



TESES AMBIENTAIS

Número 34

Este Boletim de periodicidade bimestral contém informações sintéticas de julgados relacionados ao Direito Ambiental proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - STF, Superior Tribunal de Justiça - STJ, Tribunal de Contas da União - TCU e do Tribunal de Contas do Paraná - TCEPR, bem como de outros Tribunais de Contas Estaduais e Municipais sobre temas relacionados ao controle externo, evidenciando o valor da sustentabilidade.

A seleção das decisões leva em consideração os aspectos de gestão ambiental eficiente, transparente e propositiva. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

Lembramos, por fim, que este informativo não representa um repositório oficial de jurisprudência.

SUMÁRIO

1. SEGUNDO ACOMPANHAMENTO DO TCU SOBRE O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO. LEI 11.445/2007. AVALIAÇÃO DA ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA) NA PRODUÇÃO DE NORMAS DE REFERÊNCIA. EXAME DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DAS CIDADES NO APOIO AOS ENTES FEDERADOS. DETERMINAÇÕES, RECOMENDAÇÕES E CIÊNCIAS. CONTINUIDADE DO ACOMPANHAMENTO. ARQUIVAMENTO. 1
2. REPRESENTAÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES. TOMADA DE PREÇOS DESTINA À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ELABORAÇÃO DE PLANO DE MOBILIDADE URBANA. CRITÉRIO DE JULGAMENTO TÉCNICA E PREÇO. ATRIBUIÇÃO SEM JUSTIFICATIVA DE PESO SUPERIOR À TÉCNICA EM DETRIMENTO DO PREÇO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA FINS DE ENCAMINHAMENTO DE DETERMINAÇÃO. 5
3. REPRESENTAÇÃO. AMPLIAÇÃO DO OBJETO, DE OFÍCIO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DE CONTAS ESPECIAIS. DETERMINAÇÕES À DCF. 6
4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. ITEM 4.4 DA TABELA 11 DO ANEXO I DA LEI COMPLEMENTAR 272/2004, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E ITEM 2 DO CAPÍTULO IX DA TABELA 4 DO ANEXO ÚNICO DA RESOLUÇÃO CONEMA-RN 04/2006, ATUALIZADA PELA RESOLUÇÃO 02/2014. 3. INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA DE TELECOMUNICAÇÕES. NORMA ESTADUAL QUE IMPÕE A OBRIGATORIEDADE DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. 4. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES (CF, ARTS. 21, IX, 22, IV). PRECEDENTES. 5. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE..... 6
5. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS SETORIAIS RELACIONADOS COM TRANSPORTE (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD) DE ENERGIA ELÉTRICA. VALOR DA OPERAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE A IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DA EXAÇÃO E DA SUA BASE DE CÁLCULO. IMPORTÂNCIA DA DEMANDA E DELIMITAÇÃO DO SEU OBJETO..... 6

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

1. SEGUNDO ACOMPANHAMENTO DO TCU SOBRE O NOVO MARCO LEGAL DO



SANEAMENTO. LEI 11.445/2007. AVALIAÇÃO DA ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA) NA PRODUÇÃO DE NORMAS DE REFERÊNCIA. EXAME DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DAS CIDADES NO APOIO AOS ENTES FEDERADOS. DETERMINAÇÕES, RECOMENDAÇÕES E CIÊNCIAS. CONTINUIDADE DO ACOMPANHAMENTO. ARQUIVAMENTO.

(...)

280. A efetividade da implementação do NMLSB depende da atuação, no âmbito federal, da ANA e dos órgãos e entidades executores da política federal, em especial o MCidades, o Cisp e a Funasa. Desde a primeira rodada deste acompanhamento houve, de modo geral, amadurecimento do setor no que se refere às inovações trazidas pelo novo marco. Exemplificativo disso são os avanços (ainda que modestos) na regionalização e a publicação de várias normas de referência.

281. No tocante à regulação, a ANA ainda enfrenta o desafio de se estruturar para dar maior celeridade à elaboração das normas de referência, tendo alterado a estrutura da superintendência que atende o setor de saneamento básico, capacitado servidores e promovido concurso público para aumento do seu quadro efetivo, ou seja, há sinais de comprometimento com a estruturação da equipe e capacitação de seus funcionários (tema relacionado ao tópico III.1 deste relatório).

282. Apesar dos desafios enfrentados, é possível constatar que a autarquia tem se esforçado para cumprir suas responsabilidades sobre o NMLSB dentro de prazo razoável. Embora com atrasos em relação aos prazos estimados, várias normas foram editadas no período – valendo registrar que tais atrasos podem ser, ao menos parcialmente, justificados pela ocorrência de ataque cibernético à instituição e pela necessidade de aprofundamento nos relatórios de Análise de Impacto Regulatório (AIR).

283. Os prazos da Agenda Regulatória 2022-2024 foram mantidos após revisão anual, que ocorreu no final de 2023, reafirmando o compromisso da agência com a regulamentação do setor. Mesmo não sendo propostas medidas saneadoras quanto ao tema neste relatório, enfatiza-se a importância do monitoramento contínuo da implementação da agenda regulatória para assegurar o cumprimento dos prazos e identificar necessidades de ajustes futuros (tema relacionado ao tópico III.2).

284. Quanto à conformidade de seus procedimentos na elaboração das normas de referência, observou-se que a ANA incentiva a participação social, conforme evidenciado pela ampla participação nos relatórios de AIR e pela adesão às diretrizes estabelecidas pela Resolução ANA 102/2021. Além disso, a agência seguiu as orientações do Decreto 10.411/2020 e do Guia Orientativo para Elaboração de AIR do Governo Federal, realizando análises de impacto abrangentes e fundamentadas em cenários e alternativas regulatórias.

285. Notavelmente, a ANA adotou AIRs de nível II para as normas mais recentes, indicando um aprofundamento na análise dos impactos. A consulta pública provou ser um instrumento eficaz para engajar os interessados e a ANA cumpriu adequadamente os procedimentos relacionados às contribuições recebidas (assunto objeto do tópico III.3).



286. Dada a necessidade de estabelecer procedimentos para a verificação da adesão às normas de referência, a ANA editou a Resolução ANA n. 134/2022, que deve ser substituída por uma versão mais robusta posteriormente. Foram estabelecidos prazos para o envio de informações e documentos comprobatórios pelas ERIs, bem como para a comunicação de não observância das NRs e a divulgação dos resultados da comprovação de adesão.

287. A previsão de publicação da lista de adesão à NR 1 era 31/12/2023, enquanto a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores, relacionada à NR 2, possuía previsão para 31/3/2024. Ambas as listagens foram publicadas com atrasos, o que possui implicações práticas significativas, especialmente no que se refere à destinação de recursos federais e à busca pela uniformização e melhoria da qualidade regulatória no setor de saneamento.

288. Considerando a importância da eficácia plena das NRs, o que somente pode ser alcançado pela incorporação de seus termos pelas ERIs, no tópico III.4 é proposto dar ciência à ANA acerca da irregularidade do atraso na publicação da lista de entidades que incorporaram os termos da NR1, bem como recomendar que a ANA aumente a transparência e a previsibilidade da verificação da adesão às NRs, o que pode ser feito por meio de seu Painel de Monitoramento da Agenda Regulatória.

289. Ao tratar das atividades dos órgãos executores da política federal, foi feita análise quanto às alterações dos prazos previstos para eficácia de dispositivos do NMLSB. A legislação utiliza o poder de gasto da União para incentivar a conformidade com seus requisitos, condicionando o recebimento de recursos federais ao cumprimento de critérios específicos. O objetivo da legislação foi utilizar o financiamento federal como principal ferramenta de indução à adaptação dos serviços de saneamento básico aos novos padrões. No entanto, a extensão dos prazos para cumprir esses requisitos pode enfraquecer os incentivos para a adaptação e perpetuar políticas públicas ineficazes, prejudicando a universalização dos serviços de saneamento.

290. Assim, as alterações nos prazos promovidas por decretos, embora justificadas pela necessidade de fornecer recursos a entes que não cumpriram os prazos originais, configuram dissonância entre os instrumentos da política pública e aumentam o risco de sua ineficácia. No intuito de mitigar os efeitos dessa incompatibilidade, propõe-se recomendar ao MCidades que priorize os investimentos que atendam a todas as condicionantes estabelecidas no art. 50 da Lei 11.445/2007, mesmo as temporalmente excepcionalizadas pelos Decretos regulamentadores, visando a maior efetividade da Política Federal de Saneamento Básico e em alinhamento ao espírito da Lei 11.445/2007 e seus pilares.

291. É proposto também o encaminhamento dos autos ao Congresso Nacional para conhecimento, especialmente à Comissão de Desenvolvimento Urbano da Câmara dos Deputados (tema relacionado ao tópico IV.1).

292. Adentrando aos normativos internos do MCidades, observa-se a existência de indefinições e lacunas quanto aos processos de avaliação de atendimento às condicionantes para apoio da União, pela insuficiente institucionalização dos critérios de seleção dos projetos a serem apoiados.



293. A falta de regras específicas e a indefinição sobre o momento de avaliação das condições comprometem a eficácia dos requisitos referentes à alocação de recursos e a transparência no processo de seleção de projetos. Há uma fragmentação e superficialidade na abordagem das condições para o apoio federal, com diferenças entre os processos para recursos onerosos e não onerosos. A questão jurídica sobre a possibilidade, ou não, da inclusão das condicionantes como cláusulas suspensivas exige também clarificação normativa.

294. Assim, é proposto determinar que o MCidades estabeleça e institucionalize procedimentos que definam a forma de avaliação das condicionantes para recebimento de apoio da União, em especial as elencadas no art. 50 da Lei 11.445/2000, incluindo esclarecer se as condicionantes podem receber o tratamento de cláusulas suspensivas (tema tratado no tópico IV.2).

295. Quanto ao apoio federal a pequenos municípios e zonas rurais, a extinção e posterior recriação da Funasa causou incerteza prejudicial a uma atuação mais estruturante sobre o tema, com foco em resultados de médio e longo prazos, essenciais ao setor.

296. Ao passo que o MCidades assumiu competências quanto ao tema, a volta da Funasa gerou situação, ao menos em princípio, contraproducente, por direcionar a dois atores do governo federal a atuação sobre a temática. Apurou-se que, nesse período de incerteza, nenhum deles desempenhou plenamente as atividades requeridas à efetividade da política pública, fato decorrente, ao menos em parte, da indefinição sobre a forma de atuação da Funasa. Assim, é imperiosa a definição formal das atribuições da Funasa, com a adequada compatibilização frente ao estabelecido para o MCidades, para que se possa melhor conduzir a política federal de saneamento na busca pela universalização dos serviços, incluindo as áreas rurais.

297. Assim, se propõe dar ciência ao MCidades e ao MGI que a sobreposição das competências da Funasa e do MCidades para apoio ao saneamento rural e de municípios com menos de 50 mil habitantes afronta o princípio da eficiência administrativa e incrementa os riscos na execução de programas de governo voltados a essas populações. Também é proposto comunicar o Congresso Nacional acerca dos riscos decorrentes (assunto tratado no item IV.3 deste relatório).

298. No tocante à atuação do Cisb, observa-se, nesta rodada, atuação no cumprimento de seu papel institucional. Diversas reuniões foram realizadas, houve publicidade das decisões e resoluções do órgão, um bloco de referência foi definido e temas de relevância foram, de alguma forma, tratados. Assim, verifica-se que o Acórdão 2.392/2022-TCU-Plenário, que pugnou por maiores esforços para atuação do órgão, foi atendido quanto a este ponto (assunto tratado no item IV.4 deste relatório).

299. Por todo o exposto, esta rodada do acompanhamento permite verificar a evolução da implementação do NMLSB frente à situação posta à época da primeira etapa, realizada entre 2021 e 2022. Avanços significativos são notados, como a publicação de várias normas de referência para a regulação e a atuação mais consistente do Cisb. Contudo, há ainda diversos pontos a serem implementados ou melhorados, como regulamentações, transparência, priorização de investimentos e



estruturação dos órgãos do setor – assuntos que são objetos das propostas de deliberação deste relatório.

(TCU, 025.604/2021-0, [Acórdão n.º 1940/2024](#), Plenário, Rel. Jorge Oliveira, Plenário, julgado em 18/9/2024)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

2. Representação da Lei de Licitações. Tomada de preços destina à contratação de empresa especializada para elaboração de Plano de Mobilidade Urbana. Critério de julgamento técnica e preço. Atribuição sem justificativa de peso superior à técnica em detrimento do preço. Representação parcialmente procedente para fins de encaminhamento de determinação.

(...)

O objeto pretendido com a Tomada de Preços revela que não se trata de atividade comum ou ordinária, com a qual estão habituados os servidores pertencentes ao quadro de pessoal da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano.

Ressalta-se a redação do artigo 24 da Lei n.º 12.587/121, segundo o qual o Plano de Mobilidade Urbana é o instrumento de efetivação da Política Nacional de Mobilidade Urbana que deve necessariamente contemplar dentre seus objetivos:

- I - os serviços de transporte público coletivo;
- II - a circulação viária;
- III - as infraestruturas do sistema de mobilidade urbana, incluindo as ciclovias e ciclofaixas;
- IV - a acessibilidade para pessoas com deficiência e restrição de mobilidade;
- V - a integração dos modos de transporte público e destes com os privados e os não motorizados;
- VI - a operação e o disciplinamento do transporte de carga na infraestrutura viária;
- VII - os polos geradores de viagens;
- VIII - as áreas de estacionamentos públicos e privados, gratuitos ou onerosos;
- IX- as áreas e horários de acesso e circulação restrita ou controlada;
- X - os mecanismos e instrumentos de financiamento do transporte público coletivo e da infraestrutura de mobilidade urbana; e
- XI - a sistemática de avaliação, revisão e atualização periódica do Plano de Mobilidade Urbana em prazo não superior a 10 (dez) anos.

Ou seja, há um serviço técnico especializado que envolve complexidades as quais requerem expertise peculiar.

(...)

Oportunas as colocações do ente municipal na linha de que não houve indicação específica a respeito da formação universitária a ser exigida de cada profissional, dado que as áreas de atuação da equipe do Plano de Mobilidade podem ser desempenhadas por agentes de mais de uma área de conhecimento. Confirma-se: “não existe uma única área de formação com atribuição profissional e capacidade técnica para a realização das atividades. Sendo assim, com o intuito de permitir que uma maior quantidade de empresas conte com os profissionais necessários para a realização das atividades, as exigências de qualificação técnica foram estruturadas desta



forma. E é também por este motivo que, entre as exigências para comprovação da capacidade técnica, são exigidos atestados ou certidões de acervo técnico, permitindo que cada profissional comprove as exigências de acordo com o funcionamento da sua respectiva entidade de classe”.

(TCE-PR, REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993 n.º 640448/2023, [Acórdão n.º 2078/2024](#), Tribunal Pleno, Rel. JOSÉ DURVAL MATTOS DO AMARAL, julgado em 15/07/2024, veiculado em 05/08/2024 no DETC)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

3. REPRESENTAÇÃO. AMPLIAÇÃO DO OBJETO, DE OFÍCIO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DE CONTAS ESPECIAIS. DETERMINAÇÕES À DCF.

1. Representação cujo objeto inicial é a averiguação de contrato emergencial de prestação de serviços de destinação final de resíduos sólidos proveniente da limpeza pós-enchentes no aterro de inertes de Gravataí.

2. Ampliação do escopo inicial, ex-officio, para que seja fiscalizado todo o processo de recolhimento dos resíduos sólidos, desde a retirada inicial dos entulhos dos bairros até o destino final no aterro de inertes. De forma direta, o processo envolve o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 3 (saúde integral), 12 (manejo ambientalmente saudável dos resíduos), 13 (ações contra as mudanças climáticas), 14 (proteção da vida na água), 15 (proteção da vida terrestre) e nº 16 (eficácia e responsabilidade da instituição) da Agenda 2030 da ONU.

(TCE-RS, Processo n.º 17169-0200/24-8, Rel. Ana Moraes, julgado em 15/7/2024)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Item 4.4 da Tabela 11 do Anexo I da Lei Complementar 272/2004, do Estado do Rio Grande do Norte e item 2 do Capítulo IX da Tabela 4 do Anexo Único da Resolução CONEMA-RN 04/2006, atualizada pela Resolução 02/2014. 3. Instalação de infraestrutura de telecomunicações. Norma estadual que impõe a obrigatoriedade de licenciamento ambiental. 4. Inconstitucionalidade formal. Invasão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (CF, arts. 21, IX, 22, IV). Precedentes. 5. Pedido julgado procedente.

(STF, [ADI 7498](#), Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/5/2024, veiculado em 4/6/2024 e publicado em 5/6/2024)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS SETORIAIS RELACIONADOS COM TRANSPORTE (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD) DE ENERGIA ELÉTRICA. VALOR DA OPERAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE A IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DA EXAÇÃO E DA SUA BASE DE CÁLCULO. IMPORTÂNCIA DA DEMANDA E DELIMITAÇÃO DO SEU OBJETO

1. A questão controvertida nos feitos afetados ao julgamento no rito dos Recursos Repetitivos tem por escopo definir se os encargos setoriais correlacionados com operações de transmissão e distribuição de energia elétrica - especificamente a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) -, lançados nas faturas de consumo de energia elétrica, e suportados pelo consumidor final, compõem a base de cálculo do ICMS.

2. A primeira observação a ser feita é atinente à importância do tema debatido: o ICMS constitui



a principal fonte de arrecadação tributária dos Estados e do Distrito Federal.

3. Registra-se, de início, que a matéria, conforme reconhecido no Supremo Tribunal Federal, é de natureza infraconstitucional. Nesse sentido, conveniente transcrever o Tema 956/STF: "É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa a inclusão dos valores pagos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica."

4. Outra importante consideração relaciona-se com a circunstância de a Lei Complementar 194/2022 ter promovido alterações na Lei Kandir (LC 87/1996), em especial no tema da incidência do ICMS nas operações relacionadas com energia elétrica. A mais relevante das modificações feitas, concernente ao objeto desta demanda, é a nova redação do art. 3º da LC 87/1996, que pela primeira vez prevê, de modo expresso, que não incide ICMS sobre os serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.

5. Tais alterações, isto é, o questionamento em torno da inconstitucionalidade dos dispositivos modificados, são objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, sendo de todos conhecida a concessão de liminar na Medida Cautelar na ADI 7195/DF (ratificada pelo Plenário), suspendendo "os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, até o julgamento do mérito desta ação direta".

6. A exegese sobre a inconstitucionalidade da norma, naturalmente, não se encontra no espectro da matéria passível de cognição no âmbito do Recurso Especial. Mesmo assim, apesar de a discussão relativamente à inconstitucionalidade de dispositivos da LC 194/2022 representar o objeto da ADI 7195/DF, também nos Recursos Repetitivos não será feita a interpretação dos respectivos dispositivos de lei federal. Isso porque, no ponto, se trata de legislação superveniente ao ajuizamento e julgamento dos respectivos processos nas instâncias de origem, não se encontrando satisfeito o requisito do prequestionamento, e por ser impossível a supressão de instância. DISCIPLINA JURÍDICA TRIBUTÁRIA VIGENTE AO

TEMPO DA RELAÇÃO LITIGIOSA ENTRE AS PARTES

7. Merecem atenção as referências, tanto na disciplina constitucional (art. 34, § 9º, do ADCT) como na infraconstitucional (arts. 9º, § 1º, II, e 13, I, e § 2º, II, "a", da LC 87/1996), a expressões que, de modo inequívoco, indicam como sujeitas à tributação as "operações" (no plural) com energia elétrica, "desde a produção ou importação até a última operação". Tal premissa revela-se de essencial compreensão, pois, como se sabe (e será adiante explicitado), o sistema nacional da energia elétrica abrange diversas etapas interdependentes, conexas finalisticamente, entre si, como a geração/produção (ou importação), a transmissão e a distribuição.

8. Para a constatação do acima exposto (relação de interdependência) basta cogitar a supressão de qualquer uma delas (geração, transmissão ou distribuição), e será possível concluir que inexistirá a possibilidade física, material, de efetivar o consumo da energia elétrica.

9. Ainda nessa linha de raciocínio, o art. 13, § 1º, da LC 87/1996 descreve os diversos componentes que integram a base de cálculo do ICMS, mencionando-os nos seguintes termos: a) o montante do próprio imposto; b) o valor correspondente a seguros; c) o valor correspondente a juros; d) o valor correspondente a demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas; e) o valor correspondente a descontos concedidos sob condição; f) o valor correspondente a frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA

DE ENERGIA ELÉTRICA



10. As atividades essenciais da indústria de energia elétrica, segundo a disciplina jurídica vigente no território nacional, são:

produção/geração, transmissão e distribuição de eletricidade.

11. A atividade que dá início ao processo é a geração, quando ocorre a produção de eletricidade por meio de fontes diversas (hidrelétrica, eólica, etc.). Posteriormente, dá-se a transmissão, ou seja, a propagação de eletricidade, que ocorre em alta tensão, por longa distância. No atual modelo jurídico em vigor, o transmissor não compra ou vende energia elétrica, limitando-se a disponibilizar as instalações em alta voltagem e a respectiva manutenção.

12. Conforme bem narrado nas manifestações dos amici curiae, os usuários dos sistemas de transmissão celebram Contrato de Uso do Sistema de Transmissão - CUST; definem no contrato a quantidade de uso contratada e efetuam o pagamento do montante contratado, mediante a aplicação da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST. Finalmente, a distribuição de energia elétrica abrange (a) a disponibilização de instalações que propagarão energia elétrica, em baixa tensão, normalmente a curtas distâncias, aos consumidores a ela conectados; e (b) a comercialização de energia elétrica à parte dos usuários conectados à sua rede.

13. No judicioso Voto-Vista da eminente Ministra Regina Helena Costa apresentado no julgamento do REsp 1.163.020/RS, foi descrita a existência de dois diferentes ambientes em que se dá a comercialização de energia elétrica.

14. O primeiro é o Ambiente de Contratação Livre - ACL, no qual ocorre a comercialização por livre negociação entre os agentes vendedores (geradores ou terceiros comerciantes) e os agentes compradores - denominados consumidores livres (em regra, indústrias de grande porte, que consomem elevada quantidade de energia elétrica no processo produtivo) -, segundo o art. 1º, § 3º, da Lei 10.848/2004. No ACL, a atividade da distribuidora se resume à disponibilização de sua rede, na forma de Contratos de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD celebrados com os usuários, com a incidência da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD.

15. De outro lado, no Ambiente de Contratação Regulada - ACR, a distribuidora disponibiliza a sua rede aos usuários - os quais são denominados consumidores cativos (consumidores residenciais e empresas de pequeno ou médio porte) -, mediante pagamento de tarifa (TUSD), como vendedora de energia elétrica.

16. Além da TUST e da TUSD, comumente denominadas "tarifas de fio", a fatura de consumo de energia elétrica prevê a incidência da "Tarifa de Energia" (TE), que é referente ao valor da operação de compra e venda da energia elétrica a ser consumida pelo usuário. É importante esclarecer que todos os encargos acima referidos são suportados, efetivamente, pelo consumidor final da energia elétrica.

17. Com a observação de que se mostra irrelevante definir a natureza jurídica da TUST e da TUSD (se taxa ou preço público), chega-se ao objeto litigioso: constituindo tais cobranças a remuneração por serviço alegadamente intermediário e inconfundível com a compra e venda de energia elétrica (pois a transmissão e a distribuição de energia elétrica não constituem circulação jurídica da aludida mercadoria), é possível sua inclusão na base de cálculo do ICMS?

PANORAMA JURISPRUDENCIAL DO STJ

18. No Superior Tribunal de Justiça, a resposta ao questionamento acima costumeiramente se dava no sentido de definir que a TUSD (estendendo-se o mesmo raciocínio para a TUST) não integra a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, "uma vez que o fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor".



Nessa linha: AgInt no AgInt no AREsp 1.036.246/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 17.10.2017; REsp 1.680.759/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 9.10.2017; AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.4.2016; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministro Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11.6.2013; AgRg no REsp 1.278.024/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 14.2.2013.

19. O entendimento acima, que vinha sendo construído, ao que parece, com amparo no precedente contido no REsp 222.810/MG (Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 15.5.2000, p. 135), foi modificado pelo julgamento, na Primeira Turma do STJ, do REsp 1.163.020/RS (Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 27.3.2017), quando se definiu que "O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996".

CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ

20. Registra-se, inicialmente, que a mudança na orientação jurisprudencial se deu no julgamento de Recurso que limitou sua análise à TUSD. Todavia, aplica-se a mesma lógica à TUST, tendo em vista que a disciplina jurídica para ambas encontra-se no mesmo dispositivo legal (art. 15, § 6º, da Lei 9.074/1995).

21. A análise da robusta fundamentação apresentada no judicioso Voto do em. Ministro Gurgel de Faria, Relator no REsp 1.163.020/RS, assim como das ponderações apresentadas na manifestação do Conpeg, conduz à conclusão de que o entendimento que se alinha ao direito positivo é aquele estabelecido nesse precedente mais atual da Primeira Turma.

22. Com efeito, bem observou o amicus curiae que os pronunciamentos do STJ acerca da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica valerem-se de precedentes anteriores que examinaram tema conexo, mas absolutamente distinto, isto é, se a contratação de potência de energia (energia contratada, mas não consumida) está incluída no conceito de fato gerador da energia elétrica, para efeito de incidência do ICMS.

23. A posição que veio a prevalecer, seja no já citado REsp 222.810/MG, seja após, quando confirmada no julgamento do REsp 960.476/SC (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 13.5.2009 - este último julgado no rito dos Recursos Repetitivos), é de que o "ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, 'a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria'", bem como que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa".

24. Na época, a controvérsia tinha por objeto a análise que também fazia a distinção entre os consumidores cativos e os consumidores livres, porém voltada especificamente ao fato de que somente estes últimos tinham a medição, para fins de emissão da fatura do consumo de energia elétrica, amparada não apenas na quantidade, mas também na intensidade do consumo (para os consumidores cativos a fatura tomava por base apenas a quantidade da energia, e não a intensidade de seu consumo). Assim, os consumidores livres tinham necessariamente incluído na contratação da energia elétrica parâmetro relacionado com a intensidade do consumo (potência), situação que, ao final, poderia eventualmente - caso constatado consumo superior ao efetivamente contratado - acarretar o pagamento de encargo adicional (a denominada "tarifa de



ultrapassagem").

25. O que é essencial, entretanto, é reconhecer que, em tais precedentes, a discussão girava em torno da identificação do fato gerador, e não sobre a base de cálculo do ICMS. Foi nesse sentido que se chegou à conclusão de que o fato gerador ocorre com o efetivo consumo (entrega da energia elétrica), e não com a simples contratação da energia elétrica. É sob esse enfoque que se afirmou que a simples celebração de contratos (aqui incluídos os contratos celebrados entre as usinas produtoras/geradoras e as empresas concessionárias ou permissionárias que atuam na transmissão e distribuição de energia elétrica) não se amolda ao fato gerador do ICMS.

26. Em momento algum, nos aludidos precedentes iniciais, houve enfrentamento específico relativamente à inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS. Pelo contrário, embora genérica, consta afirmação do saudoso Ministro Relator, em abstrato, de que "é perfeitamente legítima a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada e efetivamente consumida". Malgrado, como se vê, os fundamentos neles estabelecidos foram de forma equivocada e indevida utilizados para discutir a base de cálculo do ICMS.

27. É neste presente Recurso que se debate, de modo pontual, o que se deve entender pela expressão "tarifa correspondente à energia efetivamente consumida", isto é, se abrange somente a "Tarifa de Energia" (TE) - em relação à qual não há dissídio entre as partes - ou também a TUST e a TUSD, como integrantes das operações feitas "desde a produção até a operação final", de efetivo consumo da energia.

28. A sutileza que, ao que tudo indica, não foi adequadamente captada por ocasião dos julgamentos mais diretamente relacionados com o tema nos precedentes mais antigos do STJ, reside no fato de que em momento algum se está a defender, pleitear ou mesmo decidir que incide ICMS sobre os serviços direta e exclusivamente relacionados com a transmissão e com a distribuição de energia elétrica (identificação do fato imponible do tributo), mas sim em saber se as tarifas relacionadas com tais prestações de serviço, incluídas na fatura de energia elétrica dos consumidores (livres e cativos), e portanto por eles suportadas, inserem-se no "valor da operação", base de cálculo do ICMS.

29. Note-se a diferença: uma coisa é a remuneração do serviço público (de transmissão e distribuição de energia elétrica) por tarifa (respectivamente, TUST e TUSD), como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos firmados para atividades empresariais que, por razões de política de gestão do sistema de energia elétrica, foram desmembradas da geração da energia elétrica, e a partir daí analisar se tal tipo de serviço constitui "circulação de mercadoria" (fato gerador do ICMS).

30. Questão absolutamente diversa é definir se o repasse de tais encargos ao consumidor final, na cobrança da fatura de consumo de energia elétrica, deve compor a base de cálculo do ICMS.

31. Dessa forma, o entendimento concernente à alegada autonomia dos contratos relativos à transmissão e distribuição de energia elétrica, como situação autônoma e desvinculada do consumo, revela-se de todo inútil e equivocado para os fins de solução da lide.

32. Inútil porque, repita-se, não se está a discutir a incidência de ICMS sobre tal fato (celebração de contrato), ou sobre a prestação de serviço - transmissão e distribuição de energia elétrica.

Equivocada (a premissa) porque, com a mais respeitosa e profunda vênua, não se revela logicamente concebível afirmar que a transmissão e a distribuição de energia elétrica possam ser qualificadas como autônomas, independentes, pois a energia elétrica é essencialmente produzida ou gerada para ser consumida. Se parte dessa mercadoria, circunstancialmente, não for consumida, tal situação dirá respeito, conforme acima mencionado, à própria não ocorrência



do fato gerador do ICMS.

33. Daí, a meu ver, mostrar-se incorreto concluir que, apurado o efetivo consumo da energia elétrica, não integram o valor da operação, encontrando-se fora da base de cálculo do ICMS, os encargos relacionados com situação que constitui antecedente operacional necessário (a transmissão e a distribuição, após a prévia geração da energia elétrica que foi objeto de compra e venda). Note-se que tão importantes são os aludidos encargos que o legislador os erigiu como essenciais à manutenção do próprio Sistema de Energia Elétrica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mantidos com concessionários e permissionários do serviço público.

34. Tal raciocínio não condiz com a disciplina jurídica da exação que, seja no ADCT (art. 34, § 9º), seja na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II), quando faz referência ao pagamento do ICMS sobre a energia elétrica, conecta tal situação (isto é, o pagamento do tributo) à expressão "desde a produção ou importação até a última operação", o que somente reforça a conclusão de que se inclui na base de cálculo do ICMS, como "demais importâncias pagas ou recebidas" (art. 13, § 1º, II, "a", da LC 87/1996), o valor referente à TUST e ao TUSD - tanto em relação aos consumidores livres como, em sendo o caso, para os consumidores cativos.

35. A única hipótese que, em princípio, justificaria a tese defendida pelos contribuintes seria aquela em que fosse possível o fornecimento de energia elétrica diretamente pelas usinas produtoras ao consumidor final, sem a necessidade de utilização das redes interconectadas de transmissão e distribuição de energia elétrica - situação em que, a rigor, nem sequer seriam por ele devidos os pagamentos (como efetivo responsável ou a título de ressarcimento, conforme previsão em lei, regulamentação legal ou contratual) de TUST e TUSD.

36. Para finalizar, por mais complexo e questionável que seja o uso da analogia, cito exemplo: a invocação de que a TUST e a TUSD, porque oriundas de relação jurídica "autônoma", não devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica é tão inverossímil quanto o raciocínio de que o contribuinte de Imposto de Renda da Pessoa Física possa afastar do conceito de renda (base de cálculo do IRPJ) a parcela do salário que ele utiliza para pagar os encargos que assumiu contratualmente, em relação à locação de imóvel (relação jurídica autônoma), isto é, para arcar com o pagamento do IPTU e da TLP sobre o imóvel locado.

TESE REPETITIVA

37. Adota-se, por todo o exposto, a tese repetitiva: "A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.". MODULAÇÃO DOS EFEITOS. SUPERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA QUE PERDUROU POR RAZOÁVEL PRAZO DE TEMPO. APLICABILIDADE NA SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

38. Considerando que até o julgamento do REsp 1.163.020/RS - que promoveu mudança na jurisprudência da Primeira Turma - a orientação das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ era, s.m.j.

, toda favorável ao contribuinte do ICMS nas operações de energia elétrica, proponho, com base no art. 927, § 3º, do CPC, a modulação dos efeitos, a incidir exclusivamente em favor dos consumidores que, até 27.3.2017 - data de publicação do acórdão proferido julgamento do REsp 1.163.020/RS -, tenham sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes, para, independente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da



TUST/TUSD na base de cálculo. Note-se que mesmo estes contribuintes submetem-se ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do presente acórdão - aplicável, quanto aos contribuintes com decisões favoráveis transitadas em julgado, o disposto adiante, ao final.

39. A modulação aqui proposta, portanto, não beneficia contribuintes nas seguintes condições: a) sem ajuizamento de demanda judicial; b) com ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexistia Tutela de Urgência ou de Evidência (ou cuja tutela outrora concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada); c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial;

e d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido concedida após 27.3.2017.

40. Em relação às demandas transitadas em julgado com decisão favorável ao contribuinte, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada.

SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

41. Na hipótese dos autos, houve concessão de liminar em 9 de fevereiro de 2015, determinando "à autoridade impetrada a abstenção da cobrança de ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da conta da Impetrante - UCn 3122239" (fl. 46, e-STJ).

Quanto ao tema de fundo, o Tribunal de origem delimitou que o objeto da demanda diz respeito exclusivamente à inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS. Ao emitir juízo de valor acerca do tema, entretanto, reproduziu dispositivos da LC 87/1996 e expressamente analisou não apenas a inclusão da TUSD, como também da TUST, como se infere no Voto condutor (fls. 231-234, e-STJ): "Como relatado, o agravante se insurge contra decisão monocrática proferida nos autos de Código n. 108552/2015, a qual negou seguimento ao recurso de apelação cível interposto e ratificou a sentença prolatada na origem, cujo objeto visava o afastamento da incidência de ICMS sobre a base de cálculo da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, por ser esta considerada ilegal. (...) Por sua vez, em relação à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, assim como ocorre com relação à Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica- TUST, estas nada mais são do que o ressarcimento do custo do transporte da energia, que deve ser calculado com base em critérios determinados pela ANEEL, conforme disposto no art.15, § 6º, da Lei n.9.427/96, que esclarece que 'É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente'. Portanto, entendo que a composição da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica não pode contemplar despesas a título de distribuição (TUSD), assim como a de transmissão (TUST), porquanto, em tais casos, há apenas o deslocamento de energia elétrica de um para o outro estabelecimento do mesmo contribuinte, afastando-se a caracterização de efetiva circulação da mercadoria".

42. No que concerne à cláusula de reserva de Plenário, a Corte local assim se manifestou (fl. 237, e-STJ): "(...) despiendo o acolhimento da alegação de violação à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), notadamente quando não houver declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais alegados como violados, tampouco afastamento deles, mas simplesmente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie.

Ademais, a cláusula da reserva de plenário somente é ofendida nas hipóteses em que a decisão esteja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição Federal (Rcl



6944, Relator(a):

Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2010, DJe-149

DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 ILMENT VOL-02410-01 PP -00226

RTv.99, n. 902, 2010, p. 140-146)".

43. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

44. Tampouco procede a tese de violação do art 481 do CPC/1973, porque o Tribunal de origem de modo claro mencionou que não se discutiu a matéria controvertida sob o enfoque da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da legislação federal, mas apenas a respectiva interpretação, para concluir sobre a procedência ou não do pedido deduzido nos autos. Nesse contexto, decidiu conforme a jurisprudência do STJ.

45. No mérito propriamente dito, a orientação adotada pela Corte a quo destoa da tese repetitiva aqui definida, devendo a pretensão recursal ser acolhida, respeitando-se a modulação dos efeitos.

46. Recurso Especial provido para reformar o acórdão recorrido, com a declaração de que a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS. Ressalva de que, no presente caso, os efeitos do julgado em favor da Fazenda Pública são prospectivos, relativos ao direito de constituir e cobrar os créditos referentes aos fatos geradores posteriores à publicação deste julgamento, visto que a lide se encontra abrangida pela modulação de efeitos.

(STJ, [REsp n. 1.692.023/MT](#), relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, julgado em 13/3/2024, veiculado em de 29/5/2024)

[Pesquisas Prontas](#)

[Boletim Informativo de Jurisprudência](#)

[Interjuris](#)

[Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal - STF e os Tribunais de Contas](#)

[Súmulas Seleccionadas](#)

Elaboração: Escola de Gestão Pública - Jurisprudência