



23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA __VARA CÍVEL DA COMARCA DE PALMAS/TO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS, por sua Promotora de Justiça que esta subscreve, titular da 23ª Promotoria de Justiça da Capital, no exercício de suas atribuições legais e constitucionais, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com base nos artigos 5º, inciso XXXII, 127 *caput*; 129, inciso III; e 170, inciso V, da Constituição Federal; artigos 81, parágrafo único, inciso III, e 82, inciso I da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); artigos 1º, inciso II, 3º, 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública); e artigos 300, *caput*, e § 2º, 301, e 305 do Código de Processo Civil, visando a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, vem perante Vossa Excelência, ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em face de **ENERGISA TOCANTINS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 25.086.034/0001-71, com sede na Quadra 104 Norte, Avenida LO-04, Lote 12-A, Conjunto IV, nesta Capital; e do **ESTADO DO TOCANTINS**, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ sob o nº. 01.786.029/0001-03, representado por seu Procurador-Geral, com sede no Palácio Araguaia, Praça dos Girassóis, s/nº, nesta Capital, pelos fundamentos de fato e de direito que se passa a expor:

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

I – DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988, ao definir o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbiu-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). Nesse escopo, foram estabelecidas suas funções institucionais no art. 129, destacando-se:

“Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

A legislação infraconstitucional, por meio da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ampliada pela Lei nº 8.078/90 e roborada pela Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), compete ao *Parquet* a proteção, prevenção e reparação de danos ao patrimônio público, meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e outros interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos.

Na percuente lição de NELSON NERY JÚNIOR, “**sempre que se estiver diante de uma ação coletiva, estará presente aí o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público.**”¹

Salienta-se que o Código de Defesa do Consumidor – em perfeita simbiose com a Lei de Ação Civil Pública – prevê que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo a título coletivo, quando se tratar de **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (art. 81, parágrafo único, inciso III).

Destaca-se que, os direitos individuais homogêneos, também chamados “direitos acidentalmente coletivos” são aqueles que decorrem de uma origem comum,

¹NERY JÚNIOR, Nelson. Ação Civil Pública. São Paulo, RT, 1995, p. 366.

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

possuindo transindividualidade instrumental ou artificial, os seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível, admitindo reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual.

O tratamento especial conferido aos direitos individuais homogêneos tem razões pragmáticas, objetivando-se unir várias demandas individuais em uma única coletiva, por razões de facilitação do acesso à justiça e priorização da eficiência e da economia processuais.

No que diz respeito ao objeto da presente demanda, trata-se, indiscutivelmente, de direito individual homogêneo do consumidor de energia elétrica do estado do Tocantins, cuja legitimidade do Ministério Público decorre da própria Constituição da República.

Não bastasse isso, a jurisprudência dominante do STF e STJ, baseadas nos artigos 81 e 82, I, do CDC, e, artigos 1º, incisos II e IV, e 5º da Lei nº 7347/85, reconhece que, tratando-se de fato de relevância pública, a legitimidade do *Parquet* é inquestionável.

Desta forma, uma vez que a questão posta em juízo prejudica sobremaneira os direitos dos consumidores do serviço de fornecimento de energia elétrica em todo o Estado do Tocantins, resta inquestionável a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento da presente demanda.

II – DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

As Varas dos Feitos das Fazendas Públicas e Precatórios da Capital, vislumbrando a possibilidade de conflito de interesse relativo à relação jurídica plurilateral, bem como para assegurar tratamento isonômico a todos os consumidores, têm aplicado o art. 139, inciso X, do Código de Processo Civil de 2015, ao julgar múltiplos e repetitivos Mandados de Segurança ajuizados para suspender a incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica –

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

TUST/TUSD, e oficiado ao Ministério Público do Estado do Tocantins, para que adote as providências que entenda cabíveis.

Em virtude disto, a 23ª Promotoria de Justiça da Capital, com atuação na defesa dos Direitos do Consumidor, instaurou procedimento extrajudicial, autuado sob o nº. 2016.6.29.23.0131, e constatou que a primeira Requerida, como concessionária do serviço de fornecimento e distribuição de energia elétrica, tem atuado de modo prejudicial aos consumidores usuários, ao repassar a estes a cobrança do ICMS indevidamente lançado sobre as tarifas TUST e TUSD, pelo segundo Requerido.

Isto porque, a Constituição Federal prevê em seu artigo 155, II, o seguinte:

“Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Enquanto isso, a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 4º, estabelece que:

“O contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria, ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Do texto constitucional e legal, é certo dizer que o contribuinte do ICMS é a pessoa, física ou jurídica, que tem relação direta com o fato gerador do tributo, ou seja, é quem realiza o fato gerador da obrigação tributária, quem opera a circulação de mercadorias ou a prestação dos serviços descritos na norma, na hipótese de incidência da obrigação tributária.

Logo, resta evidente que o consumidor, na qualidade de destinatário final da mercadoria ou do serviço, na dicção exata do Código de Defesa do Consumidor, não é o contribuinte do imposto, se assim o fosse, a Lei Complementar nº. 87/96 o teria afirmado de forma expressa.

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

Desta forma, se o consumidor não é o contribuinte do imposto, considerando que não tem ele qualquer relação com o fato gerador do tributo, não é obrigado ao pagamento do ICMS sobre as tarifas TUST/TUSD.

Ora, se o consumidor não está elencado na Lei Complementar nº. 87/96 e nem em norma alguma como contribuinte do tributo mencionado, muito menos tem ou guarda qualquer relação com o fato gerador do tributo, já que não realiza qualquer operação de circulação de mercadorias ou de prestação de serviços, torna-se imperioso reconhecer a ilegalidade do lançamento tributário efetuado pelas concessionárias de fornecimento de energia elétrica, nas faturas de consumo para pagamento pelos usuários/consumidores do serviço.

Afinal, tem-se que, só aquele que, com habitualidade e objetivo de lucro, auferir vantagem econômica com a circulação de mercadorias, ou dos serviços descritos na hipótese material de incidência de tributo, é quem pode ser considerado sujeito passivo da obrigação jurídico-tributária.

Desse modo, o repasse, mediante cobrança nas faturas emitidas pela concessionária ao consumidor, do montante referente ao ICMS lançado sobre as tarifas TUST/TUSD, cuja a responsabilidade é atribuída a ela própria, ofende claramente, as disposições contidas no art. 4º da LC 87/96.

Para abalzar as considerações acima, segue Súmula do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, bem como decisões judiciais superiores:

“SÚMULA 166/STJ: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA CONCRETA. CABIMENTO. ICMS TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166/STJ RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP.

A natureza da operação é a de transferência de produtos entre “estabelecimentos” de mesma propriedade, ou seja, não há circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto, conforme determina a súmula 166 do STJ. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo Regimental improvido”. (AgRg no AREsp

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

69931/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/12, Dje 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO EDISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). 2. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos Repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes. 4. A Súmula 166/STJ reconhece que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). Precedentes. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final. (EDcl no AgRg no REsp 1359399 / MG, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0269472-0, Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 27/08/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 06/09/2013)

O principal fundamento das decisões do STJ é o de que “não existe previsão legal e constitucional para cobrança do ICMS no ‘serviço de transporte de energia’” AgRg no REsp 1.135.984, 1ª Turma, relator ministro Humberto Martins, DJe: 4.3.2011.

O próprio STJ reconheceu que o consumidor final da energia elétrica pode ingressar em juízo para questionar a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD,

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

com base no posicionamento pacificado pela 1ª Seção no julgamento do Recurso Especial 1.299.303-SC.

Por sua vez, os tribunais estaduais brasileiros (TJ SP, Pr, PE, SC) têm seguido o entendimento até então manifestado pelo STJ, e proferido decisões favoráveis aos consumidores, para o fim de determinar a não incidência do ICMS sobre os valores pagos a título de TUST e TUSD:

“(…) No afã arrecadatório, não raro as autoridades tributárias ampliam desmesuradamente a base de cálculo, agregando elementos estranhos na regra matriz de incidência e criando, na prática, tributos sem amparo constitucional. No caso, a Fazenda estadual faz incidir o ICMS sobre o serviço de transmissão e distribuição de energia, o que não é nem nunca foi ‘circulação de mercadoria’, independentemente do artifício malicioso de incluir o seu fato gerador naquela base de cálculo. Não por outra razão a prática é repudiada pelo Colendo STJ (…”. (TJ-SP, Apelação 1013007-47.2014.8.26.0068, 9ª Câmara de Direito Público, DJe: 3.9.2015, relator desembargador Décio Notarangeli)

“(…) Sobre a matéria de fundo, está pacificado o entendimento de que a base de cálculo do ICMS não incide sobre as tarifas de transmissão e distribuição da energia elétrica, tanto é que este sodalício editou a Súmula 21 para definir a questão, a qual merece destaque: “Incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kW), aferidas nos respectivos medidores independentemente do quantitativo contratado”. (TJ-SC, Mandado de Segurança 2015.038691-3, Grupo de Câmaras de Direito Público, relator desembargador Pedro Manoel Abreu, DJ: 28.8.2015)

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DISPONIBILIZAÇÃO DO USO DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO TUSD. INDEVIDA INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. As atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, remuneradas pela TUSD e TUST, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS por não implicarem circulação da mercadoria. Esse serviço tão e simplesmente permitem que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário. São portanto, quando muito, atividades-meio, que viabilizam o fornecimento da energia elétrica (atividade-fim) pelas geradoras aos consumidores finais, motivo pelo qual não há como se vislumbrar a possibilidade de estarem abrangidas pelo campo de incidência da referida exação . (TJSC Apelação Cível n. 2010.017380-9, de Blumenau, Rel. Des. Luiz César Medeiros).

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

“(…) As alegações de Direito também apresentam forte verossimilhança dado que o caso é aplicável à jurisprudência já manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça, seja a consolidada na Súmula 391, dado que os encargos de transmissão e conexão, não correspondem à energia elétrica ou demanda de potência efetivamente utilizadas, seja a solidificada na Súmula 166, dado que tais Sistemas de Transmissão e Distribuição consistem em mero deslocamento da energia elétrica entre estabelecimentos, e não serviços de transportes da mercadoria efetiva e autonomamente contratados. Daí não se falar em incidência do ICMS”. (TJ-PR, AI 1.291.153-2, 2ª Câmara Cível, relator desembargador Silvio Dias, DJ: 19.3.2015)

“(…) O fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Assim sendo, a TUSD e a TUST, não constituem base de cálculo do referido imposto”. (TJ-PE, Embargos de Declaração no recuro de Agravo no Reexame Necessário 0317115-3, 1ª Câmara de Direito Público, relator desembargador Erik de Sousa Dantas Simões, Julgamento: 4.11.2014)

Pois bem, provado que o consumidor final não ostenta a qualidade de contribuinte do ICMS incidente sobre a Transmissão e Distribuição de Energia elétrica, e, diante da flagrante e indiscutível ilegalidade da cobrança do aludido imposto sobre as tarifas TUST/TUSD, deveria a Concessionária Requerida, como suposto contribuinte final do tributo, buscar meios para suspender esta cobrança em desfavor de seus consumidores.

No entanto, o que se tem presenciado é a verdadeira ocorrência de um “acordo de cavalheiros” entre a Primeira e o Segundo Requerido, no qual aquela, prefere repassar para o consumidor final a cobrança ilegal do tributo mencionado, através da inclusão do montante respectivo nas faturas de pagamento, fazendo com que a parte hipossuficiente arque com todo o ônus indevido sozinha, evitando, assim, qualquer desgaste com o Poder Concedente Requerido, por meio de adoção das medidas cabíveis, inclusive em sede judicial, para anulação do “suposto” crédito tributário.

De outra mão, ao manter-se inerte quanto ao questionamento da ilegalidade no lançamento de ICMS sobre as tarifas TUST/TUSD, a Concessionária Requerida permite que o Poder Concedente Requerido, ou seja, o Estado do Tocantins,

23ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

se beneficie da arrecadação indevida, e se enriqueça ilicitamente, às custas dos consumidores/usuários.

Por tais razões, a presente demanda mostra-se o meio mais eficaz na proteção dos Direitos dos Consumidores lesados pela Concessionária Requerida, pois busca-se, por meio desta, garantir que a Requerida deixe de repassar aos usuários, através da inclusão do montante respectivo na fatura de consumo de energia elétrica, a cobrança de ICMS sobre as tarifas TUST/TUSD, já que estes não ostentam a qualidade de contribuintes do referido imposto, mas apenas de consumidores do serviço prestado.

III – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Conforme demonstrado, a Concessionária Requerida tem agido de má-fé ao manter-se omissa e optar por repassar, indevidamente, ao consumidor usuário o ônus pelo pagamento de ICMS sobre as tarifas TUST/TUSD, ao invés de buscar os meios legais cabíveis para anulação do crédito tributário respectivo.

Por outro lado, como já demonstrado alhures, ainda que fosse legal a incidência do aludido imposto sobre as tarifas mencionadas, não seria o consumidor usuário do serviço de fornecimento de energia elétrica, o seu devedor.

Desse modo, seja por um, ou por outro motivo, os danos gerados aos consumidores do serviço de fornecimento de energia elétrica em todo o Estado do Tocantins tem sido, mês a mês, reiterados.

Assim, afigura-se possível concluir que, a conduta da Concessionária Requerida, consistente na inclusão de cobrança do ICMS incidente sobre as tarifas TUST/TUSD continuará ocasionando, cada vez mais, prejuízos aos consumidores usuários, caso não seja interrompida.

Nesse sentir, impõe observar que o **art. 300, do Código de Processo Civil de 2015**, prevê a possibilidade de concessão de Tutela de Urgência. Senão, vejamos:

23^a PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

In casu, a probabilidade do direito resta demonstrada através do posicionamento dos Tribunais Superiores, em especial pela **Súmula nº. 166/STJ, acerca da ilegalidade da cobrança de ICMS sobre as tarifas TUST/TUSD.**

No que tange ao dano, o perigo de sua ocorrência consiste na inclusão de cobrança indevida pela Concessionária requerida, nas faturas mensais de consumo do referido tributo, mesmo que, caso fosse considerado legal o lançamento, o consumidor não ostente a qualidade de contribuinte do ICMS incidente sobre o fato gerador em comento.

Logo, a antecipação da tutela é urgente e necessária, para fazer cessar o ônus indevido imputado aos consumidores, e a conseqüente lesão a seus direitos por parte dos Requeridos.

IV - DOS PEDIDOS:

Por todo o exposto, o Ministério Público **REQUER:**

a) Seja deferida a liminar pleiteada, determinando-se que a Requerida ENERGISA deixe de repassar, através da inclusão nas faturas emitidas aos consumidores do serviço de fornecimento de energia elétrica, a cobrança do ICMS lançado sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica – TUST/TUSD, sob pena de multa de R\$ 100.00,00 (Cem Mil Reais) por dia de descumprimento.

b) Seja promovida a citação da Requerida e do Requerido, este último na pessoa de seu Procurador-Geral, para, querendo, contestarem a presente ação no prazo legal, sob pena de revelia e confissão;

23^a PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CAPITAL

b) Ao final, seja a presente Ação Civil Pública julgada integralmente procedente, condenando-se a Requerida ENERGISA à obrigação de não-fazer, consistente na cessação da inclusão, nas faturas emitidas aos consumidores do serviço de fornecimento de energia elétrica, da cobrança do ICMS lançado sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica – TUST/TUSD.

c) Seja admitida a produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive o depoimento pessoal do representante legal da empresa requerida, acostamento posterior de documentos e perícia, acaso necessário e desde já seja reconhecida e declarada a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC;

d) Sejam os requeridos condenados nos ônus sucumbenciais, exceto honorários advocatícios.

Para efeitos meramente fiscais, atribui-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Palmas-TO, data certificada pelo sistema.

KÁTIA CHAVES GALLIETA
Promotora de Justiça