo um compromisso no setor que está sendo regulado.

É por isso que a cláusula 3.1 do Anexo III do edital de licitação e a subcláusula 21.8 dos contratos concessionais preveem pagamento de uma taxa pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização exercidas pela AGENERSA, nos seguintes termos:

3.1 A LICITANTE assume a obrigação de pagar o valor de 0,5% (meio por cento) do somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente, pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do CONTRATO que será transferido à AGÊNCIA REGULADORA.

⁸ Conforme consta do Acórdão: "O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. (...). Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas - como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto - que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas (...). (...) **Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado**". (ADI 1842, ReI. Min. Luiz Fux, ReI. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013). (grifou-se)

⁹ "1.2.15. CONTRATO: instrumento jurídico e seus Anexos, a ser celebrado entre o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA, com interveniência anuente da AGÊNCIA REGULADORA nos termos da minuta do ANEXO I – MINUTA DO CONTRATO e Anexos deste EDITAL;"

¹⁰ "1.2.17. CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA: instrumento jurídico a ser celebrado entre a CONCESSIONÁRIA e a CEDAE, com a interveniência-anuente da AGÊNCIA REGULADORA e do ESTADO, que dispõe sobre o fornecimento de água potável à CONCESSIONÁRIA."

21.8. Durante todo o prazo de CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA recolherá mensalmente à AGÊNCIA REGULADORA a Taxa de Fiscalização sobre os Serviços Públicos Delegados pelo Estado do Rio de Janeiro, em valor correspondente a 0,5% (meio por cento) do somatório das receitas auferidas mensalmente **pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização.** (grifou-se)

É com fundamento em todo esse arcabouço normativo e contratual que se pode concluir não ser admissível que Leis Estaduais ou Decreto Estadual alterem a destinação do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

Vale dizer: se a referida taxa de polícia, como visto no tópico anterior, é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA; se os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos; e se o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço de saneamento básico, havendo previsão nos instrumentos editais e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

O regime jurídico das taxas de polícia e a própria titularidade e modelagem dos contratos de concessão celebrados afastam a aplicação do disposto do artigo 19, §3º, II da Lei Estadual nº 4.555/06 e do artigo 3º, §1º do Decreto Estadual nº 37.930/2005 nesse caso em concreto.

Não seria possível, desse modo, a transferência para outra Agência Reguladora Estadual que não a AGENERSA de valores que, na origem, são provenientes de serviços municipais ou metropolitanos, sem que tais Municípios ou a Região Metropolitana se submetam à ação de agência reguladora diversa.

4. Conclusão

Diante do exposto, é possível sintetizar as conclusões deste parecer nos seguintes enunciados objetivos:

1. As taxas são tributos disciplinados no artigo 145, II da Constituição Federal e 77 a 80 do Código Tributário Nacional, de competência comum de todos os entes federativos, caracterizadas por serem retributivas e contraprestacionais, vinculadas a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte.
2. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve haver uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado a título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.
3. Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são devidas pelo exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social.
4. As taxas de fiscalização instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais nº 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia. Devem, portanto, ser contraprestacionais, vinculadas à atividade de polícia efetivamente exercida por agências reguladoras estaduais, e destinadas precipuamente ao seu custeio.

5. Consoante as Leis Estaduais nº 4.555/05 e 4.556/05, e o Decreto Estadual nº 37.930/2005, os recursos recolhidos à título de taxa pelo exercício de atividade exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência”.
6. O exercício do poder de polícia dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá à título próprio. A AGENERSA é mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.
7. Os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos (ADI nº 1.842/RJ), havendo previsão nos instrumentos editalícios e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia.
8. Como a taxa de polícia é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA, e o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço de saneamento básico, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

Desse modo, entende-se por inaplicável a repartição dos valores recolhidos à título de taxa de polícia entre AGETRANSP e AGENERSA, na forma do art. 19, §3º, inciso II, da Lei Estadual nº 4.555/2005, regulamentado pelo Decreto nº 37.930/2005.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2021.

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Processo Administrativo nº SEI-220007/002518/2021

Visto. **Aprovo** o Parecer n.º 53/2021 – GUB, da lavra do Procurador do Estado **GUSTAVO BINENBOJM** (SEI n.º 25118624), que examinou consulta formulada pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, quanto à destinação dos recursos provenientes da taxa de regulação prevista no item 21.8 dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro (SEI n.º 20744260).

Os autos foram encaminhados a essa especializada pelo Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro Rafael Rolim de Minto para manifestação (SEI n.º 24957839). O Parecer n.º 53/2021 – GUB, com o qual estou de acordo, consignou as seguintes conclusões:

1. As taxas são tributos disciplinados no artigo 145, II da Constituição e 77 a 80 do Código Tributário Nacional, de competência comum de todos os entes federativos, caracterizadas por serem retributivas e contraprestacionais, vinculadas a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte.
2. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve haver uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado a título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.
3. Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são devidas pelo exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social.
4. As taxas de fiscalização instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais n.º 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia.
5. Como se trata de taxas, devem ser contraprestacionais, logo vinculadas à atividade de polícia efetivamente exercida por agências reguladoras estaduais, e destinadas precipuamente ao seu custeio.
6. Consoante as Leis estaduais n.º 4.555/05 e 4.556/05, e o Decreto Estadual n.º 37.930/2005, os recursos recolhidos à título de taxa pelo exercício de atividade exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência”.
7. O exercício do poder de polícia, pela AGENERSA, no âmbito dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá à título próprio. A AGENERSA é mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.
8. Os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos (ADI n.º 1.842/RJ), havendo previsão nos

instrumentos editais e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia dos titulares do serviço.

9. Como a taxa de polícia é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA, e o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço de saneamento básico, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estadual.

Por todo o exposto, como bem lançado pelo parecerista, é inaplicável a repartição dos valores recolhidos à título de taxa de polícia entre AGETRANSP e AGENERSA, na forma do art. 19, § 3º, inciso II, da Lei estadual nº 4.555/2005, regulamentado pelo Decreto nº 37.930/2005. O papel de mera delegatária do exercício do poder de polícia da AGENERSA pode ser atestado pelos termos dos Convênios de Cooperação firmados entre os titulares do serviço de saneamento básico e o Estado do Rio de Janeiro, que foram devidamente examinado no Parecer nº 5-A/2020-ARCY.

À PG-02, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2021.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa

VISTO

SEI-220007/02518/2021

Visto. **Aprovo** o *Parecer n° 53/2021 – GUB*, da lavra do i. Procurador do Estado GUSTAVO BINENBOJM (25118624), chancelado pelo i. Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, Procurador-Assistente da Procuradoria Administrativa - PG-17 (25167457), que entendeu pela **inaplicabilidade** da repartição dos valores recolhidos à título de taxa de polícia entre AGETRANSP e AGENERSA, na forma do art. 19, § 3º, inciso II, da Lei estadual n° 4.555/2005, regulamentado pelo Decreto n° 37.930/2005 aos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro.

Com efeito, bem assinalou o nobre parecerista em suas conclusões, adiante transcritas:

1. As taxas são tributos disciplinados no artigo 145, II da Constituição Federal e 77 a 80 do Código Tributário Nacional, de competência comum de todos os entes federativos, caracterizadas por serem retributivas e contraprestacionais, vinculadas a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte.
2. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve haver uma correlação razoável entre o valor cobrado pelo Estado a título de taxa e o custo do serviço ou do exercício do poder de polícia, uma vez que a taxa se destina precipuamente a custear tais atividades.
3. Entre as espécies de taxas, as taxas de polícia são devidas pelo exercício regular de uma atividade administrativa de ordenação da vida econômica e social.
4. As taxas de fiscalização instituídas por Agências Reguladoras, tal como a “Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos”, instituída no âmbito do Estado do Rio de Janeiro pelas Leis Estaduais n° 4.555/2005 e 4.556/2005 e objeto do presente parecer, constituem espécie de taxa incidente sobre a prestação de serviços decorrentes do exercício do poder de polícia. Devem, portanto, ser contra prestacionais, vinculadas à atividade de polícia efetivamente exercida por agências reguladoras estaduais, e destinadas precipuamente ao seu custeio.
5. Consoante as Leis Estaduais n° 4.555/05 e 4.556/05, e o Decreto Estadual n° 37.930/2005, os recursos recolhidos à título de taxa pelo exercício de atividade exercida tanto pela AGETRANSP, quanto pela AGENERSA, são destinados ao Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, “para contas correntes específicas e individualizadas de cada Autarquia, para atender as despesas à conta dos Programas de Trabalho constantes do orçamento de cada Agência”.
6. O exercício do poder de polícia dos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário dos Municípios dos Blocos nos 01, 02 e 04 decorrentes do Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro não se dá à título próprio. A AGENERSA é mera delegatária do exercício do poder de polícia, assim como o Estado do Rio de Janeiro é mero mandatário dos titulares dos serviços, sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços.
7. Os valores recolhidos à título de taxa de polícia são decorrentes de serviço de titularidade da RM ou dos Municípios não metropolitanos (ADI n° 1.842/RJ), havendo previsão nos instrumentos editalícios e contratuais quanto ao papel da AGENERSA de mera delegatária do exercício do poder de polícia.
8. Como a taxa de polícia é tributo essencialmente contraprestacional, devido em função e para o custeio do exercício do poder de polícia pela AGENERSA, e o Estado do Rio de Janeiro

não é o titular do serviço de saneamento básico, não poderiam Leis Estaduais ou Decreto Estadual prever a partilha do produto de arrecadação de taxa regulatória decorrente da fiscalização de polícia sobre serviços que não são de titularidade estatal.

Logo, tais recursos deverão ser destinados exclusivamente à AGENERSA, conforme a previsão editalícia e contratual.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

RAFAEL ROLIM DE MINTO

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO