



Nº DO DOCUMENTO
9559028
Nº DO AUTO
2086 129321 43

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE PETROLINA-PE



O Ministério Público do Estado de Pernambuco, ora representado pela Promotora de Justiça que ao final subscreve, legitimada pelo artigo 129, II e III, da Constituição Federal; artigo 25, inciso IV, "a", da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); artigo 1º, inciso II, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e com fulcro na Lei nº 8.078/90, tendo em vista o apurado no incluso Inquérito Civil nº 8569631, a cujas peças se reporta, vem ajuizar a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSUMEIRISTA, com pedido de **TUTELA DE URGÊNCIA** e de condenação a obrigação de fazer

em face da **COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO - CELPE**, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 10.835.932.0001-08, com sede à Avenida João de Barros, 111, Boa Vista, Recife-PE, pelas razões a seguir expostas.

Avenida Fernando Góes, n. 625, Centro, Petrolina/PE,
CEP 56.304-020 - Tel (87) 3862-2244



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

I - DOS FATOS

Aportou no Ministério Público de Pernambuco notícia segundo a qual, na composição do valor devido pelo consumo de energia elétrica, estariam os consumidores submetidos a cobranças possivelmente indevidas, pela CELPE - Companhia Energética de Pernambuco, em razão da inclusão da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) e TUST - (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) na base de cálculo do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços -ICMS. Ademais, ao longo do procedimento, expandiu-se seu objeto a fim de contemplar, ainda, a problemática da inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Considerando-se que a discussão acerca da contemplação, na base de cálculo do ICMS das denominadas TUSD e TUST, constitui temática analisada na sistemática dos recursos repetitivos, a saber, : o REsp 1.692.023, o REsp 1.699.851 e o EREsp 1.163.020, implicando-se na suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos que tratem da questão em todo o território nacional., o tema da presente ação civil pública restringe-se à inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Nesse diapasão, no curso do procedimento, especialmente no bojo do Parecer Técnico-Contábil nº 801/2018-P (fls. 82/84 dos autos apensos), constatou-se que, na metodologia adotada pela CELPE - Companhia Energética de Pernambuco, utiliza-se fórmula na qual



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

todos os tributos são incidentes sobre o quantum relativo à geração de energia, transmissão, distribuição, encargos setoriais e, inclusive, sobre os próprios tributos.



Nesse contexto, resta evidenciado que, além da cobrança de tributos sobre as multicitadas TUST e TUSD, a companhia ainda inclui cálculo do PIS e da COFINS no valor do ICMS, em afronta à recente decisão do STF, dotada de repercussão geral.

Inexistem dúvidas, portanto, de que a cobrança ora impugnada é desarrazoada e imotivada, causa enriquecimento ilícito para a ré. A uma, porque amplia ilegalmente a base de incidência do ICMS a ser recolhido em favor do ente estatal. A duas, porque desonera a concessionária ré de um encargo que deveria ser seu.

Outrossim, possível constatar-se que a cobrança em questão constitui vantagem manifestamente excessiva por parte da ré, ao arrepio do disposto no art. 39, V, do CDC.

Dessa maneira, a fim de se garantir a adoção de medidas assecuratórias dos direitos do consumidor, imperioso o ajuizamento da presente ação civil pública.

II – DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público configura parte legítima para ajuizar a presente ação civil pública, destinada à obrigação de exclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), na medida em que tal prática afronta jurisprudência consolidada do STF.

Avenida Fernando Góes, n. 625, Centro, Petrolina/PE,
CEP 56.304-020 - Tel (87) 3862-2244



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

Com efeito, considerando que a irregularidade constatada não é passível de solução individualizada, torna-se patente a necessidade da presente demanda, mesmo porque constatado o interesse social que justifica a atuação ministerial.

Cuida-se da necessidade de se resguardarem os princípios constitucionais da isonomia e do acesso à justiça, mediante a garantia do tratamento isonômico para todos aqueles indivíduos que se encontram em situação jurídica idêntica.

Cumprе notar que a questão levada ao Judiciário nesta demanda possui natureza *sui generis*, posto que não pleiteia a análise de direito material tributário e nem veicula a pretensão de controle de constitucionalidade de normas, mas, pura e simplesmente, pretende obstar a causa de violação a direito coletivo.

Sob essa perspectiva, elucidativa a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece à soma dos interesses múltiplos dos contribuintes o interesse transindividual que incumbe ao *Parquet* defender:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE LIMPEZA URBANA. DIREITOS DE CONTRIBUÍNTES. É lícita a arguição incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de ação civil pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de „prejudicial“, sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF. Deveras, o MP, por força do artigo 129, III da Constituição Federal de 1988, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA



direitos dos contribuintes de taxas de limpeza urbana, ainda que por ação civil pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é erga omnes ou ultra partes. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo. Recurso Especial a que se nega provimento”

(REsp nº 478.944/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – PRIMEIRA TURMA, Julgamento: 02/09/2003).

NIGRO MAZZILI¹:
Ainda no mesmo sentido, a doutrina de HUGO

“Dependendo de como seja formulado o pedido na ação civil pública ou coletiva, de fato poderão elas não se prestar à defesa transindividual do contribuinte. Como já antecipamos no tópico anterior, se em tais ações se pretender, pura e simplesmente, fazê-las substituir uma ação direta de inconstitucionalidade, então, com certeza, não serão elas o meio processual adequado para a defesa do interesse pretendido. Contudo, se uma classe, grupo ou categoria de pessoas está sofrendo um lançamento tributário indevido e um dos co-legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva quer atacar essa relação jurídica, não com efeitos erga omnes, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria atendida, ou quer a repetição do tributo que indevidamente foi recolhido, não há como negar o caráter coletivo, lato sensu, do interesse pretendido, nem sua possibilidade de defesa por meio da ação civil pública”

¹ MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 12 Ed. São Paulo: Saraiva, p. 116/117.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

Em suma, a presente ação civil pública não está sendo ajuizada para proteger direito individual de determinado contribuinte, nem para que se declare a inconstitucionalidade de norma, mas com o fito de defender o interesse mais amplo de todos os cidadãos do Estado de Pernambuco, enquanto consumidores do serviço público de distribuição de energia elétrica.

III - DO DIREITO

III.1 - DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO, NO CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, DO VALOR DO ICMS

É certo que constituindo o faturamento a base de cálculo do PIS e da COFINS, nos moldes da Lei nº 9.718/98, é associado à receita bruta, que corresponde exclusivamente à receita operacional da pessoa jurídica, no bojo da qual não se há de incluir o ICMS:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Para o contribuinte, o ICMS representa custo na formação do preço da mercadoria e o valor é imediatamente repassado ao fisco, de modo que o valor apenas temporariamente permanece em seus cofres, razão pela qual não compõe sua receita ou faturamento, pois representa mero ingresso financeiro.

Por essa razão, o faturamento, enquanto somatório da receita obtida com a venda de mercadorias ou a prestação de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA



serviços, não contempla parcelas que escapam à sua estrutura, quadro este que ocorreria se o ICMS fosse incluído na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, posto que os valores do ICMS, como anteriormente referido, não constituem patrimônio/riqueza do contribuinte mas ônus fiscal ao qual está sujeito.

Assim, cumpre aduzir que, no caso presente, os valores de ICMS constantes nas faturas, pagas pelos consumidores do serviço de distribuição de energia elétrica, até o momento presente, devem ser repassados ao fisco pela CELPE - Companhia Energética de Pernambuco. Ocorre, porém, que o referido *quantum* não constitui receita bruta ou faturamento, razão pela qual sobre ele não seria devida a incidência de PIS e Cofins.

Nesse sentido, no bojo do Recurso Extraordinário nº 574706, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. *In verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(STF, RE 574706/PR, Relatora: Min. Carmem Lúcia, Julgado em: 15.03.2017)

Em síntese, portanto, constata-se que, na compreensão do STF, o valor pago de ICMS pela concessionária e repassado ao consumidor não pode ser considerado faturamento, por isso o PIS e a Cofins devem incidir apenas sobre o valor efetivamente faturado pela concessionária com a venda de seus serviços.

Por tal razão, forçosa a exclusão, na fatura a ser paga pelo consumidor, dos valores correspondentes à incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de se configurar o enriquecimento ilícito da concessionária, a qual não precisará mais repassar os respectivos valores ao fisco.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA



Dito de outro modo, patente a ilegalidade e abusividade da cobrança a maior na composição do consumo, arcada pelos consumidores, cujo excedente se deve à inclusão do valor do ICMS no cálculo do PIS e da CONFINS.

III.1 – DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Cumprе destacar que a conduta ilícita dos demandados afronta os dispositivos do CDC, em especial o teor do art. 39, V, uma vez que exigem, dos consumidores, vantagem desproporcional:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Art. 51

(...)

§ 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

(...)

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares.”

De maneira tal, *in casu*, tem sido o consumidor excessivamente onerado, na medida em que valores que não configuram efetivamente faturamento da concessionária tem integrado os cálculos de PIS e COFINS e até o momento, são repassados ao consumidor no bojo das faturas mensais, conforme expressam os quadros exemplificativos infra:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

Quadro 1 - Composição do Consumo

COMPOSIÇÃO DO CONSUMO	
Geração de energia	R\$ 26,38
Transmissão (TUST)	R\$ 1,72
Distribuição Celpe (TUSD)	R\$ 19,07
Encargos setoriais	R\$ 2,20
Tributos	R\$ 14,35

Quadro 2 - Detalhamento da Tributação

DETALHAMENTO DA TRIBUTAÇÃO			
Tributos	Base de Cálculo	Alíquota	Valor
ICMS	R\$ 63,72	17,00%	R\$ 10,83
PIS	R\$ 63,72	0,99%	R\$ 0,63
COFINS	R\$ 63,72	4,54%	R\$ 2,89

Conforme demonstrado nos quadros 1 e 2, observa-se que a base de cálculo do ICMS e demais tributos é R\$ 63,72 (sessenta e três reais e setenta e dois centavos) e que este montante é composto pelos seguintes valores: 1) geração de energia, 2) da TUST, 3) da TUSD 4) dos encargos setoriais e 5) dos próprios tributos.

Na metodologia adotada pela CELPE percebe-se que esta utiliza uma fórmula onde todos os tributos são incidentes sobre todos os valores descritos no Quadro 1, inclusive os próprios tributos, razão pela qual se pode concluir que a CELPE inclui, igualmente, na base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS, contrariando a recente o multicitado entendimento do STF.

De outro giro, a ilegalidade e abusividade da conduta há de ser reconhecida, dado que se transfere ao consumidor valores que sequer deveriam ser pagos pela concessionária, porquanto,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA



conforme reiteradamente referido, a arrecadação de ICMS não constitui faturamento passível de incidência de PIS e COFINS.

Assim sendo, tal prática viola o art. 4º do CDC, no que tange à política de consumo:

Art. 4º. A Política de Relação de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor; (...)
- VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo.

Nessa toada, deve a ré excluir dos valores devidos pelos consumidores *quantum* correspondente à incidência de PIS e COFINS sobre os valores arrecadados pela concessionária a título de ICMS.

IV – DO RESPEITO AOS PRECEDENTES

O atual Código de Processo Civil possui um capítulo dedicado aos precedentes judiciais, no corpo do qual salienta:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O legislador pátrio, ao definir, pois, a vinculação aos precedentes dos tribunais superiores, adotou uma cultura de valorização destes, determinando o dever de publicidade dos entendimentos consolidados e disciplinando seus procedimentos de modificação, criando novos paradigmas para balizar os julgamentos, aplicados ao caso concreto, quando as situações forem semelhantes.

Desta forma, os precedentes são formatados pelos Tribunais, vinculando os demais órgãos, obstando recursos, ou persuadindo em um sentido preestabelecido, com vistas, principalmente, à segurança jurídica e a previsibilidade do resultado perseguido.

Nesse contexto, é claramente aplicável a "Teoria dos Precedentes", que previne que os juízes de primeiro grau ou os tribunais de segundo grau de jurisdição decidam contrariamente aos tribunais superiores só para terem suas decisões reformadas posteriormente, num desperdício de tempo e recursos.

V – DA TUTELA DE URGÊNCIA

Assevera o art. 300 do Código de Processo Civil:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA



direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

No caso em debate, é flagrante a ilegalidade da conduta da CELPE, ao exigir dos seus consumidores valores correspondentes à incidência de PIS e COFINS sobre as quantias arrecadadas pela concessionária a título de ICMS.

Nesses moldes, necessária se faz a concessão da tutela de urgência, liminarmente, como forma de se evitar a perpetuação da conduta da ré, lesiva aos consumidores, já que, no caso em tela, configurada a situação de desvantagem experimentada pelos usuários do serviço público em comento que continuam a pagar, mensalmente, um valor maior que o devido, não obstante a existência de acórdão do STF que legitima a exclusão da referida quantia.

É sabido que o julgamento definitivo da pretensão só pode ocorrer depois de percorrido o regular caminho procedimental. Contudo, à inexistência de medida imediata os usuários do serviço público de energia elétrica continuarão a ser submetidos ao pagamento mensal de valores indevidos, sem que disso possam escapar.

IV – DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer o Ministério Público do Estado de Pernambuco, INAUDITA ALTERA PARS:

Avenida Fernando Góes, n. 625, Centro, Petrolina/PE,
CEP 56.304-020 - Tel (87) 3862-2244



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA

a) a concessão da tutela de urgência, liminarmente, em face dos fatos já apontados e do *periculum in mora* que se configura no presente caso, a fim de que a ré seja compelida a deixar de repassar, nas faturas de energia elétrica devidas pelos consumidores, valores correspondentes a abrangência do ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS;

b) imposição, em caso de descumprimento do provimento a ser deferido, de multa cominatória à razão de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia, valor a ser revertido para um dos Fundos de Reparação dos Direitos Difusos de que cuida o art. 13 da Lei 7.347/85.

A título de pedidos principais, por outro lado, requer-se:

a) que, após apreciado e deferido, seja julgado procedente, em caráter definitivo, o pedido liminar formulado a título de tutela de urgência antecipada, condenando-se a ré a deixar de repassar, nas faturas de energia elétrica devidas pelos consumidores, valores correspondentes a abrangência do ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS;

c) a citação da ré, a fim de que apresente contestação, sob pena de revelia;

d) que seja condenada a ré ao pagamento de ônus da sucumbência, incluindo os honorários advocatícios.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DA CIDADANIA DE PETROLINA



Nos termos dos artigos 319, VII c/c 334, §5º do Código de Processo Civil, o autor, desde já, manifesta, pela natureza do litígio, seu desinteresse em autocomposição.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do artigo 319, incisos VI do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis, sem prejuízo da inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Dá-se à causa o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), para fins meramente fiscais.

Pede deferimento.

Petrolina, 10 de agosto de 2018.

ANA CLÁUDIA DE SENA CARVALHO
Promotora de Justiça

