



Estado do Tocantins
Tribunal de Justiça
4ª Vara da Fazenda e Reg. Públicos de Palmas

Processo nº 0026081-61.2016.827.2729
Chave: 501977039716

DECISÃO

Trata-se de **Ação Popular** ajuizada por **Thiago Ribeiro da Silva Sovano** em face de **Energisa Tocantins Distribuidora de Energia S.A.** e do **Estado do Tocantins**, na qual se objetiva a abstenção da cobrança de ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição e Transmissão de Energia Elétrica (TUSD/TUST).

Como cediço, a Ação Popular tem por objetivo anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

No presente caso, a pretensão do autor relaciona-se diretamente com suposta conduta ilegal da Administração Pública, consubstanciada na cobrança de tarifas de energia elétrica em desacordo com o ordenamento jurídico tributário vigente, circunstância esta que viola a moralidade administrativa, a qual se almeja a proteção.

Registra-se que embora não seja possível extrair da peça exordial qualquer prejuízo material aos cofres públicos proveniente da cobrança de tais tarifas, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, consolidou o entendimento de que a lesão ao patrimônio público não é condição indispensável para a propositura da Ação Popular, sendo suficiente a demonstração de ato lesivo à moralidade administrativa. Senão vejamos:

EMENTA Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência (ARE 824781 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 08-10-2015 PUBLIC 09-10-2015).

Neste contexto, considerando ser a parte autora brasileira e devidamente inscrita na Justiça Eleitoral; considerando que o ato lesivo, ora impugnado, já vem sendo objeto de reiteradas decisões por este Juízo no sentido de que a incidência de ICMS sobre as Tarifas de Distribuição e Transmissão de Energia Elétrica cobradas nas faturas dos contribuintes é indevida, cujo entendimento é também sufragado pelo e. TJTO e pelo Superior Tribunal de Justiça; considerando, por fim, que a ilegalidade alegada na petição inicial fere a moralidade



Documento assinado eletronicamente por **FREDERICO PAIVA BANDEIRA DE SOUZA**, Matrícula **352447**.
Para confirmar a validade deste documento, acesse: https://eproc1.tjto.jus.br/eprocV2_prod_1grau/externo_controlador.php?acao=valida_documento_consultar e digite o Código Verificador **322e854ea9**

administrativa elencada no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, **entendo estarem presentes os requisitos para o ajuizamento da presente Ação Popular.**

Entretanto, antes de adentrarmos ao pedido liminar formulado no feito, necessário se faz tecer algumas considerações sobre o pólo passivo da demanda.

O 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*" (EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013).

Neste passo, considerando tratar-se de entendimento já consolidado na jurisprudência de Tribunal Superior, **reconheço de ofício a ilegitimidade da Energisa para figurar no pólo passivo da ação, sendo desnecessário, portanto, a aplicação do art. 10 do NCPC, em atenção ao Enunciado nº 03 da ENFAM.**

Feitas as considerações acima, passo a análise do pleito liminar.

Estabelece o art. 5º, § 4º, da Lei nº 4.717/65, que é cabível a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, submetendo-se essa providência às mesmas exigências previstas no artigo 300 do Novo Código de Processo Civil.

In casu, é possível chegar ao convencimento, pelo menos nesta fase processual, de cognição sumária, da presença dos requisitos previstos no art. 300 do NCPC, com força a autorizar a concessão da medida liminar, na forma em que é requestada.

A **probabilidade do direito** resta caracterizada uma vez que o fato gerador do ICMS ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo consumidor/contribuinte, e não na sua fase de distribuição e transmissão. Logo, a Tarifa de Uso pelo Serviço de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso pelo Serviço de Transmissão (TUST) não integram a base de cálculo do ICMS.

Sobre o tema, seguem as súmulas 166 e 391 do STJ:

"166 - Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte

"391 - O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

A seguir, transcrevo ementa de acórdão proferido pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO 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. A jurisprudência pacífica 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. 3. 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. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1359399 MG 2012/0269472-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 11/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/06/2013)

Neste mesmo sentido, é também o posicionamento do TJTO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. INCIDENCIA SOBRE A DEMANDA EFETIVAMENTE UTILIZADA. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, para o cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, não se admite a incidência sobre a demanda contratada uma vez que o tributo deve recair sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Súmula nº 391/STJ. 2. Não incide ICMS sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica TUSD, os encargos de conexão e os encargos emergenciais, por ausência de fato gerador. Precedente do STJ. 3. Recurso conhecido e provido para manter a incidência do ICMS sobre a energia elétrica efetivamente consumida, suspendendo a cobrança incidente sobre os demais encargos. (TJTO, AI 0010498-46.2014.827.0000, Rel. Des. RONALDO EURÍPEDES, 4ª Turma da 2ª Câmara Cível, Julgado em 28/01/2015).

Pela prática forense, conforme se infere das inúmeras ações individuais que tramitam por este foro, sabe-se que o requerido efetua mensalmente a cobrança indevida do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), bem como a Tarifa de Uso pelo Serviço de Transmissão (TUST). Neste contexto, possível verificar a presença do **perigo de dano** em razão do dispêndio contínuo de valores por parte da coletividade, ora contribuintes que, ao pagarem suas faturas de energia elétrica, mensalmente são obrigados a efetuarem o pagamento de tarifas que a princípio são cobradas de maneira irregular pelo Poder Público.

Diante desse cenário, resta incontestemente a presença dos requisitos autorizadores para a concessão da liminar.

Por fim, em face da extensão da repercussão financeira que esta decisão possa provocar ao planejamento financeiro-orçamentário do Estado do Tocantins e/ou de concessionária de serviço público (ENERGISA), faz-se necessário fixar como termo inicial de eficácia desta decisão o dia 01/01/2017, de modo a viabilizar a adequação do orçamento do ano vindouro à nova realidade que se apresenta.

POSTO ISSO, DEFIRO a medida excepcional pleiteada, razão pela qual determino que se abstenha de repassar/recolher, através da inclusão nas faturas emitidas aos consumidores do serviço de fornecimento de energia elétrica, o ICMS lançado sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica - TUST/TUSD, a partir de 01 de janeiro de 2017.

Determino a exclusão da ENERGISA do pólo passivo da ação, devendo a Escrivania providenciar a correção na autuação eletrônica dos autos.

Cite-se a parte requerida, para, no prazo legal (art. 7º, IV, Lei nº 4717/65) apresentar resposta, sob pena dos efeitos processuais pertinentes.

Nos termos do art. 7º, I, alínea "a" da Lei n.º 4717/65, intime-se o representante do Ministério Público

Sirva-se de cópia desta decisão como mandado.

Intime-se. Cumpra-se.



Documento assinado eletronicamente por **FREDERICO PAIVA BANDEIRA DE SOUZA**, Matrícula **352447**.
Para confirmar a validade deste documento, acesse: https://eproc1.tjto.jus.br/eprocV2_prod_1grau/externo_controlador.php?acao=valida_documento_consultar e digite o Código Verificador **322e854ea9**

Palmas, data certificada pelo sistema.

FREDERICO PAIVA BANDEIRA DE SOUZA
Juiz(a) de Direito
Em substituição automática na 4ª VFFRP



Documento assinado eletronicamente por **FREDERICO PAIVA BANDEIRA DE SOUZA**, Matrícula **352447**.
Para confirmar a validade deste documento, acesse: https://eproc1.tjto.jus.br/eprocV2_prod_1grau/externo_controlador.php?acao=valida_documento_consultar e digite o Código Verificador **322e854ea9**