

16/05/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.423-4 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
REQUERENTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO  
REQUERIDO : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO  
ADVOGADO : CLAUDIO LUIS NEVES CASTELLANO  
ADVOGADO : ANTONIO SILVIO MAGALHÃES JUNIOR  
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA  
ADVOGADO : DIANA COELHO BARBOSA  
ADVOGADO : MARCELO DE CARVALHO  
ADVOGADO : JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREIJIDO

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PARTILHA DO PRODUTO ARRECADADO COM A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. OPERAÇÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. USINA. NORMA ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE O CÁLCULO DO VALOR AGREGADO (LEI 9.332/1995, DO ESTADO DE SÃO PAULO). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E 161, I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Viola a reserva de lei complementar federal, prevista no art. 161, I, da Constituição, norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado, para fins de partilha da arrecadação do ICMS, nos termos do art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Carta Magna.

Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.

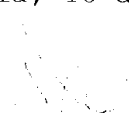
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a ação direta e deliberou dar ciência, ao



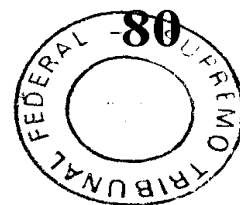
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da prejudicialidade da suspensão da representação de Inconstitucionalidade nº 31.819-0/0-Ilha Solteira, determinada quando do julgamento da cautelar nesta ação, tudo nos termos do voto do relator.

Brasília, 16 de maio de 2007.

  
JOAQUIM BARBOSA

-

Relator



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.423-4 SÃO PAULO

**RELATOR** : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**  
REQUERENTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO  
REQUERIDO : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO  
ADVOGADO : CLAUDIO LUIS NEVES CASTELLANO  
ADVOGADO : ANTONIO SILVIO MAGALHÃES JUNIOR  
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA  
ADVOGADO : DIANA COELHO BARBOSA  
ADVOGADO : MARCELO DE CARVALHO  
ADVOGADO : JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREIJIDO

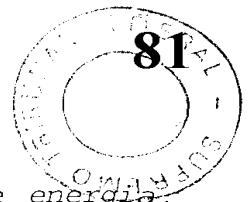
R E L A T Ó R I O

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator):** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo procurador-geral da República (art. 103, VI, da Constituição federal) contra o art. 1º, § 1º e § 2º, 1 e 2, e o art. 2º da Lei paulista 9.332, de 27.12.1995, a qual modifica os critérios para o cálculo do valor adicionado para fins de distribuição municipal dos valores arrecadados com o ICMS incidente nas operações de geração e distribuição de energia hidrelétrica.

Os dispositivos legais impugnados têm o seguinte teor:

"Artigo 1º - Ficam acrescentados ao artigo 1º da Lei nº 3.201, de 23 de dezembro de 1981, alterado pela Lei nº 8.510, de 29 de dezembro de 1993, os seguintes §§ 1º e 2º, renumerando-se os atuais §§ 1º e 2º para 3º e 4º e o atual § 3º para o 5º.

§ 1º - Para os efeitos do inciso I, com referência às operações relativas à circulação de energia elétrica, entende-se como estabelecimento de usina hidrelétrica as áreas compreendidas pelo



reservatório de água destinado à geração de energia, barragem e suas comportas, vertedouro, condutos forçados, casa de máquinas e subestação elevatória.

§ 2º - O valor adicionado, relativo a usina hidrelétrica cujo estabelecimento ocupe território de mais de um município, será atribuído nas condições e proporções a seguir indicadas:

1 - 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; no caso de um ou alguns desses componentes se situarem em território de mais de um município, este percentual será dividido em tantas partes iguais quantos forem os municípios envolvidos, a cada qual atribuindo-se uma delas;

2 - 50% (cinquenta por cento) aos demais municípios, proporcionalmente à área do reservatório, de acordo com levantamento elaborado pela Secretaria de Energia."

"Artigo 2º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1996."

Sustenta o requerente que a modificação do critério de participação dos municípios paulistas no produto da arrecadação do ICMS ofende o disposto nos arts. 158, IV, parágrafo único, I, e 160 da Constituição. Em suas palavras:

"Ao alterar o critério de participação dos Municípios no produto da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS - determinando que 50% (cinquenta por cento) do valor agregado relativo à geração de energia ficará nos Municípios onde ocorre o fato gerador, e os outros 50% (cinquenta por cento) serão atribuídos aos Municípios que tiveram áreas inundadas para formação dos reservatórios das usinas - a Lei nº 9.332/94 [sic] criou uma ficção, alargando o conceito de 'estabelecimento', de modo a abranger a usina e a área inundada pela formação do lago situado em território

de outros municípios onde não ocorre o fato gerador de ICMS (geração de energia elétrica).

.....  
E sabe-se que o fato gerador do ICMS é a produção e saída da energia elétrica.

.....  
[...] Há ofensa à Constituição Federal na medida em que a Lei Estadual pretende alterar o conceito de saída no sentido econômico - fato gerador do ICMS - criando conceito fictício de estabelecimento e violando a regra relativa à proporção do valor adicionado **nas prestações de serviços realizadas nos territórios de cada município** (vide, e.g., Recurso Extraordinário nº 94.613-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro OSCAR CORRÊA, in RTJ 113/1124)." (Fls. 03-09 - Grifo original)

Nas informações (fls. 287-326), o governador do estado afirma que "os reservatórios de água, as quedas d'água, a subestação elevadora, próxima à central de geração, e que transforma a energia dos alternadores à tensão de transmissão são partes do ORGANISMO GERADOR, qual seja, a USINA HIDRELÉTRICA" (fls. 296), para concluir que o aspecto espacial do fato gerador do ICMS, na geração e distribuição de energia elétrica, não se limita ao terminal em que se dá a saída física da carga, mas também engloba outros pontos do estabelecimento essenciais à produção.

A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, por seu turno, sustenta a impossibilidade de conhecimento da ação, dada a necessidade de exploração probatória das peculiaridades técnicas para que se fixe o conceito de "estabelecimento" para a geração e distribuição de energia (fls. 363). Quanto ao mérito,

sustenta que, por tratar-se de "imposto cuja competência é do Estado-membro (ICMS), é lícito ao Estado de São Paulo editar norma sobre repartição de receitas onde o conceito de estabelecimento produtor de energia elétrica para o fim de fixar o local de saída da mercadoria, seja compreendido dessa forma (abrangendo a área do reservatório)" (fls. 366).

Na defesa apresentada a fls. 446-460, o advogado-geral da União reitera as informações prestadas pelo governador e pela Assembléia Legislativa do estado de São Paulo.

Destaca-se, na manifestação da Advocacia-Geral da União, o entendimento de que a existência de outras normas impositoras da compensação aos municípios que tenham tido parte do território inundado para construção das usinas não afasta a obrigatoriedade da adequada repartição da receita gerada pela cobrança do ICMS. A aplicabilidade conjunta encontraria justificativa na diferença entre as índoles das transferências: enquanto uma se funda em indenização, a outra decorre de determinação constitucional financeira (fls. 446-460).

O procurador-geral da República opina pela procedência do pedido, reconhecendo a ofensa ao art. 155, XII, d, e ao art. 160, ambos da Constituição federal de 1988. Em suas palavras:

"11. Não poderia, pois, o legislador ordinário, ante a rigidez do sistema tributário definido na Carta Magna, alargar o conceito de 'estabelecimento' de modo a abranger a usina e a área

inundada pela formação do lago situado em territórios de outros municípios onde não ocorre a hipótese de incidência do ICMS, no caso a circulação, ou tecnicamente falando, a geração de energia elétrica" (Fls. 485).

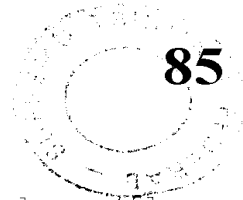
Por ocasião do julgamento da medida cautelar requerida, o Pleno suspendeu a eficácia da lei em exame. O acórdão foi assim ementado:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Lei nº 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo.

- Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação 425.

- Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do autor, bem como de conveniência da concessão da cautelar. Suspenso o curso da ação direta de inconstitucionalidade nº 31.819 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defere-se o pedido de liminar para suspender, ex nunc e até decisão final, a eficácia da Lei nº 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo."

A Corte também deliberou sobre requerimento apresentado pelo governador do estado de São Paulo para depósito



das quantias controvertidas (fls. 410-414), indeferindo-o (fls. 436-443). Novo requerimento foi apresentado a fls. 488-494.

É o relatório. Distribuem-se, oportunamente, cópias aos senhores ministros.



16/05/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.423-4 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Nos termos do art. 158, IV, parágrafo único, I, da Constituição, a participação dos municípios em três quartos de vinte e cinco por cento do produto arrecadado com a cobrança de ICMS deve ser calculada *"na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizadas em seus territórios"*.

O conceito de valor adicionado, por sua vez, deve ser definido em lei complementar, como determina o art. 161, I, da Constituição. Atualmente, esse conceito é determinado pelo art. 3º, § 1º, da Lei Complementar federal 63/1990.

Assim, conquanto os estados federados tenham competência para legislar concorrentemente sobre matéria financeira (art. 24, I), a legislação local destinada a dar concreção à partilha da receita arrecadada nos termos do art. 158, IV, parágrafo único, I, da Constituição não deverá dispor sobre a conceituação e definição legal da expressão "valor adicionado".

Contrariamente ao disposto no art. 161, I, da Constituição, a Lei estadual 9.332/1995 opta por metodologia e critérios próprios para a repartição das receitas previstas no art. 158, IV, parágrafo único, I, da Constituição. Tais critérios manifestam-se na fórmula que determina o cálculo do valor adicionado na operação de geração e distribuição de energia elétrica com base em frações fixas, relativas aos territórios em que se encontram dois tipos de instalações de uma mesma usina hidrelétrica, quais sejam: (i) o reservatório de água e (ii) as demais instalações.

Transcrevo alguns precedentes do Pleno sobre a matéria:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. REPARTIÇÃO DO ICMS. ART. 158, IV E 161, I, DA CF/88. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. USINA HIDRELÉTRICA. RESERVATÓRIO. ÁREAS ALAGADAS.

1. Hidrelétrica cujo reservatório de água se estende por diversos municípios. Ato do Secretário de Fazenda que dividiu a receita do ICMS devida aos municípios pelo 'valor adicionado' apurado de modo proporcional às áreas comprometidas dos municípios alagados.

2. Inconstitucionalidade formal do ato normativo estadual que disciplina o 'valor adicionado'. Matéria reservada à lei complementar federal. Precedentes.

3. Estender a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água representa a modificação dos critérios de repartição das receitas previstos no art. 158 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Precedentes.

4. Na forma do artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, a reparação dos prejuízos

decorrentes do alagamento de áreas para a construção de hidrelétricas deve ser feita mediante participação ou compensação financeira. Recurso extraordinário conhecido e improvido." (RE 253.906, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.02.2005)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA AD REFERENDUM. IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA OS §§ 1º, 2º E 3º DO ART. 17 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 157, DE 20 DE JANEIRO DE 2004 E EM FACE DE TODA A LEI COMPLEMENTAR Nº 158, DE 29 DE JANEIRO DE 2004, AMBAS DO ESTADO DO MATO GROSSO. VIOLAÇÃO AO INCISO I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 158 C/C O ART. 161, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

- Reconhece-se plausibilidade da tese sustentada na inicial, uma vez que, ao disciplinar os índices de participação dos Municípios de Mato Grosso no produto da arrecadação do ICMS, as leis impugnadas nesta ação direta de inconstitucionalidade laboraram no campo normativo reservado à lei complementar federal.

- Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal." (ADI 3.262, rel. min. Carlos Britto, DJ 04.03.2005)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES. LEI ESTADUAL. ICMS. PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. CÁLCULO. VALOR ADICIONADO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL.

.....  
 .....

3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar (CF, artigo 161, I). Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar federal 63/90. Violação direta e imediata ao Texto Constitucional.

4. Cuidando-se de defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não

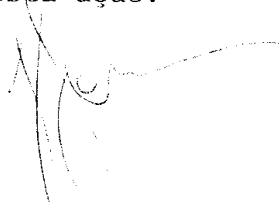
impugnados na inicial, impõe-se a aplicação da teoria da inconstitucionalidade consequencial.

5. Parcela relativa a um quarto da participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF, artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afronta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia. Ação procedente em parte." (ADI 2.728, rel. min. Maurício Corrêa, DJ 20.02.2004)

Do exposto, **julgo procedente** esta ação direta, para declarar a **inconstitucionalidade da Lei 9.332/1995 do estado de São Paulo**, por violação do art. 161, I, da Constituição.

Dê-se ciência, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da suspensão da Representação de Inconstitucionalidade 31.819-0/0 - Ilha Solteira, quando do julgamento da cautelar nesta ação.

É como voto.



## PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.423-4**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA**

REQTE.: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.: CLAUDIO LUIS NEVES CASTELLANO

ADV.: ANTONIO SILVIO MAGALHÃES JUNIOR

ADV.: CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA

ADV.: DIANA COELHO BARBOSA

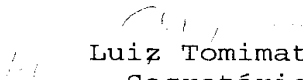
ADV.: MARCELO DE CARVALHO

ADV.: JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREIJIDO

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta e deliberou dar ciência, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da prejudicialidade da suspensão da Representação de Inconstitucionalidade n° 31.819-0/0-Ilha Solteira, determinada quando do julgamento da cautelar nesta ação, tudo nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Eros Grau. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 16.05.2007.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

  
Luiz Tomimatsu  
Secretário