

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ICMS - REPARTIÇÃO  
DA RECEITA TRIBUTÁRIA - MUNICÍPIOS - VALOR ADICIONADO FISCAL - LEI ESTADUAL  
13.803/2000 - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 158, IV, E  
PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Suscitante. Afetação à Corte Superior. Reserva de plenário. Relevância. Conhecimento. Lei Estadual 13.803/00. Art. 3º, §§ 1º e 2º, incisos I e II. Repartição de ICMS. Valor Adicionado Fiscal. Inconstitucionalidade reconhecida. Precedentes. Incidente acolhido.**

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.06.447437-2/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Estado de Minas Gerais - Requerida: Corte Superior do TJMG - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

#### Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER O INCIDENTE.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007. -  
Cláudio Costa - Relator.

#### Notas taquigráficas

O Sr. Des. Cláudio Costa - Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 432.954-9 (f. 170/172), ao argumento de violação ao princípio da reserva de plenário por este Tribunal no julgamento do mandado de segurança impetrado pelo Município de Cachoeira Dourada contra ato do Secretário da Fazenda de Minas Gerais (f. 120/129), cujo acórdão afastou a aplicação da Lei Estadual nº 13.893/00, com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

O STF deu provimento ao recurso extraordinário (f. 170/172), com base no art. 557, § 1º - A, do CPC, por decisão do Ministro Gilmar Mendes, que fundamenta que a declaração de inconstitucionalidade só pode ser feita pela Corte Superior deste TJMG, pelo que determinou o "... retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a fim de que o pleito seja submetido ao órgão competente".

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 201/209, levantando preliminar pela rejeição do incidente, ao argumento de que o princípio da reserva de plenário vai de encon-

tro ao sistema de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, que asseguraria a qualquer juiz ou tribunal e aos órgãos fracionários dizer sobre a inconstitucionalidade no caso concreto.

No mérito, no entanto, opinou pelo acolhimento do incidente.

Com efeito.

Ao contrário da tese esgrimida pela Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do incidente por verificar que, efetivamente, os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial, nos termos dos arts. 97 da CF, e 481, parágrafo único, do CPC.

Rejeito a preliminar.

Tenho, por outro lado, de reconhecer a relevância da argüição para realizar, de forma concentrada, o controle de constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.803/00, mesmo porque as ações diretas ajuizadas perante esta Corte - como noticiado na certidão do Cafes (f. 237) - não chegaram ao julgamento do mérito.

Daí que conheço do incidente.

De fato, o tema debatido não é novo neste Tribunal, pelo que me filio à corrente que entende inconstitucional a lei estadual que busca disciplinar a partilha do ICMS nas operações resultantes da produção e venda de energia elétrica entre os municípios cujos territórios são parcialmente alagados pelos reservatórios de água.

Dispõe o art. 3º da Lei nº 13.803/00:

Art. 3º - Para se estabelecer o valor adicionado relativo à produção e à circulação de mercadorias e à prestação de serviços tributados pelo ICMS, quando o estabelecimento do contribuinte do imposto se estender pelos territórios de mais de um município, a apuração do valor adicionado será feita proporcionalmente, mediante acordo celebrado entre os municípios envolvidos e homologado pela Secretaria de Estado da Fazenda.

§ 1º - Com relação às operações de circulação de energia elétrica, entendem-se como estabelecimento de usina hidrelétrica as áreas ocupadas pelo reservatório de água destinado à geração de energia, pela barragem e suas comportas, pelo vertedouro, pelos condutos forçados, pela casa de máquinas e pela subestação elevatória.

§ 2º - O valor adicionado relativo a usina hidrelétrica cujo estabelecimento ocupe território de mais de um município será creditado conforme os seguintes critérios:

I - 50% (cinquenta por cento) ao município onde se localizarem a barragem e suas comportas, o vertedouro, os condutos forçados, a casa de máquinas e a estação elevatória e, no caso de um ou alguns desses componentes se situarem em território de mais de um município, o percentual será dividido em tantas partes iguais quantos forem os municípios envolvidos, a cada qual se atribuindo uma delas;

II - 50% (cinquenta por cento) aos demais municípios, ao município sede a que se refere o inciso I inclusive, respeitada a proporção entre a área do reservatório localizada em território do Estado e a localizada em cada município, de acordo com o levantamento da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel -, sem prejuízo de termo de acordo a ser celebrado entre os municípios.

Verifica-se a inconstitucionalidade dos dispositivos destacados ao confrontá-los com o art. 158, IV, parágrafo único e inciso I, da CF/88, que estabelece pertencer aos municípios vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do ICMS, sendo que, desse percentual, três quartos, no mínimo, serão creditados ao município onde tiver ocorrido o aludido “valor adicionado”.

Esse “valor adicionado” é como se fosse

um “pagamento” que o município recebe por fomentar, em seu território, a circulação da mercadoria.

Diante disso, se mostra inconstitucional a lei estadual que dispõe de forma diversa daquela contida no texto constitucional.

A propósito:

Tributário e financeiro. Mandado de segurança. Energia elétrica. Repartição do ICMS. Valor Adicionado Fiscal (VAF). Critério territorial. Local do fato gerador do imposto. Município sede da usina hidrelétrica. Compensação aos municípios inundados, formadores do complexo de águas, através de royalties.

- 1. O fato gerador do ICMS é a saída do estabelecimento produtor da energia elétrica, e não a formação do lago.

- 2. A utilização de água situada em município diverso daquele em que está a sede do estabelecimento onde ocorre a operação tributária não confere direito à participação no ICMS a outra unidade da federação.

- 3. É inconfundível a geração de energia elétrica com a reserva de água, eis que esta, represada, não revela fato econômico na órbita tributária.

- 4. A compensação aos municípios inundados, pela perda de seus territórios, é feita através de royalties. Precedentes.

- 5. Recurso especial conhecido, a que se negou provimento (STJ, 1ª T., REsp nº 401.998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24.03.2003).

E ainda:

ICMS. Geração de energia. Local do fato gerador. Compensação.

- O fato gerador é a saída do estabelecimento produtor de energia elétrica, e não de formação do lago. A compensação aos Municípios, pela perda de seus territórios, é feita através de royalties.

- É inconfundível a usina geradora de energia elétrica com o reservatório de água. Recurso provido (STJ, 1ª T., MS nº 5.823-9/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 04.09.1995).

Neste Tribunal, o precedente de relatoria do Des. Pinheiro Lago, no MS nº 1.0000.00.194558-

3/000, reportando-se à legislação estadual do mesmo teor da aqui discutida, assim consignou:

Dessarte, como no caso em tela o ora impetrante configura-se como município-sede da Usina Hidrelétrica de Itumbiara, a Resolução nº 3.057/2000, baixada pelo Estado de Minas Gerais, está a lhe ferir direito líquido e certo, amparado por nossa Carta Magna, Constituição Estadual, bem como Lei Complementar nº 63/90. Com tais considerações, concedo a segurança pretendida, deixando de aplicar a Lei nº 12.423/96, que, acrescentando ao art. 3º da Lei nº 12.040/96 os §§ 1º e 2º, alterou o modo de cálculo dos índices do VAF, repercutindo na definição do montante do repasse de ICMS aos municípios mineiros, por considerá-la inconstitucional, pela via difusa, declarando ainda a ilegalidade da Resolução nº 3.057/00.

Em conseqüência, perde a eficácia a Resolução nº 3.217, de 27 de dezembro de 2001, porque baseada naqueles dispositivos da Lei Estadual cuja inconstitucionalidade ora se declara.

Pelo exposto, por constatar a patente divergência entre o teor da Lei Estadual nº 13.803/00, que estende a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água, e os critérios de repartição das receitas previstos no art. 158 da CF, hei por bem acolher o incidente para declarar a inconstitucionalidade na Lei nº 13.803/00.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - (Ausente)

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Duarte de Paula - De acordo.

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Tenho lembrança de que já foi apreciada ação direta de inconstitucionalidade de matéria absolutamente idêntica à dos autos em julgamento, em sessão realizada em 26.01.2001, de Relatoria do próprio Desembargador Cláudio Costa, Processo nº 1.0000.00.162276-0/000, oportunidade em que o art. 5º, § 3º, incisos I, II e III, da Resolução nº 2.901, de 16.03.1998, foi declarado *incidenter tantum*, incompatível com a Constituição da República, com publicação em 31.10.2001.

Não obstante, estou de acordo com o Relator ao acolher o presente incidente e declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.803/00.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - Sr. Presidente. Dou-me por suspeito para participar deste julgamento.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - De acordo com o Relator.

A Sr.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Márcia Milanez - De acordo.

A Sr.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos -  
De acordo.

Súmula - ACOLHERAM O INCIDENTE.

-:-:-

TJMG - Corte Superior