

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Parecer n.º 03/2002—Alexandre Santos de Aragão

Taxa Regulatória recolhida a menor. Tolerância da ASEP/RJ. Posterior definição da matéria pela PGE. Inaplicabilidade da Doutrina dos Atos próprios. Correção e juros moratórios devidos. Exclusão de penalidades por equidade.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

Trata-se de consulta formulada pela Agência de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ quanto à postura a ser adotada em relação a taxas regulatórias recolhidas a menor, antes da comunicação da posição adotada pela Procuradoria Geral do Estado.

A questão fulcral colocada pela consulta que propiciou o primeiro pronunciamento da Procuradoria era a seguinte (cf. fl. 19): Quais tributos devem ser excluídos da base de cálculo da taxa regulatória instituída pela Lei n.º 2.686/97? A Lei dispõe em seu art. 19:

Art. 19 – Fica criada a Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos, a ser diretamente recolhida pelo Concessionário ou Permissionário, como renda privativa da Agência de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, cuja alíquota será de 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da Agência de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, nos termos do art. 2.º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes (redação dada pela Lei n.º 2.752/97).

Após amplos debates quanto à natureza jurídica da referida taxa, que acabou sendo definida como preço – não como tributo (cf. Visto de fl. 54) –, o Parecer n.º 005-A/98–WD (fls. 56 a 60), aprovado pelos Vistos de fls. 61 e 62, chegou à conclusão de que só podem ser excluídos da base de cálculo da “taxa” regulatória da ASEP o ICMS e o ISS. Vejamos, *verbis*: “Não resta dúvida de que os tributos a serem excluídos da base de cálculo da Taxa de Regulação serão aqueles que incidam diretamente sobre o somatório da receita das tarifas auferidas pelas concessionárias e permissionárias, mas não os incidentes sobre outros componentes da atividade empresarial das sociedades prestadoras de serviços públicos. (...) Somente o ICMS e o ISS, conforme o caso do serviço público concedido ou permitido, encartam-se na determinante legal de tributos incidentes sobre a receita de tarifas. (...) Somente estes tributos incidem diretamente sobre o somatório da receita das tarifas auferidas pelas empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, na forma prescrita em lei” (os grifos são do próprio parecerista).

No Ofício proemial (fls. 02 a 04), o Sr. Conselheiro-Presidente da ASEP afirma que, até a ciência do Parecer n.º 005-A/98-WD pelos delegatários, bastante retardada por problemas administrativos, a “taxa” vinha sendo recolhida a menor, ao que tudo indica com a exclusão da sua base de cálculo de todos os tributos devidos pelos delegatários. Alegando que havia, então, uma concordância tácita da ASEP/RJ com tal procedimento, sustenta que os delegatários não agiam de má-fé e que, sendo assim, não lhes devem ser impostos os acréscimos moratórios que normalmente acompanham o inadimplemento das obrigações civis.

A questão colocada pelo Sr. Conselheiro-Presidente da ASEP remete-se necessariamente à Doutrina dos Atos Próprios (vedação do *venire contra factum proprium*), que constitui derivação da aplicação do Princípio geral da Boa-fé ao Direito Administrativo.

Com efeito, nas palavras de LUIS DÍEZ-PICANZO PONCE, um dos pioneiros no traslado da Doutrina dos Atos Próprios para o Direito Público, “a boa-fé implica em um dever de coerência do comportamento, que consiste na necessidade de observar no futuro a conduta que os atos anteriores faziam prever”¹.

A principal consequência da aplicação da Doutrina dos Atos Próprios se traduzirá, observa JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, “na improcedência de toda atuação contraditória com a conduta vinculante. (...) Se tal atuação se concretizou em um ato investido de força legal (o que é o usual quando a Administração Pública atua no exercício de suas prerrogativas), o Princípio dos Atos Próprios determinará a invalidade do ato. O princípio servirá, portanto, de fundamento à pretensão que se deduza contra o ato”².

A aplicação da Doutrina dos Atos Próprios demanda a presença dos seguintes requisitos: (a) presença de dois sujeitos; (b) prática dos atos contraditórios por um dos sujeitos; (c) o “ato próprio” pretérito, a ser respeitado no futuro, deve consistir em conduta intencional, certa e determinada, dotada de eficácia e validade jurídica; (d) contradição da atuação posterior com a conduta anterior vinculante; (e) inexistência de norma que autorize tal contradição; e (f) violação da boa-fé do administrado³.

Analisando os dados fáticos constantes dos autos, podemos afirmar com segurança que, ao contrário do que pareceu à Ilustre autoridade consulente, não há como se aplicar a Doutrina dos Atos Próprios. Vejamos:

1 DÍEZ-PICANZO, Luis Poncc. *La Doctrina de los propios Actos*, Barcelona, 1963, p. 245.

2 GONZÁLEZ, Jesús Pérez. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 3.ª edição, 1999, p. 209.

3 A enumeração dos requisitos aplicação da Doutrina dos Atos Próprios foi elaborada a partir das lições de MAIRAL, Héctor A. *La Doctrina de los propios Actos y la Administración Pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 06 a 07, e de GONZÁLEZ, Jesús Pérez. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 3.ª edição, 1999, pp. 192 a 209.

1. A questão de quais tributos poderiam ser excluídos da base de cálculo da “taxa” regulatória sempre foi considerada polêmica, tanto que já em 1998 era objeto de consulta pela ASEP/RJ à Secretaria de Estado de Fazenda (cf. fl. 05). Não há, portanto, até mesmo pela redação do art. 19 da Lei n.º 2.686/97, como os delegatários afirmarem que nunca cogitaram que poderia ser adotada a interpretação afirmada pelo Parecer n.º 005-A/98-WD, inclusive porque não é crível que os delegatários, com os quais a ASEP/RJ teria até mesmo um “acordo tácito”, não tivessem tomado conhecimento de que a mesma havia consultado a Administração central quanto aos tributos que poderiam ser excluídos da base de cálculo da “taxa”.

Possível teria sido, inclusive, o ingresso dos delegatários em Juízo para, no silêncio da Administração Pública, e em prol da sua segurança jurídica, definir a situação, atitude que seria muito mais consentânea com a boa-fé do que a assunção como legítima da fórmula de cálculo que, pura e simplesmente, lhes era mais favorável. Adotando esta atitude, assumiram os riscos de que a fórmula não viesse a ser, posteriormente, aceita pelo Estado.

2. O suposto “ato próprio” da ASEP/RJ, que legitimaria irremediavelmente os recolhimentos feitos a menor pelos delegatários, consistiria, nas palavras do seu Conselheiro-Presidente, em um “acordo tácito” com a fórmula de cálculo adotada pelos delegatários. Ora, um “acordo tácito” não constitui ato propriamente intencional ou formalmente dotado de eficácia jurídica, mas sim mera tolerância com atitude que até então não se sabia ao certo se era legal ou ilegal.

A este respeito, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, abordando caso em tudo análogo ao ora analisado, denota que “para a Doutrina dos Atos Próprios ter eficácia e prevalecer sobre qualquer outra situação posterior, é preciso que tais atos sejam declarativos de direito, isto é, constitutivos de convenção, transcendentais quanto à vinculação que comportam para quem os realiza, que incidam sobre situações, não simplesmente válidas, mas de notória eficácia jurídica por estar de acordo com as exigências do Direito Objetivo, o que indubitavelmente não ocorre quando ditos atos se referem à solução de situações de momento, cuja urgência não possibilitou completar uma titulação que, posteriormente, um Ordenamento jurídico adequado regulariza, e, como consequência, o meramente permitido sob um regime de tolerância não persiste quando o Ordenamento assume as consequências jurídicas que nos estratos provisórios anteriores estavam conceitualmente indeterminadas”⁴.

Também HÉCTOR A. MAIRAL exige, para que a Doutrina dos Atos Próprios seja aplicada, que exista um “pronunciamento, pois se o *factum proprium* alegado consistira em mera tolerância, como a não observância do critério de liquidação utilizado pelo contribuinte, a resposta negativa seria mais fácil”⁵.

4 GONZÁLEZ, Jesús Pérez. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 3.ª edição, 1999, p. 187, grifamos.

5 MAIRAL, Héctor A. *La Doctrina de los propios Actos y la Administración Pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 71.

3. A inércia da ASEP/RJ diante dos recolhimentos a menor realizados pelos delegatários não pode ser considerada "ato próprio" que impossibilite a afirmação, inclusive retroativa, da posição da Procuradoria Geral do Estado, que, desde o início, é a correta. Neste sentido, devem ser mencionadas as sempre lembradas lições de JESÚS GONZÁLES PÉREZ, que exemplificam: "*Não pode ser considerada como relevante a alegação de vir estacionando tais veículos há muitos anos antes dos atos impugnados, porque tratando-se de uma atividade de trato contínuo é pacífico que não pode ser objeto de caducidade ou prescrição o tratamento jurídico de tal atividade, nem pode ser considerada afetada em grau relevante a segurança jurídica, a boa-fé ou o princípio da confiança legítima do administrado porque a possível negligência, ignorância ou mera tolerância da Administração em relação ao exercício da atividade sem licença, não a legítima nem gera direitos subjetivos ou quaisquer expectativas jurídicas*".⁶

Tratando de hipóteses bem próximas à versada nos presentes autos administrativos, HÉCTOR A. MAIRAL igualmente afirma que "*o silêncio ou a tolerância administrativa frente a determinadas condutas do particular não podem ser alegados como consentimento de tais condutas. Assim, a passividade das autoridades fiscais a respeito de critérios de interpretação da legislação aplicável adotados pelo contribuinte não é factum proprium que obste a eventual impugnação de tais critérios; a tolerância administrativa frente ao inadimplemento do concessionário não é argumento que possa embasar direitos deste; e a falta de objeção expressa frente a operações que são conhecidas por informes dos fiscalizados não importa em conformidade nem impede a eventual objeção posterior*".⁷

4. De qualquer forma, independentemente da procedência do afirmado nos demais itens, o "acordo tácito" da ASEP/RJ seria inválido, uma vez que (I) a Agência só pode tomar decisões desta natureza mediante Resolução editada após reunião pública do seu colegiado diretor⁸ e (II) a matéria estava pendente de parecer do Órgão central do Sistema Jurídico. Ademais, (III) os créditos públicos são bens indisponíveis mediante acordo ou qualquer outro ato do agente público, salvo se expressa e especificamente autorizado por lei. É nesta senda que a doutrina assevera que "*para que este famoso princípio venire contra factum proprium non valet tenha caráter normativo, deve ser juridicamente eficaz, ou seja, válido em direito; porque é apenas assim que se*

6 GONZÁLES, Jesús Pérez. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 3.ª edição, 1999, p. 201.

7 MAIRAL, Héctor A. *La Doctrina de los propios Actos y la Administración Pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 76/7.

8 Lei n.º 2.686/97, "art. 12. As deliberações do Conselho-Diretor serão tomadas em sessão pública e, devidamente fundamentadas, publicadas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro." O Regimento Interno da ASEP/RJ (Portaria ASEP/RJ n.º 003 - 8/4/1998), por sua vez, dispõe: "Art. 14. Compete ao Conselho Diretor, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei e neste Regimento Interno: VI - Tomar decisões, expedindo os seguintes atos: c) Resoluções: relativas a decisões de assuntos regulatórios de caráter geral".

produz um efeito jurídico recebido pela outra parte interessada, daí sua ineficácia quando ditos atos violam preceitos legais cuja inobservância não se pode sanar pelo mero consentimento".

5. A conduta anterior da ASEP/RJ não continha a certeza e a determinação necessárias para ser considerada como "ato próprio"¹⁰, inclusive porque, ao mesmo tempo que tinha com os delegatários um "acordo tácito", estava consultando a Administração central acerca da postura a ser adotada. Da globalidade do seu comportamento extrai-se, portanto, uma inegável ambigüidade: se a ASEP/RJ estava consultando a Administração central era porque admitia que fosse tomada decisão contrária à que havia "acordado" com os delegatários, o que, de fato, veio a se verificar.

Sendo assim, diante da inaplicabilidade da Doutrina dos Atos Próprios, os concessionários devem arcar com os ônus dos riscos que assumiram a, nos termos do art. 19, *in fine*, da Lei n.º 2.686/97, e do Parecer n.º 005-A/98-WD, não terem adimplido no montante devido a obrigação de pagar "taxa" regulatória à ASEP/RJ.

Destarte, sobre as diferenças não saldadas incidirão correção monetária e juros moratórios, que, inclusive, nada mais são do que, respectivamente, a mera atualização da expressão monetária do valor *ab ovo* devido, e a remuneração do capital do Estado que permanece indevidamente no patrimônio do devedor até a regularização da sua situação.

No silêncio do contrato de concessão ou permissão, a correção monetária incidirá pelo índice nele previsto para as demais obrigações pecuniárias, e os juros moratórios terão a taxa legal estabelecida nos artigos 1.062 e 1.063 do Código Civil em vigor.

Quanto às penalidades administrativas cabíveis, inclusive multas pecuniárias, tratando-se de inadimplemento não coberto pela Doutrina dos Atos Próprios, o rigor da Teoria Geral das Obrigações não inquinaria a sua aplicação. Todavia, constata-se na doutrina e na jurisprudência uma tendência a, por razões de equidade, excluir a aplicação de penalidades quando, apesar de a conduta da Administração Pública não poder ser caracterizada tecnicamente como um "ato próprio", ter sido apta a gerar alguma sorte de expectativa ao administrado.

HÉCTOR A. MAIRAL observa que "*em tais casos, quando a Administração pretende sancionar o particular que confiou razoavelmente na aparência criada pela conduta anterior, o caráter discricionário das sanções administrativas não deveria impedir ao julgador de atenuar a sanção ou, até mesmo, de eximir o particular de*

9 GONZÁLES, Jesús Pérez. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 3.ª edição, 1999, p. 187, grifamos.

10 O ato próprio "*deverá possuir as características de importância e nitidez que a doutrina privatista exige para que produza os seus efeitos*" (MAIRAL, Héctor A. *La Doctrina de los propios Actos y la Administración Pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 73).

sua aplicação. (...) Assim, se alguém não pagou um imposto baseando-se na resposta administrativa à sua consulta, poderá ser-lhe exigido o pagamento, mas não a multa prevista para a falta do ingresso”¹¹.

De todo o exposto, concluímos que;

- I – Deve ser instaurada sindicância para apurar o eventual e, caso tenha de fato ocorrido, irregular consentimento dado às delegatárias de serviços públicos para que recolhessem “taxa” regulatória a menor;
- II – Mister se faz a abertura de sindicância a fim de que sejam apuradas as razões e os responsáveis pelo retardamento em anos do processamento dos autos que contêm o Parecer n.º 005-A/98–WD;
- III – As diferenças das “taxas” de regulação recolhidas a menor nos últimos cinco anos deverão ser imediatamente cobradas das delegatárias, inclusive através de eventual inscrição em dívida ativa;
- IV – Sobre os valores referidos no item anterior incidirão correção monetária e juros moratórios, não devendo ser aplicadas, contudo, penalidades administrativas;
- V – Os agentes públicos que, por sua inércia, propiciarem o advento da prescrição de valores devidos à ASEP/RJ serão por eles civil e administrativamente responsáveis.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2002.

Alexandre Santos de Aragão
Procurador do Estado

¹¹ MAIRAL, Héctor A. *La Doctrina de los propios Actos y la Administración Pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 147 a 152.

De acordo com o Parecer n.º 03/2002–ASA.

Ao Gabinete.

Em 25 de abril de 2002

João Manoel de Almeida Velloso
Procurador do Estado
Respondendo pela Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos

VISTO

Aprovo o Parecer n.º 03/2002–ASA, do Procurador do Estado **Alexandre Santos de Aragão** (fls. 85/95), acolhido pelo Procurador **João Manoel de Almeida Velloso**, respondendo pela Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos, a respeito do procedimento a ser adotado pela ASEP/RJ para cobrança da “taxa” de regulação de serviços públicos, recolhida a menor, no período que antecede a ciência dos delegatários da posição adotada pela Procuradoria-Geral do Estado sobre quais tributos devem ser excluídos da base de cálculo da referida “taxa” (Parecer 005-A/98–WD).

Como bem explicitado em suas conclusões, além da necessidade de se iniciar imediatamente a cobrança das diferenças das taxas recolhidas a menor, sobre as quais deverão incidir juros e correção monetária, mister se faz a abertura de sindicância para apuração das razões e dos responsáveis pelo retardamento na tramitação do processo administrativo n.º E-04/887.145/98, onde foi exarado o acima citado Parecer 005-A/98–WD.

Ao Gabinete Civil, com vistas à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ.

Em 29 de abril de 2002

Marcia Latgé Mannheimer
Subprocuradora-Geral do Estado

Processo n.º E-04/077.181/2002