



Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Secretaria Judiciária
Palácio da Justiça Tobias Barreto de Menezes, Praça Fausto Cardoso, 112 - Centro

ACÓRDÃO

Dados do Processo

| | | | |
|---------------------------------|---|---|---|
| Número 202200133074 | Classe Mandado de Segurança Cível | Competência Gabinete Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima | Ofício Escrivania da Câmara Criminal e Tribunal Pleno |
| Julgamento 26/04/2023 | Situação JULGADO | Distribuído Em: 16/09/2022 | |

Dados da Parte

| | | |
|-------------|--|--|
| Impetrante | MUNICIPIO DE ITAPORANGA D AJUDA | Advogado: CRISTIANO PINHEIRO BARRETO - 3656/SE |
| Impetrado | PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIP | Advogado: BIANCA TAVARES DE ANDRADE RIBEIRO - 10153/SE |
| Interessado | ESTADO DE SERGIPE 13128798000101 | Advogado: RODRIGO CASTELLI - 661-A/SE |

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

| | | |
|-----------------------|--|---|
| ACÓRDÃO: | 202313805 | |
| RECURSO: | Mandado de Segurança Cível | |
| PROCESSO: | 202200133074 | |
| JUIZ(A) CONVOCADO(A): | SUYENE BARRETO SEIXAS DE SANTANA | |
| IMPETRANTE: | MUNICIPIO DE ITAPORANGA D AJUDA | Advogado: CRISTIANO PINHEIRO BARRETO |
| IMPETRADO: | PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIP | Advogado: BIANCA TAVARES DE ANDRADE RIBEIRO |
| INTERESSADO: | ESTADO DE SERGIPE | |

EMENTA

**MANDADO DE SEGURANÇ
- CONSTITUCIONAL
TRIBUTÁRIO - IMPOST
SOBRE CIRCULAÇÃO E
MERCADORIAS
SERVIÇOS (ICMS)
ARTIGO 155, II DA CF
VALOR ADICIONAD
FISCAL (VAF) - ARTIG
161, I DA CF - QUESTÃ
DE ORDEM - INCIDENTE
DE ARGUIÇÃO E
INCONSTITUCIONALIDADE
- DESNECESSIDADE N
CASO CONCRETO
TRIBUNAL PLENO Q
ATENDE A CLÁUSULA E
RESERVA DE PLENÁRIO
REJEIÇÃO - QUESTÃ
PREJUDICIAL
REPARTIÇÃO
CONSTITUCIONAL DA
RECEITAS TRIBUTÁRIAS
INTELIGÊNCIA DO ARTIG
158, IV C/C P.U., II DA C
C/C LC Nº 63/1990 - AT
DELIBERATIVO Nº
1.004/2022 DO TCE/SE
CALCULAR E FISCALIZA
AS QUOTAS DO VAF D
ICMS - FUNDAMENTO NC
ARTIGOS 68 E 143 DA C
C/C ARTIGO 1º, XI DA LC
Nº 205/2011 - AT
NORMATIVO DA CORTE E
CONTAS ESTADUAL Q
MODIFICA OS CRITÉRIC
DO CÁLCULO DO VA
ENVIADOS PEL
SECRETARIA DE ESTAD
DA FAZENDA - AFRONT**

AOS PRINCÍPIOS DE SEPARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS PODERES - OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 2º DA CF INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 143, §2º DA CE, BEM COMO DO ARTIGO 1º, INCISO XI DA LCE Nº 205/2011, ESTA ÚLTIMA COM REDUÇÃO DE TEXTO DO VOCÁBULO "CALCULAR" PRECEDENTE DO STF, POR MEIO DA ADI Nº 825/AP MÉRITO - NULIDADE DO ATO DELIBERATIVO Nº 1.004/2022 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DECISÃO JUDICIAL LIMINAR QUE DETERMINA O RECÁLCULO DO VAF DE ICMS RESTRITA DETERMINADO MUNICÍPIO, SEM REFLEXO NAS QUOTAS DOS DEMAIS MUNICÍPIOS SERGIPANOS - REPASSE DAS QUOTAS DO VAF DE ICMS DEVIDAS AOS MUNICÍPIOS SERGIPANOS CREDITADO CONFORME DADOS E INFORMAÇÕES DISPONIBILIZADAS PELA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO PARA O ANO 2022.

DISPOSITIVO:
DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 143, §2º DA CE, BEM COMO DO ARTIGO 1º, INCISO XI DA LCE Nº 205/2011, ESTA ÚLTIMA COM REDUÇÃO DE TEXTO NULIDADE DO ATO NORMATIVO Nº 1.004/2022 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO CONCESSÃO PARCIAL DE SEGURANÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em sua composição plenária, por maioria, **conceder parcialmente a Segurança** pleiteada, em conformidade com relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 26 de Abril de 2023.

DRA. SUYENE BARRETO SEIXAS DE SANTANA
JUIZ(A) CONVOCADO(A)

RELATÓRIO

Adoto o relatório do Relator Originário:

"Mandado de Segurança nº 202200133074, impetrado pelo MUNICÍPIO DE ITAPORANGA D'AJUDA.

Foram impetrados vários Mandados de Segurança (nºs. 202200133062, 202200133062, 202200133072, 202200133071, 202200134548 e 202200133074) por Municípios do Estado de Sergipe contra ato do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIP consubstanciado no Ato Deliberativo nº 1.004/2022, daquela Corte Contábil, que, segundo aduzer operou uma ilegal revisão dos critérios de apuração do índice VAF, para cálculo das cotas do ICM devidos aos Municípios sergipanos, relativas ao ano de 2021, tendo como referência o ano base 2020.

Dizem que que tal Ato é sucessor do Ato Deliberativo nº 1.001/2022, o qual adveio do Processo TC nº 006707/2021, e foi questionado em outro mandado de segurança que foi extinto sem apreciação e julgamento em mérito porque o novo ato revogou o anterior.

Que o novo Ato apenas modificou a forma da restituição imposta ao Impetrante, mantendo todos os outros vícios do Ato Deliberativo anterior, uma vez que a revisão e divisão do VAF do ICMS operou-se em descumprimento às normas e diretrizes estabelecidas pela SEFAZ/SE, invadindo a esfera de competência do Poder Executivo Estadual, a quem incumbe instituir e apurar tanto (i) as operações sujeitas à incidência do ICMS, como aquelas que (ii) devem repercutir na contabilização do VAF, cujos fatos geradores não se confundem com a materialidade do imposto.

Tecem várias considerações a respeito da competência da Corte de Contas para elaborar o Ato emanado da Decisão TC nº 22937, proferida pelo Pleno daquele Colegiado, que alterou os critérios de cálculo do VAF para repartição das receitas de ICMS aos Municípios de Sergipe, determinando a exclusão de algumas operações de (i) fornecimento de água potável e de (ii) transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, além de determinar a devolução do montante recebido em percentual superior até a edição do índice definitivo do VAF, em 30 parcelas.

Dizem que o TCE não apenas se imiscuiu, por invasão de competência, nas atribuições conferidas ao Poder Executivo de Sergipe, cabendo ao TCE tão somente o papel de fiscalizar os cálculos da SEFAZ, como também incidiu em equívoco ao desconsiderar atos que, conquanto não ensejem a cobrança do ICMS, se subsomem à hipótese de incidência do VAF.

Assim, tendo reordenado o quinhão cabível aos Municípios na arrecadação do ICMS, prejudicando diversos Entes, o TCE, também, findou por desprezar operações que se amoldam ao conceito de VAF.

Pediram liminar para suspender os efeitos decorrentes do Ato Deliberativo TCE nº 1004/2022 e determinar a aplicação dos índices provisórios previstos no Ato Deliberativo TCE nº 972/2021 e, em caráter final, a concessão da segurança para cassar o ato coator e determinar a emissão de novo ato deliberativo sobre os índices definitivos do Valor Adicionado Fiscal, desta vez com a observância das informações estabelecidas pela Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe e a Coordenador Jurídica do TCE/SE e incluindo no cômputo do VAF o fornecimento de água potável realizada pela DESO, SAAE, e as operações de entrada e saída por transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

A liminar foi indeferida e foram apresentados Embargos de Declaração nº 202200138985 que foram julgados improcedentes.

Vieram as informações do Estado de Sergipe (em 10/10/2022) onde o Estado indica a ausência de interesse econômico no critério de repartição das quotas devidas aos Municípios.

Informações do TCE prestadas em 11/10/2022 onde foi defendida a competência do Órgão para editar o ato combatido afirmando que o precedente do STF trazido pelo Impetrante para moldar o caso refere-se ao Estado do Amapá, tendo por efeito a Declaração de Inconstitucionalidade de norma da Constituição daquele Estado, não gerando efeito vinculante, nem afetando, por tabela, os demais entes federativos.

Sustenta que a Constituição do Estado de Sergipe, em duas passagens (68, XIII e art. 143, § 2º) testemunha ser encargo da Corte de Contas a fiscalização e o cálculo, respectivamente, da quota do ICM devida a cada Município e que a própria Lei Orgânica do TCE/SE, no art. 1º, inciso XI especificamente sobre a natureza, competência e jurisdição da Casa, replica a previsão constitucional.

local com relação ao poder/dever de calcular e fiscalizar o ICMS, bem como o art. 70 do Regimen Interno do TCE/SE, traz a previsão sobre a necessidade de elaboração de Ato Deliberativo para trat de índice provisório e definitivo de distribuição do ICMS.

Sustenta que na Ação Ordinária nº 201700701787, que correu na Justiça sergipana, foi firmado entendimento pela não incidência de ICMS sobre a água tratada, em razão da sua natureza essencial e que no que tange às transferências de mercadorias para outro estabelecimento, pertencente ao mesmo titular, tal tema é alvo da ADC/49 que tramita na Suprema Corte, a qual entende que as referidas transferências não configuram fato gerador da incidência de ICMS, sendo que o STJ pacificou o entendimento por via da Súmula 166:

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

Que na Apelação Cível nº 201700701787 foi publicado o Acórdão nº 201812600, que concluiu seguinte:

"Diante do exposto, verifica-se que o Plenário do Judiciário Estadual Sergipano determinou que o Estado de Sergipe promova o recálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras na distribuição da quota de ICMS, relativos aos últimos 05 anos, com exclusão dos valores correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, e, por consequência condenou ao pagamento das diferenças apuradas no mesmo período, com juros e correção monetária aplicáveis, conforme modulação dos efeitos das ADI nºs 4357 e 4425."

Pede a denegação da segurança.

A Procuradoria de Justiça opinou pela concessão parcial da Ordem.

É o relatório."

É o relatório.

VOTO
VOTO VENCEDOR

Trata-se de **Mandado de Segurança** impetrado pelo **Município de Campo do Brito/SE** em favor do **Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe**, sob a justificativa de que, no Ato Deliberativo nº 1.004/2022, o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe modificou os critérios de apuração do índice do VAF (Valor Adicional Fiscal), excluindo, indevidamente, valores relacionados ao fornecimento de água potável, como também valores referentes às transferências de mercadorias entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Em **Sessão Ordinária Híbrida do Tribunal Pleno**, datada de 30/11/2022, após sustentações orais das partes interessadas e considerando a complexidade da matéria, **pedi vista** dos autos para análise mais aprofundada do tema.

Considerando as matérias em discussão, passo a examiná-las separadamente.

1 – Questão de Ordem

De início, apesar de constar na certidão de julgamento do presente mandado de segurança, datada de 30/11/2022, a rejeição da abertura do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, à unanimidade, sabe-se que o pedido de vista da ação/recurso interrompe o julgamento, podendo o magistrado alterar ou retificar seu voto antes da proclamação do resultado final pelo órgão colegiado do Tribunal. Esse é o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES MAJORADO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, FINANCIAMENTO DO NARCOTRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO VOTO ANTES DA PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. ALEGAÇÃO DE INJUSTIFICADO EXCESSO DE PRAZO NÃO

INSTRUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PROCESSO COMPLEXO (10 ACUSADOS, DIVERSAS TESTEMUNHAS, E NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS). RAZOABILIDADE RECURSO IMPROVIDO. 1. Nos termos da orientação consolidada nesta Corte, nos julgamentos colegiados, antes de proclamado o resultado, é permitido, a qualquer de seus integrantes, alteração ou retificação de seu voto. Precedentes. 2. O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. 3. No caso, trata-se de processo referente a crime equiparado a hediondo, com dez acusados representados por 16 advogados distintos, inúmeras testemunhas, além da necessidade de expedição de cartas precatórias para diversas cidades, razão pela qual o prazo referente à medida cautelar extrema se torna mais elástico, em consonância com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. 4. Recurso improvido. (STJ - RHC: 118975 MG 2019/0302587-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2019).". Grifou-se

De igual modo, reza o artigo 941, §1º do Código de Processo Civil:

"Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído." Grifou-se

Do exposto, como o julgador pode alterar seu voto até o momento da proclamação do resultado pelo Presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído, divergi do e. Colegiado quanto à necessidade de instauração do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade para análise das normas estaduais em comento.

É que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a teoria da abstrativização no controle difuso, senão que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional, também produz eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, assim como ocorre no controle concentrado. Nesse sentido: [ADI 3406/RJ](#) e [ADI 3470/RJ](#), Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886).

Todavia, na presente sessão plenária, datada de 26/04/2023, após os debates sobre a questão de ordem levantada pela parte impetrante, revejo meu posicionamento e encampo a declaração de voto da desembargadora Iolanda Santos Guimarães, no tocante à desnecessidade de instauração do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, uma vez que o Tribunal Pleno é o órgão natural competente para analisar a constitucionalidade de dispositivos da Constituição Estadual ou legislação estadual, não havendo desobediência à cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal).

Peço licença para transcrever trecho do voto da desembargadora Iolanda Santos Guimarães que me convenceu a superar a questão de ordem:

"Acompanho parcialmente a divergência inaugurada pela Dra. Suyene Barreto Seixas de Santana divergindo de Sua Excelência tão apenas quanto à instauração de Incidente para a declaração de inconstitucionalidade.

É que o incidente desloca para o Órgão competente o exame da (in)constitucionalidade de um normativo em decorrência da previsão do art. 97 da CF/88.

Tratando-se este Plenário justamente do Órgão competente para tanto, desnecessária a instauração do incidente.

Assim sendo, **rejeito** a questão de ordem levantada pelo impetrante.

2 - Questão Prejudicial

A Constituição Federal (CF/88) adotou a federação como forma de Estado, possuindo os Entes Federativos autonomia fiscal para instituírem tributos dentro de sua competência tributária. É o que se extrai da inteligência dos artigos 1º e 18 da CF/88.

Dentre os impostos positivados na CF/88, consta o ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) de competência dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do artigo 155, inciso II, da CF/88.

Contudo, e com o objetivo de corrigir desequilíbrios fiscais entre a capacidade de tributar (obtenção de receitas) e as responsabilidades de cada Ente Federativo de prover as necessidades públicas (contrair despesas), a CF/88 dispõe de capítulo próprio relativo a repartição de receitas tributárias.

Nesse passo, o artigo 158, inciso IV e o Parágrafo Único, inciso I, do texto constitucional, esclarecem que aos Municípios cabem 25% (vinte e cinco) do produto da arrecadação do ICMS e sua repartição dar-se-á na proporção do "valor adicionado" nas operações relativas à circulação de mercadorias:

"(...)

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso I serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)*

II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020).* ". Grifou-se

Já no artigo 161, inciso I da CF/88, o legislador constitucional atribuiu à lei complementar definir "valor adicionado", com objetivo de repartição de receitas do produto de arrecadação de ICMS disposta no artigo 15 Parágrafo Único, inciso I, outrora mencionado:

Art. 161. Cabe à lei complementar:

I - definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

Com tal objetivo, a Presidência da República publicou a Lei Complementar nº 63/1990 (LC nº 63/90), que dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências.

Desse modo, a CF/88 e a LC nº 63/90 delinearão que 25% (vinte e cinco) do produto arrecadado de ICMS cabe aos Municípios, dos quais 65%, no mínimo, são repartidos na proporção do valor adicionado. Por oportuno frise-se que as regras constitucionais de repartição de competências anteriormente referidas foram reproduzidas na Constituição do Estado de Sergipe (artigos 143 e ss).

Retomando o caso concreto, o mandado de segurança em estudo impugna o Ato Deliberativo nº 1.004/2022, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, que excluiu no cálculo do índice do VAF os montantes correspondentes ao fornecimento de água potável, bem como os valores relacionados às transferências de mercadorias entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular. Vejamos o teor do ato combatido:

"ATO DELIBERATIVO Nº 1004/2022 DE 30 DE JUNHO DE 2022

Estabelece índices percentuais definitivos para fins de crédito, pelo Estado de Sergipe, das quotas de ICMS pertencentes aos Municípios, relativas ao ano 2022.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais regimentais, especialmente o inciso XI, art. 1º, da Lei Complementar Estadual nº 205, de 06 de julho de 2011, combinado com os arts. 3º e 4º da Lei Complementar Federal nº 6, de 11 de janeiro de 1990.

Considerando que os índices percentuais relativos às cotas de ICMS são estabelecidos por Ato Deliberativo de competência do Pleno deste Tribunal;

Considerando a Decisão Interlocutória TC nº 22937 PLENO, que determinou à SEFAZ o envio da Base de Cálculo das quotas de ICMS, Índices Definitivos, pagamento em 2022, com a Exclusão no cômputo do VAF de ICMS do fornecimento de água potável realizada pela DESO, SAAE e sobre as operações de entrada e saída por transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte;

Considerando o Relatório Preliminar (Relatório do processo de importação do ICMS Definitivo na base 2021) apresentado pela Comissão Técnica designada para apuração dos índices do ICMS devidos aos Municípios, para o exercício de 2022;

Considerando a Resolução TC nº 255 de 29 de julho de 2010, que altera a redação do § 1º do art. 1º da Resolução nº 175, de 15 de janeiro de 1996, transcritas nos Anexos X e XI. As empresas com VAF negativo não são utilizadas para o cálculo do índice;

Considerando a deliberação plenária ocorrida na Sessão do dia 30 de junho de 2022;

DELIBERA:

Art. 1º As parcelas pertencentes aos Municípios do Estado de Sergipe, referentes a ¾ (três quartos) dos 20% (vinte por cento) provenientes de créditos tributários remanescentes do extinto Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICM e dos 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações ICMS, no exercício de 2021, serão creditados, pelo Estado de Sergipe, aos respectivos Municípios, utilizando-se:

como base de cálculo os índices percentuais constantes do Anexo Único deste Ato, respeitado disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar Federal nº 63, de 11 de janeiro de 1990 Art. 2º O Banco do Estado de Sergipe S/A - BANESE, utilizando-se dos índices percentuais a que se refere o artigo anterior, entregará a cada Município, mediante crédito em conta individual, a parte que lhe pertencer, no prazo estabelecido no art. 5º da Lei Complementar Federal nº 63, de 11 de janeiro de 1990.

Art. 3º Fica estabelecido que a Secretaria de Estado da Fazenda deverá informar os índices definitivos, relativos ao ano 2022 à Secretaria do Tesouro Nacional e ajustar os repasses já realizados de janeiro/2022 a junho/2022 aos índices definitivos apurados por este Tribunal.

§1º A diferença apurada, a maior, deverá ser objeto de compensação período de 30 (trinta) meses.

§2º A diferença a menor, deverá ser deduzida no período disposto no §1º, ou seja, em 30 (trinta) meses, na parcela de maior valor de cada mês, iniciando-se em julho/2022.

Art. 4º O não cumprimento do disposto nos artigos anteriores sujeita o Estado, bem como o Banco do Estado de Sergipe S/A, às sanções previstas nos arts. 9º e 10º da Lei Complementar Federal nº 63 de 11 de janeiro de 1990.

Art. 5º Este Ato Deliberativo entra em vigor na data de sua publicação, ressalvada a modulação e produção de efeitos prevista no art. 3º.

Art. 6º Ficam revogadas as disposições em contrário.”. Grifou-se

A Constituição do Estado de Sergipe (CE/SE), em seu artigo 68, elenca as competências do Tribunal de Contas do Estado:

“Art. 68. A Assembleia Legislativa exercerá o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

V - fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado, mediante convênio, acordo ou outro instrumento análogo, a Município;

(...)

XIII - fiscalizar os cálculos das quotas do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, devidas aos Municípios; (...).” Grifou-se

Mais adiante, a CE/SE preceitua:

“**Art. 143.** Pertence aos Municípios, além dos impostos e taxas que instituírem e arrecadarem e a participação prevista no art. 159 da Constituição Federal, o seguinte:

(...)

§ 2º O Tribunal de Contas efetuará mensalmente o cálculo das quotas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS para cada Município.” Grifou-se

Por fim, a Lei Complementar estadual nº 205/2011 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe), em seu artigo 1º, dispôs:

“Art. 1º (...)

XI – calcular e fiscalizar as quotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações - ICMS, devidas aos Municípios;”. Grifou-se

Depreende-se da análise das normas estaduais vigentes que a **Corte de Contas** tem **atribuição de calcular e fiscalizar as quotas do ICMS** devidas aos **Municípios**. E não é demais lembrar, tais quotas advêm de transferências constitucionais (artigo 159 da CF/88 e artigo 143 da CE/SE).

Ressalte-se, consoante exposto pelo Procurador-Geral de Justiça, em seu bem lançado parecer, **a Corte de Contas expediu ato normativo contendo fórmula de cálculo do VAF-ICMS.**

Cumpra rememorar que as quotas do ICMS, de fundo constitucional, previstas no capítulo da repartição de receitas, integra a autonomia política e fiscal dos Entes Municipais, não podendo a Corte de Contas, e em última análise o próprio Legislativo, dispor ao seu talante sobre os critérios para fixação do valor adicionado fiscal, sob pena de grave ofensa ao Princípio Federativo.

Como bem pontuou o ministro Ricardo Lewandowski, no RE nº 572762, com repercussão geral, publicado em 04/09/2008:

"Destarte, para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real e efetiva, em não apenas virtual, cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira, não permitindo no tocante à repartição de receitas tributárias, qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses a que eles fazem jus."

Sobre a titularidade dos impostos compartilhados, trago a lição de Kiyoshi Harada, *in* Vinculação, pe município, das cotas do ICMS para garantia das operações de crédito: efeitos. In Repertório IOB Jurisprudência, nº 0 fevereiro/1999, p.97:

"No imposto de receita partilhada há, necessariamente, mais de um titular, pelo que cabe à entidade contemplada com o poder impositivo restituir e não repassar a parcela pertencente à outra entidade política. O imposto já nasce, por expressa determinação do Texto Magno, com dois titulares no que tange ao produto de arrecadação.

O fato de o Estado-Membro deter a competência tributária em relação ao ICMS não lhe confere superioridade hierárquica em relação ao município no que tange à participação de cada entidade no produto de arrecadação desse imposto. A Carta Política já partilhou o produto da arrecadação desse imposto na proporção de 75% para o Estado-membro, titular da competência impositiva, e 25% para os municípios, prescrevendo no parágrafo único do art. 158 os critérios para creditar as parcelas cabentes às comunas."

Assim, conclui-se que a parcela do imposto estadual prevista no artigo 158, inciso IV e Parágrafo Único inciso I, todos da CF/88, pertence de pleno direito aos municípios, não podendo sujeitar-se à hermenêutica interpretativa e ampliativa do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe para modificar os critérios do cálculo do VAF encaminhados pela Secretaria da Fazenda (SEFAZ/SE).

A propósito, noticia o impetrante que o Tribunal de Contas, ignorando pareceres em sentido contrário e a coordenadoria jurídica do próprio Órgão de Contas e também da SEFAZ, determinou à Secretaria da Fazenda que retificasse a base de dados para cálculo das cotas do ICMS devidas a cada Município, excluindo do cálculo do VAF as transferências de mercadorias entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular, bem como o fornecimento de água potável.

Oportunamente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, na **ADI nº 825/AP**, enfrentando tema similar ao discutido neste mandado de segurança, declarou **inconstitucional** dispositivo da Constituição Estadual do Estado do Amapá, que permitia ao Tribunal de Contas do referido Estado **homologar** cálculos das quotas do ICMS devidas aos Municípios. Eis a ementa da ADI nº 825/AP:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REVOGAÇÃO E ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE PARTE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. SUPERVENIENTE PERDA PARCIAL DO OBJETO. ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS DAS COTAS DO ICMS A SEREM TRANSFERIDAS PARA MUNICÍPIO: INCONSTITUCIONALIDADE. PREVISÃO DE EXISTÊNCIA DE PROCURADORIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. ART. 132, CF: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA LIMITAR A POSSIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL ÀS CAUSAS RELATIVAS À DEFESA DAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DO ÓRGÃO. PROCURADORIA DA FAZENDA ESTADUAL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DA REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS: INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO DE ÓRGÃO E DE CARREIRA AUTÔNOMOS. PREVISÃO DE RESERVA DE VAGAS NO SERVIÇO PÚBLICO PARA PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA: MERA REPETIÇÃO DE NORMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INICIATIVA POPULAR PARA EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: INCONSTITUCIONALIDADE. 1. É inconstitucional a atribuição, aos Tribunais de Contas estaduais, de competência para homologação dos cálculos das cotas do ICMS devidas aos Municípios por violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF), afastada a alegação de simetria com o modelo federal (arts. 75 e 161, parágrafo único, da CF). 2. A jurisprudência desta Corte reconhece o princípio da unicidade institucional da representação judicial e da consultoria jurídica para Estados e Distrito Federal, que são atribuições exclusivas dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, independentemente da natureza da causa. A existência de consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais somente é admitida se sua existência for anterior à Constituição Federal (art. 69 do ADCT). Excetua-se a atividade de consultoria jurídica das Assembleias Legislativas, que pode ser realizada por corpo próprio de procuradores. Já a atividade de representação judicial fica restrita às causas em que a Assembleia Legislativa ostente personalidade judiciária, notadamente para a defesa de suas prerrogativas institucionais frente aos demais poderes (ADI 1.557, Rel. Min. ELLEN GRACIE). 3. É facultado aos Estados, no exercício de seu poder de auto-organização, a previsão de iniciativa popular para o processo de reforma das respectivas Constituições estaduais, em prestígio ao princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, art. 14, I e III, e art. 49, XV, da CF). 4. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada parcialmente procedente.

(STF - ADI: 825 AP, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 25/10/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 27/06/2019).". Grifou-se

Convém trazer o voto divergente e que sagrou-se vencedor do ministro Edson Fachin, na ADI nº 825/A perfeitamente aplicável à hipótese dos autos:

"Nesses termos, ousou divergir do douto Relator, por não verificar semelhança entre as atividades administrativas expostas, a começar pela titularidade do poder-dever em questão. No caso do FPE do FPM, é o próprio TCU quem efetua os cálculos das quotas-partes devidos aos entes subnacionais, luz de estimativas demográficas fornecidas pelo IBGE.

Na verdade, trata-se de fundos de natureza contábil, desprovidos de personalidade jurídica, cuja gerência cabe à Corte de Contas. A propósito, recorre-se ao escólio doutrinário do Professor da USP José Maurício Conti:

(...) "O FPE e o FPM são como as contas-correntes. São figuras representativas de atos realizados por terceiros. Juridicamente, são apenas objeto de direitos, não sujeitos de direitos, uma vez que não são capazes de realizar qualquer tipo de ato jurídico. O FPE e o FPM são fundos cujo gerenciamento compete ao Tribunal de Contas da União, responsável por cumprir as determinações relativas aos recursos arrecadados na forma descrita na Constituição. Esses recursos são mantidos em depósito em conta do Banco do Brasil, sendo distribuídos segundo as regras também fixadas constitucionalmente e regulamentadas por disposições infraconstitucionais, algumas do próprio Tribunal de Contas, agindo por delegação expressa na Constituição." (CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 81)

Situação completamente diversa diz respeito ao repasse obrigatório às municipalidades das verbas arrecadadas pelo ente estadual atinente ao ICMS, pois além de não se constituir em fundo financeiro também goza de relativa liberdade de conformação, nos seguintes termos:

"Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...) IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal."

Nesses termos, o TCE é completamente alheio ao referido processo financeiro alocativo, e na mesma forma que o Tribunal de Contas da União não participa de repasses na arrecadação do IPI ou da CIDE-combustível, previstos nos incisos II e III do art. 159 do Texto Constitucional. Em ambos os casos, a competência existente da Corte de Contas cinge-se ao controle externo dos atos do Poder Público.

Sendo assim, tornar o ato de repasse de recursos públicos sujeito a homologação de TCU representa ofensa ao princípio da separação e da independência dos poderes." Grifou-se

Bastante esclarecedor o voto do ministro Luiz Fux, acompanhando a Divergência, ao elucidar que o Tribunal de Contas tem atuação postecipada, e não prévia ou antecipada, não como *condicio sine qua non* para a validade do ato:

"(...)

A interpretação do mencionado dispositivo constitucional, entretanto, não pode passar ao largo a constatação de que o controle externo exercido pelas Cortes de Contas, consoante a lógica consagrada pela CRFB/1988, é essencialmente *ex post*.

(...)

Portanto, embora existam hipóteses em que o Tribunal de Contas participa do próprio processo de formação do ato administrativo complexo, atuando previamente ao seu aperfeiçoamento, tal qual ocorre na concessão de aposentadorias, *ex vi* do art. 71, III da CRFB, esses cenários são excepcionais e expressamente delimitados pela Constituição Federal. A regra geral, no ordenamento nacional, é que a validade e eficácia do ato administrativo independe da anuência do Tribunal de Contas, ainda que possa sofrer os reflexos do controle exercido a posteriori.

Por isso mesmo, este STF já afirmou, por exemplo, a impossibilidade de norma local estabelecer competência do Tribunal de Contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o poder público (ADI 916, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 6-3-2009), ao argumento de que deve ser simétricas as normas relativas à fiscalização contábil e financeira e ao Tribunal de Contas em todos os entes da federação.

Ao que interessa ao caso concreto, é igualmente pertinente notar que a Constituição Federal tratou de forma diversa as repartições tributárias previstas nos arts. 161 e 158. Quanto às receitas destinadas aos Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o art. 161, parágrafo único da CRFB assegura ao Tribunal de Contas da União a realização do cálculo das respectivas quotas. Já no que diz respeito à repartição do produto da arrecadação do ICMS prevista no art. 158 IV e parágrafo único, a Constituição não faz determinação similar.

Deste cenário, (i) da excepcionalidade geral da realização do controle ex ante pelos Tribunais de Contas e (ii) da ausência de autorização constitucional para condicionamento da repartição de receitas à realização de cálculo prévio pelo órgão de controle externo (afora, evidentemente, os fundos de participação referidos no art. 161 da CRFB), extrai-se a inconstitucionalidade do condicionamento dos cálculos das cotas de ICMS devidas aos Municípios à homologação do Tribunal de Contas do Estado. Grifou-se

Na citada ADI, inclusive, o Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando a divergência vencida (Ministro Edson Fachin), explicitou que não se pode impor qualquer restrição, qualquer burocracia à distribuição dos recursos de participação dos Municípios nestes fundos que lhes são próprios, sob pena de intervenção federal, consoante disposto nos artigos 34, inciso V, alínea b e 160 da CF/88:

"Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

(...)

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

(...)

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuído nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais acréscimos relativos a impostos.

(...)."

Nesse contexto, observa-se a semelhança da ADI nº 825/AP com os dispositivos estaduais ora apreciados, pois, naquela, o percentual do VAF destinado aos municípios por força constitucional, ficava ao critério de **homologação** prévia do Tribunal de Contas Estadual. Situação que ao fim, concluíram os Excelentíssimos Senhores Ministros, por maioria, configurava uma interferência indevida do próprio Legislativo.

Nos presentes autos e na situação estadual, o percentual fica totalmente vinculado ao próprio Tribunal de Contas, pois que além de efetuar os cálculos, na hipótese concreta dos autos, expediu o Ato Deliberativo nº 1.004/2022, excluindo do cálculo do VAF as transferências de mercadorias entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, bem como o fornecimento de água potável.

Com efeito, a CF/88 não outorgou o condicionamento da repartição de receitas tributárias à realização de cálculo prévio ou alteração de parâmetros ao Órgão de Controle Externo Estadual. Desse modo, subordinar o repasse de recursos públicos devidos ao Ente Municipal "a fórmula do Tribunal de Contas relativa ao VAF-ICMS dos Municípios ofende não só o princípio da separação e independência dos poderes (artigo 2º da CF/88), como pode ser motivo de decretação de intervenção federal (artigo 34, inciso V, alínea b da CF/88).

Por outro giro, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, reiteradas vezes, que a norma que condiciona atos administrativos típicos de um Poder à aprovação de outro Poder afronta o princípio da separação dos poderes salvo em exceções previstas no texto constitucional, o que não se vislumbra nos autos. Vejamos:

"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes, norma estadual que submete o pagamento de despesas com pessoal do Ministério Público de Contas aos limites orçamentários fixados para o Poder Executivo." STF. Plenário. ADI 5563/RR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 3/6/2022 (Info 1057). Grifou-se

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 26 E 28 DA LEI COMPLEMENTAR 149/2009 DO ESTADO DE RORAIMA. APROVAÇÃO PRÉVIA PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DOS TERMOS DE COOPERAÇÃO E SIMILARES FIRMADOS ENTRE OS COMPONENTES DO SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE - SISNAMA NAQUELE ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - É inconstitucional, por violar o princípio da separação dos poderes, a submissão prévia ao Poder Legislativo estadual, para a aprovação, dos instrumentos de cooperação firmados pelos órgãos componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA. II - A transferência de responsabilidades ou atribuições de órgãos componentes do SISNAMA é, igualmente, competência privativa do Poder Executivo e, dessa forma, não pode ficar condicionada a aprovação prévia da Assembleia Legislativa. III - Ação direta julgada procedente." (ADI 4348, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 29/10/2018). Grifou-se

Ademais, fazendo breve consulta comparativa às Constituições Estaduais de outros Estados da Federação observa-se que nelas não há comando legislativo para que o Tribunal de Contas do Estado realize operação matemática para compor os critérios do cálculo do VAF dos Municípios. Exemplificando, válido transcrever trechos de Constituições de 02 (dois) Estados, no tocante à repartição das receitas tributárias:

MINAS GERAIS:

"Da Repartição das Receitas Tributárias

(...)

Art. 150 – Na repartição das respectivas receitas, em relação aos impostos de competência do Estado, pertencem aos Municípios:

I – cinquenta por cento do produto da arrecadação do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores;

II – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação;

III – vinte e cinco por cento dos recursos recebidos pelo Estado, em razão do disposto no inciso II do art. 159 da Constituição da República, na forma estabelecida no § 1º deste artigo.

§ 1º – As parcelas a que se referem os incisos serão **diretamente creditadas em contas próprias dos Municípios beneficiários**, em estabelecimento oficial de crédito, onde houver, observado quanto às indicadas nos incisos II e III, os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser a lei.

§ 2º – As parcelas do imposto a que se refere o inciso I serão transferidas pelo Poder Executivo Estadual aos Municípios até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação.

§ 3º – É vedada a retenção ou a restrição à entrega ou ao emprego dos recursos atribuídos aos Municípios e previstos nesta subseção, não estando impedido o Estado de condicionar a entrega dos recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.

(...)" Grifou-se

SÃO PAULO

"Artigo 167 - O Estado destinará aos Municípios:

I - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus respectivos territórios;

II - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;

III - vinte e cinco por cento dos recursos que receber nos termos do artigo 159, II, da Constituição Federal;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico que couber ao Estado, nos termos do § 4º do artigo 159 da Constituição Federal e na forma da lei a que se refere o inciso III do mesmo artigo.

§1º - As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso II, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

1 - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

2 - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual.

§2º - As parcelas de receita pertencentes aos Municípios mencionados no inciso III serão creditadas conforme os critérios estabelecidos no §1º.

§3º - Cabe à lei dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e a liberação das participações previstas neste artigo.

Artigo 168 - É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos nesta seção aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos aos impostos.

Parágrafo único - A proibição contida no "caput" não impede o Estado de condicionar a entrega dos recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias, e ao cumprimento do disposto no artigo 198, § 2º, III, e § 3º, da Constituição Federal. (...)" Grifou-se

Assim, emana do Princípio da Separação dos Poderes a proibição de interferência de um Poder sobre outro. Pelo desenho normativo-constitucional exposto, a celebração de fórmula para fixar índice do VAF-ICMS e a distribuição entre os Municípios, em desatenção aos critérios indicados pela SEFAZ/SE, configura patente violação das funções reservadas constitucionalmente ao Poder Executivo.

Destarte, patente o vício de inconstitucionalidade do artigo 143, §2º da Constituição do Estado de Sergipe e o artigo 1º, inciso XI, da Lei Complementar Estadual nº 255/2011.

Como conclusão, trago a lume as palavras do eminente Procurador-Geral de Justiça, Dr. Manoel Cabral Machado Neto, sobre a inconstitucionalidade dos artigos 143, §2º da Constituição Estadual e o artigo 1º, inciso XI, da Lei Complementar Estadual nº 255/2011:

"Logo, se o STF, após ampla discussão, considerou inconstitucional previsão constitucional no sentido de admitir que o Tribunal de Contas homologue os cálculos feitos pelo Poder Executivo quanto a quotas de repartição do ICMS, com muito mais razão não poderia admitir que o próprio Tribunal de Contas efetue o cálculo ou expeça ato determinando como deva ser a repartição resultado desse cálculo, como previsto na legislação do Estado de Sergipe.

Logo, que incidentalmente sejam declarados inconstitucionais o §2º do art. 143 da Constituição Estadual e o art. 1º, XI, da Lei Complementar Estadual 205/2011, por violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF) e, como consequência, o referido ato deliberativo merece ser cassado por invadir esfera de competência do Poder Executivo."

Em sustentação oral, o Exmo. Procurador-Geral do Estado, Dr. Vinícius Thiago Soares de Oliveira afirmou:

"O Estado ratifica a inconstitucionalidade desses dispositivos.

(...)

A Constituição Federal ao trespassar as atribuições ao Tribunal de Contas ela determina a fiscalização no repasse das quotas partes do ICMS. (...)

A competência natural para carregar esses dados é da Secretaria da Fazenda, é o Poder Executivo que detém esses dados. Então, ela elabora uma planilha, anualmente, submete ao Tribunal de Contas, olha aqui estão os índices provisórios, o Tribunal, inclusive, publica isso em edital, e municípios podem impugnar esses índices sobre alguma correção material e fixa o valor definitivo e índice que é aplicado no ano subsequente. Existe toda uma temática regulada pela Lei Complementar nº 63/1990.

O que há aqui no Estado de Sergipe é uma inovação. A própria Constituição Estadual e a Lei Complementar estadual trespassaram essa atribuição diretamente ao Tribunal de Contas, o que modifica o cenário da ADI suscitada pelo colega, já enfrentada pelo Supremo.

No caso de Sergipe, há sim uma invasão de competência porque trespassou a competência do Poder Executivo ao Tribunal de Contas e isso vulnera, por simetria, a Constituição Federal, o que poderia ser analisado em controle difuso. Com razão, com todas as venias, a manifestação do parquet. Aqui, o Estado acolhe, nesse ponto, para que seja declarado esses dois artigos inconstitucionais (...)."

Analisando-se estritamente o artigo 1º, inciso XI da Lei Complementar Estadual nº 255/2011, a meu sentir, é caso de declarar sua inconstitucionalidade parcial, com redução do texto, para suprimir dele, unicamente o verbo "calcular", uma vez que o restante do dispositivo encontra-se em harmonia com as atribuições constitucionais do órgão de contas.

Ante o exposto, com fulcro na motivação acima e no parecer do Ministério Público, entendo deva ser declarado inconstitucional o artigo 143, §2º da Constituição Estadual. Concluo ainda, pela inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do artigo 1º, inciso XI da Lei Complementar Estadual nº 255/2011, para suprimir-lhe o vocábulo "calcular", por manifesta afronta ao Princípio da Separação e Independência dos poderes (artigo 2º).

3 – Questão de mérito

Por último, declarada a inconstitucionalidade do artigo 143, §2º da Constituição Estadual e a inconstitucionalidade parcial do artigo 1º, inciso XI da Lei Complementar Estadual nº 255/2011, passo a apreciação do **Ato Deliberativo nº 1.004/2022, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.**

Assim é que, como consequência lógica da inconstitucionalidade acima reconhecida, esvaziam-se as argumentações do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, para manutenção da higidez do ato impugnado.

Isso porque a Corte de Contas não tem atribuição constitucional para calcular ou estabelecer critérios de VAF para repartição de receitas tributárias de ICMS aos Municípios. A meu sentir, não cabe ao Tribunal de Contas imiscuir-se no mérito administrativo das informações trazidas pela SEFAZ/SE.

Reafirmo que o ato combatido está eivado de vício de inconstitucionalidade, sendo nulo de pleno direito e incapaz de produzir efeitos no mundo jurídico.

É de registrar que o presente mandado de segurança não comporta discussão sobre a matéria de fundo do Ato Deliberativo do Tribunal de Contas, qual seja, a legalidade do cálculo do índice do VAF relativo ao fornecimento de água potável ou transferências de mercadorias entre estabelecimento do mesmo titular/contribuinte, mas sim, única e exclusivamente, sobre a possibilidade do Órgão de Contas calcular e até mesmo alterar os critérios do cálculo do índice do VAF enviados pela Secretaria da Fazenda do Estado.

Por conseguinte, é de ser declarado nulo o Ato Deliberativo nº 1.004/2022 do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, por flagrante inconstitucionalidade, tendo em vista a violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CF/88).

Enfim, e com todas as *venias* ao relator do *writ*, Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima não comungo do entendimento de que o Ato Deliberativo em tela encontra-se fundado em decisão judicial. Explico.

O Município de Laranjeiras ajuizou ação (processo nº 201573002201), no ano de 2015, em face apenas do Estado de Sergipe, para que o Ente Estadual pagasse as diferenças apuradas relativas ao valor que deixou de repassar da quota de participação do ICMS, decorrente da indevida inclusão do "fornecimento de água potável" no cálculo do VAF. Em sentença, decidiu o juízo da Comarca de Laranjeiras:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos autorais, determinando que o Estado de Sergipe promova o recálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras na distribuição da quota de ICMS, relativos aos últimos 05 anos, com exclusão dos valores correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto, e, por consequência, condeno-o ao pagamento das diferenças apuradas no mesmo período, com juros e correção monetária aplicáveis conforme modulação dos efeitos das ADI's 4357 e 4425."

Irresignado, o Estado de Sergipe interpôs Apelação Cível, processo nº 201700701787, sendo acolhida parcialmente o pleito, conforme ementa a seguir:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PLEITO DE RECÁLCULO DO "ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS PARA A DISTRIBUIÇÃO DA QUOTA DE ICMS", EXCLUINDO-SE OS VALORES CORRESPONDENTES AO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA À POPULAÇÃO SERGIPANA, REALIZADAS PELA DESO E SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE ESTÂNCIA PAGAMENTO DA DIFERENÇA RELATIVA AO VAF (VALOR ADICIONADO FISCAL), SEM TAL SERVIÇO ALEGAÇÃO DE ERRO DE CÁLCULO COMETIDO PELO FISCO ESTADUAL, DIANTE DA INCLUSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL NO CÁLCULO DO VAF - APENAS AS OPERAÇÕES SUSCETÍVEIS À INCIDÊNCIA DE ICMS DEVEM SER CONSIDERADAS NO CÁLCULO DO VALOR ADICIONADO INTELIGÊNCIA DO ART. 158, IV E PARÁGRAFO ÚNICO DA CF - CRITÉRIOS CONSTANTES NO ART. 158 DA DA LC 63/90 - NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA POR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO - PRECEDENTES DO STF E STJ - NECESSIDADE DE SER RECALCULADO O VAF DO MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS - SENTENÇA MANTIDA NESTE PONTO - **NECESSIDADE DE REFORMA NO TOCANTE À CONDENAÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE AO PAGAMENTO DA DIFERENÇA A SER APURADA APÓS O RECÁLCULO SOBREDITO, HAJA VISÃO SOMENTE CONSTAR NOS AUTOS PROVA DA REDUÇÃO DO ÍNDICE DO VAF, NO TOCANTE AO ANO DE 2013 - DANO NÃO PRESUMIDO - IMPOSSIBILIDADE DE SENTENÇA CONDICIONAL RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - POR MAIORIA."** (Apelação Cível nº 201700701787. Julgado em 21.06.2018. Rel. Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto)". Grifou-se

Em 2016, o Município de Laranjeiras ajuizou outra ação (processo nº 201673000281), agora em face do Estado de Sergipe e todos os Municípios sergipanos, pretendendo o recálculo do índice de participação do referido Município, para distribuição da quota do ICMS a partir de janeiro de 2016. Além do pedido de exclusão dos valores referentes ao "fornecimento de água tratada à população" incluiu o pedido de exclusão das "operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa".

O Magistrado, em sentença, deferiu a tutela provisória e julgou o mérito da demanda nos seguintes termos:

"Ante o exposto, confirmando a tutela deferida no corpo desta sentença, JULGO PROCEDENTES os pedidos autorais, determinando que o Estado de Sergipe promova o recálculo do índice de participação do município de Laranjeiras na distribuição da quota de ICMS, a partir do ano de 2016, com exclusão dos valores correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa, e, por consequência, condeno o Estado de Sergipe e os demais municípios sergipanos ao pagamento das diferenças apuradas em liquidação com juros e correção monetária aplicáveis conforme modulação dos efeitos das ADI's 4357 e 4425 (p. 2452)

De todo modo, sopesando os riscos envolvidos, DEFIRO, parcialmente, a tutela provisória de urgência, determinando ao Estado de Sergipe que efetue o cálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras, a partir do ano de 2019, excluindo do cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa." (p. 2452)". Grifou-se

Da sentença, houve interposição de recurso de apelação (processo nº 202000824882), ainda pendente de julgamento.

Nessa senda, pode-se concluir que a tutela provisória deferida no 1º grau alberga a modificação do cálculo do Índice de Participação no ICMS do Município de Laranjeiras, apenas e tão somente, sem que fosse estabelecido qualquer reflexo quanto à quota parte do VAF para os demais Municípios sergipanos. Logo, o ato do Tribunal de Contas que estendeu a todos os Municípios a decisão de 1ª instância, não encontra fundamento de validade no cumprimento da decisão judicial primeva.

Pontuou o i. Procurador-Geral de Justiça:

"O Estado de Sergipe reconhece que, do ponto de vista financeiro, é indiferente o critério de repartição de cotas, porquanto "o montante total – 25% do ICMS arrecadado – não varia em razão dos índices de distribuição para cada Município" (pp. 1541/1550 destes autos). (...) Portanto, a determinação judicial para mudança do cálculo do índice de participação no ICMS foi deferida apenas ao Município de Laranjeiras, sem que fosse estabelecido qualquer reflexo quanto à quota parte do VAF para os demais municípios. Logo, reitera-se que não se pode afirmar que o ato deliberativo do TCE, o impugnado, esteja amparado na citada decisão judicial."

Observa-se, repito, que a tutela provisória deferida para recálculo dos índices do VAF, beneficia tão somente o município de Laranjeiras, não servindo a liminar como sustentação jurídica para que o Ato Deliberativo modifique os índices de todos municípios sergipanos.

4 - Dispositivo

Ante o exposto, **declaro inconstitucional o artigo 143, §2º da Constituição Estadual inconstitucional parcialmente, com redução de texto, excluindo-se a expressão "calcular" do artigo 1º, X da Lei Complementar Estadual nº 205/2011**, por violação ao princípio da separação e independência dos Poderes (artigo 2º da CF), ao passo em que **voto pela CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM** decretando a **nulidade do Ato Deliberativo nº 1004/2022, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, e determinando que seja repasse das quotas de ICMS devidas aos municípios sergipanos creditado de acordo com os dados e informações fornecidas pela Secretaria de Estado da Fazenda para o ano 2022, em observância às regras de regência e ao princípio da separação dos poderes.**

É como voto.

Aracaju/SE 26 de Abril de 2023

DRA. SUYENE BARRETO SEIXAS DE SANTANA
JUIZ(A) CONVOCADO(A)

Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima (Relator): Este processo foi pautado para o dia 30/11/2022. Nessa sessão de julgamento foram indeferidas questões de ordem, com seguinte certidão:

"Pediram preferências de julgamento o Advogado do Impetrante, o Bel. Valteno Alves Menezes Neto, OAB/SE nº 13.989, bem como o Procurador Estadual, Doutor, Vinícius Thiago Soares de Oliveira com proferimento de sustentações orais. De início, suscitou o Advogado do Impetrante questão de ordem reiterando o pleito da retirada de pauta do presente feito para julgamento, em bloco, de todos os feitos que versem sobre idêntica temática e vinculados ao Relator deste feito, sendo a mesma rejeitada, por unanimidade. **Em seguida, o Procurador Estadual, arquivou a questão de ordem no sentido da necessidade da instauração do incidente de inconstitucionalidade do art. 143, da CE e art. 1º, inciso XI, da LC nº 205/2011, conforme aventando, preliminarmente, Parecer Ministerial. Submetida à apreciação tal questão, após manifestações dos representantes legais do Impetrante e do Estado de Sergipe, nesta assentada, em obediência ao disposto no art. 10, do CPC, foi a questão rejeitada, por igual votação.** Ato contínuo, após a apresentação do voto do Relator pela denegação da Segurança, pediu vista dos autos a Magistrado convocada, Doutora Suyene Barreto Seixas de Santana, ficando, de logo, redesignada a continuação do julgamento do presente feito, para a Sessão Ordinária Híbrida, a ser realizada em 07.12.20 às 08 h 30. Participaram do julgamento os Juízes convocados Doutora Suyene Barreto Seixas de Santana, em substituição ao Desembargador Gilson Félix dos Santos, bem como o Doutor José Pereira Neto, por responder pela Vaga do Desembargador José dos Anjos."

Voltando o processo à discussão em 12/12/2022, a Drª Suyene Barreto Seixas de Santana, que se encontrava substituindo o Desembargador Gilson Felix dos Santos, suscitou questão de ordem para a instauração do incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 143, § 2º, da CE e do art. 1º, XI, da Lei Complementar nº 205/2011, sendo lavrada a seguinte certidão:

"Após a apresentação do voto vista da Juíza convocada, Doutora Suyene Barreto Seixas de Santana, suscitando, preliminarmente, a questão de ordem pela instauração do incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 143, § 2º, da CE e do art. 1º, XI, da Lei Complementar nº 205/2011, o feito foi retirado de pauta a pedido do Relator. Participaram do julgamento os Juízes convocados Doutora Suyene Barreto Seixas de Santana, em substituição ao Desembargador Gilson Félix dos Santos, bem como o Doutor José Pereira Neto, por responder pela Vaga do Desembargador José dos Anjos. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Iolanda Santos Guimarães."

Retirei o processo de pauta para analisar a questão, diante da inusitada arguição.

INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo de competência Plenária. Garantia da Reserva de Plenário. Incabimento. Deixo aqui registrado que não é cabível a instauração do incidente de inconstitucionalidade na presente hipótese.

É que tal ritual só é permitido quando o julgamento for realizado por órgão fracionário do Tribunal. Sendo o julgamento plenário, a questão é debatida sem a instauração do incidente (embora a decisão seja incidental), haja vista que a reserva de plenário está garantida, conforme edita o CPC:

"Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou câmara à qual competir o conhecimento do processo."

"Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

Bem assim o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Sergipe:

"Art. 181. Sempre que os órgãos fracionários do Tribunal se inclinarem pela inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, determinarão a remessa do processo ao Tribunal Pleno, após lavrad acórdão respectivo e comunicados todos os Desembargadores. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 02/2008)

Parágrafo único. A arguição de inconstitucionalidade poderá não ser submetida ao Tribunal Pleno quando já houver pronunciamento deste órgão ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

Assim, incabível a instauração do incidente de inconstitucionalidade, devendo a proposta ser rejeitada.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questão já julgada e rejeitada. Sustenta a Drª Suyene Barreto Seixas de Santana que qualquer Juiz pode modificar o seu voto, antes de finalizado julgamento.

É verdade. E assim está escrito no art. 163 do RITJSE – **"os julgadores poderão modificar o voto até a proclamação do resultado final, salvo nos casos de voto já proferido em sessão j magistrado afastado, ausente ou substituído."**

Porém, no caso em debate, a questão já foi decidida e teve resultado final quando, na sessão de 30/11/2022, **"o Procurador Estadual, arguiu a questão de ordem no sentido da necessidade instauração do incidente de inconstitucionalidade do art. 143, da CE e art. 1º, inciso XI, da LC nº 205/2011, conforme aventando, preliminarmente, no Parecer Minister Submetida à apreciação tal questão, após manifestações dos representantes legais do Impetrante e do Estado de Sergipe, nesta assentada, em obediência ao disposto no art. do CPC, foi a questão rejeitada, por igual votação"** (unanimidade).

Assim, foi o resultado publicado e anunciado, não sendo possível revisitar a *'questio'*.

Rejeito a arguição.

DESNECESSIDADE DE DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS. Razões que não interferem no julgamento. Observe-se que o deferimento 'mandamus' viola a coisa julgada e as decisões judiciais.

É que no processo de nº 201673000281, foi deferida tutela antecipada, **sem que tenha havido recurso das partes**, estabelecendo que no cálculo do VAF deverá ser excluída a **"transferência mercadoria entre estabelecimento da mesma empresa"**, assim como deve ser excluído o **"fornecimento de água tratada à população"**, com o seguinte teor:

"De todo modo, sopesando os riscos envolvidos, DEFIRO, parcialmente, a tutela provisória de urgência, determinando ao Estado de Sergipe que efetue o cálculo do índice de participação do Munic de Laranjeiras, a partir do ano de 2019, excluindo do cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Ser Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos mesma empresa."

Portanto, existe uma tutela provisória de urgência, determinando ao Estado de Sergipe que efetue o cálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras, a partir do ano de 2019, excluindo cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Ser Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa. Tal determinação está hígida e deve cumprida pelo Estado de Sergipe, como já foi dito.

Portanto, estando o Tribunal de Contas, como órgão presentante do Estado de Sergipe, obrigado a cumprir a decisão judicial que está hígida, não há de se questionar qualquer inconstitucionalidade sendo esta razão suficiente para denegar a Ordem.

Mais uma razão para se rejeitar a arguição de inconstitucionalidade e o pedido de instauração de incidente.

Quanto ao demais, o meu voto é o mesmo já lançado.

Existiram vários processos que questionavam o antigo Ato nº 1.001/2022 do TCE, a exemplo dos MS's nºs 202200119653, MS 202200119728, MS 202200119871, MS 202200119873, 202200119874, MS 202200119877, MS 202200119879, MS 202200119880, MS 202200119885, MS 202200120269 e MS 202200119606.

No mandado de segurança nº 202200119606 e nos demais mandados de segurança a celeuma girava em torno da Decisão Interlocutória TC nº 22937 e do Ato Deliberativo TCE nº 1001/2022.

Todos os mandados de segurança foram extintos sem apreciação do mérito porque o Ato agora combatido nº 1.004/2022 revogou, integralmente, o antigo Ato nº 1.001/2022.

O Ato Deliberativo nº 1004/2022 tem a seguinte redação:

"ATO DELIBERATIVO Nº 1004/2022

DE 30 DE JUNHO DE 2022

Estabelece índices percentuais definitivos para fins de crédito, pelo Estado de Sergipe, das quotas de ICMS pertencentes aos Municípios, relativas ao ano 2022.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais e regimentais, especialmente o inciso XI, art. 1º, da Lei Complementar Estadual nº 205, de 06 de julho de 20 combinado com os arts. 3º e 4º da Lei Complementar Federal nº 63, de 11 de janeiro de 1990.

Considerando que os índices percentuais relativos às cotas de ICMS são estabelecidos por Ato Deliberativo de competência do Pleno deste Tribunal;

Considerando a Decisão Interlocutória TC nº 22937 PLENO, que determinou à SEFAZ o envio da Base de Cálculo das quotas do ICMS, Índices Definitivos, pagamento em 2022, com a Exclusão cômputo do VAF de ICMS do fornecimento de água potável realizada pela DESO, SAAE e sobre as operações de entrada e saída por transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mes contribuinte;

Considerando o Relatório Preliminar (Relatório do processo de importação do ICMS Definitivo ano base 2021) apresentado pela Comissão Técnica designada para apuração dos índices do ICMS devidos aos Municípios, para o exercício de 2022;

Considerando a Resolução TC nº 255 de 29 de julho de 2010, que altera a redação do § 1º do art. 2º da Resolução nº 175, de 15 de janeiro de 1996, transcritas nos Anexos X e XI. As empresas com VAF negativo não são utilizadas para o cálculo do índice;

Considerando a deliberação plenária ocorrida na Sessão do dia 30 de junho de 2022;

DELIBERA:

Art. 1º As parcelas pertencentes aos Municípios do Estado de Sergipe, referentes a ¾ (três quartos) dos 20% (vinte por cento) provenientes de créditos tributários remanescentes do extinto Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICM e dos 25% (vinte e cinco por cento) da arrecadação do Imposto sobre Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações ICI no exercício de 2021, serão creditados, pelo Estado de Sergipe, aos respectivos Municípios, utilizando-se como base de cálculo os índices percentuais constantes do Anexo Único deste Ato, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar Federal nº 63, de 11 de janeiro de 1990.

Art. 2º O Banco do Estado de Sergipe S/A - BANESE, utilizando-se dos índices percentuais a que se refere o artigo anterior, entregará a cada Município, mediante crédito em conta individual, a parcela que lhe pertencer, no prazo estabelecido no art. 5º da Lei Complementar Federal nº 63, de 11 de janeiro de 1990.

Art. 3º Fica estabelecido que a Secretaria de Estado da Fazenda deverá informar os índices definitivos, relativos ao ano 2022 à Secretaria do Tesouro Nacional e ajustar os repasses já realizados de janeiro/2022 a junho/2022 aos índices definitivos apurados por este Tribunal.

-

§1º A diferença apurada, a maior, deverá ser objeto de compensação período de 30 (trinta) meses.

-

§2º A diferença a menor, deverá ser deduzida no período disposto no §1º, ou seja, em 30 (trinta) meses, na parcela de maior valor de cada mês, iniciando-se em julho/2022.

Art. 4º O não cumprimento do disposto nos artigos anteriores sujeita o Estado, bem como o Banco do Estado de Sergipe S/A, às sanções previstas nos arts. 9º e 10º da Lei Complementar Federal nº 63, de 11 de janeiro de 1990.

Art. 5º Este Ato Deliberativo entra em vigor na data de sua publicação, ressalvada a modulação na produção de efeitos prevista no art. 3º.

-

Art. 6º Ficam revogadas as disposições em contrário.

No mandado de segurança (nº 202200119606), o **MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS** suscitou **questão de ordem** e informou que há ação judicial, já passada em julgado (processo de 201573002201), cuja matéria jurídica diz respeito à exclusão do "fornecimento de água tratada à população", para cálculo do VAF.

A sentença destes autos (nº 201573002201), teve o seguinte fecho:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos autorais, determinando que o Estado de Sergipe promova o recálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras distribuído da quota de ICMS, relativos aos últimos 05 anos, com exclusão dos valores correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, e, por consequência, condeno-o ao pagamento das diferenças apuradas no mes período, com juros e correção monetária aplicáveis conforme modulação dos efeitos das ADI's 4357 e 4425.

Condeno o Estado de Sergipe ao pagamento de honorários advocatícios, cujo percentual será definido após a liquidação do julgado, de acordo com o que prevê o art. 85, §4º, inc II, do CPC.

P.R.I."

A sentença recebeu a Apelação Cível nº 201700701787, a qual foi parcialmente provida a fim de limitar a condenação ao pagamento da diferença do VAF, apenas no tocante ao ano de 2013, fica assim ementada:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PLEITO DE RECÁLCULO DO "ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS PARA A DISTRIBUIÇÃO DA QUOTA DE ICMS", EXCLUINDO-SE VALORES CORRESPONDENTES AO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA À POPULAÇÃO SERGIPANA, REALIZADAS PELA DESO E SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE ESTÂNCIA DE PAGAMENTO DA DIFERENÇA RELATIVA AO VAF (VALOR ADICIONADO FISCAL), SEM TAL SERVIÇO - ALEGAÇÃO DE ERRO DE CÁLCULO COMETIDO PELO FISCO ESTADUAL, DIANTE DA INCLUSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL NO CÁLCULO DO VAF - APENAS AS OPERAÇÕES SUSCETÍVEIS DE INCIDÊNCIA DE ICMS DEVEM SER CONSIDERADAS NO CÁLCULO DO VALOR ADICIONADO DE INTELIÊNCIA DO ART. 158, IV E PARÁGRAFO ÚNICO DA CF - CRITÉRIOS CONSTANTES NO ART. 3º DA DA LC 63/90 - NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA Fornecedoras DE SERVIÇO PÚBLICO - PRECEDENTES DO STF E STJ - NECESSIDADE DE SER RECALCULADO O VAF DO MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS - SENTENÇA MANTIDA NESTE PONT NECESSIDADE DE REFORMA NO TOCANTE À CONDENAÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE AO PAGAMENTO DA DIFERENÇA A SER APURADA APÓS O RECÁLCULO SOBREDITO, HAJA VISTA SOMEI CONSTAR NOS AUTOS PROVA DA REDUÇÃO DO ÍNDICE DO VAF, NO TOCANTE AO ANO DE 2013 - DANO NÃO PRESUMIDO - IMPOSSIBILIDADE DE SENTENÇA CONDICIONAL - RECUR PARCIALMENTE PROVIDO - POR MAIORIA."

(Apelação Cível nº 201700701787. Julgado em 21.06.2018. Rel. Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto)

O apelo recebeu REsp do Município de Laranjeiras que foi inadmitido e o Estado de Sergipe não recorreu. Houve AREsp que foi improvido e foi certificado o trânsito em julgado (movimentação 03/07/2020).

O Município de Laranjeiras informou, também, que os Impetrantes deixaram de noticiar que no **processo de nº 201673000281** foi deferida tutela antecipada sem que tenha havido recurso partes, estabelecendo que no cálculo do VAF deverá ser excluída a "transferência de mercadoria entre estabelecimento da mesma empresa", assim como deve ser excluído o "fornecimento de água tratada à população", com o seguinte teor:

"De todo modo, sopesando os riscos envolvidos, DEFIRO, parcialmente, a tutela provisória de urgência, determinando ao Estado de Sergipe que efetue o cálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras, a partir do ano de 2019, excluindo do cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa.

Ante o exposto, confirmando a tutela deferida no corpo desta sentença, JULGO PROCEDENTES os pedidos autorais, determinando que o Estado de Sergipe promova o recálculo do índice de participação do município de Laranjeiras na distribuição da quota de ICMS, a partir do ano de 2016, com exclusão dos valores correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizada pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa, e, por consequência, condeno o Estado de Sergipe e os demais municípios sergipanos ao pagamento das diferenças apuradas em liquidação, com juros e correção monetária aplicáveis conforme modulação dos efeitos das ADI's 4357 e 4425.

INTIME-SE O ESTADO DE SERGIPE PARA CUMPRIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA.

Condeneo o Estado de Sergipe e os demais municípios sergipanos ao pagamento de honorários advocatícios, cujo percentual será definido após a liquidação do julgado, de acordo com o que prevê o art. 85, §4º, inciso II, do CPC.

P.R.I.

Decorrido o prazo recursal, em nada sendo requerido, certifique-se o trânsito em julgado, arquivando definitivamente o feito, com a devida remessa para o arquivo judiciário." (movimentação 10/08/2018, publicação DJe 13/08/2018)

Este processo recebeu a Apelação Cível nº 202000824882, cujo Relator é o Desembargador Luiz Antônio Araújo Mendonça.

O que temos, então, é uma tutela provisória de urgência, determinando ao Estado de Sergipe que efetue o cálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras, **a partir do ano de 2019** excluindo do cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESC) pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa.

Vários Municípios sergipanos constam como terceiros interessados ou Recorrentes nesse processo e, ali, defendem seus interesses, a exemplo: MUNICÍPIO DE ARACAJU (apelante); MUNICÍPIO DE CANHOBA (apelante); MUNICÍPIO DE CEDRO DE SAO JOAO (apelante); MUNICÍPIO DE ESTANCIA (apelante); MUNICÍPIO DE GRACCHO CARDOSO (apelante); MUNICÍPIO DE MALHADA DOS BARRIOS (apelante); MUNICÍPIO DE MARUIM (apelante); MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DE LOURDES (apelante); MUNICÍPIO DE PACATUBA (apelante); MUNICÍPIO DE PINHÃO (apelante); MUNICÍPIO DE PIRAMBU (apelante); MUNICÍPIO DE POÇO VERDE (apelante); MUNICÍPIO DE PORTO DA FOLHA (apelante); MUNICÍPIO DE SANTANA DO SÃO FRANCISCO (apelante); MUNICÍPIO DE TOMAR DO GÊNESE (apelante); MUNICÍPIO DE RIACHUELO (apelante) e os Terceiros/Interessados MUNICÍPIO DE AMPARO DE SÃO FRANCISCO; MUNICÍPIO DE AQUIDABÃ; MUNICÍPIO DE ARAUÁ; MUNICÍPIO DE ARANHA; MUNICÍPIO DE BARRA DOS COQUEIROS; MUNICÍPIO DE BOQUIM; MUNICÍPIO DE BREJO GRANDE; MUNICÍPIO DE CAMPO DO BRITO; MUNICÍPIO DE CANINDÉ DE SÃO FRANCISCO; MUNICÍPIO DE CAPELA; MUNICÍPIO DE CARIRA; MUNICÍPIO DE CARMÓPOLIS; MUNICÍPIO DE CRISTINÁPOLIS; MUNICÍPIO DE CUMBE; MUNICÍPIO DE DIVINA PASTORA; MUNICÍPIO DE FEIRA NOVA; MUNICÍPIO DE FREI PAULO; MUNICÍPIO DE GARARU; MUNICÍPIO DE GENERAL MAYNARD; MUNICÍPIO DE ILHA DAS FLORES; MUNICÍPIO DE INDIAROBA; MUNICÍPIO DE ITABAIANA; MUNICÍPIO DE ITABAIANINHA; MUNICÍPIO DE ITABI; MUNICÍPIO DE ITAPORANGA; MUNICÍPIO DE JAPARATUBA; MUNICÍPIO DE JAPOTÁ; MUNICÍPIO DE LAGARTO; MUNICÍPIO DE MACAMBIRA; MUNICÍPIO DE MOITA BONITA; MUNICÍPIO DE MONTE ALEGRE; MUNICÍPIO DE MURIBECA; MUNICÍPIO DE NEÓPOLIS; MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA APARECIDA; MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DA GLÓRIA; MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DAS DORES; MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DO SOCORRO; MUNICÍPIO DE PEDRA MOLE; MUNICÍPIO DE PEDRINHAS; MUNICÍPIO DE POÇO REDONDO; MUNICÍPIO DE POÇO VERDE; MUNICÍPIO DE PROPRIÁ; MUNICÍPIO DE RIACHÃO DO DANTAS; MUNICÍPIO DE ROSÁRIO DO CATETE; MUNICÍPIO DE SALGADO; MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO ITANAMBÉ; MUNICÍPIO DE SANTA ROSA DE LIMA; MUNICÍPIO DE SANTO AMARO DAS BROTAS; MUNICÍPIO DE SÃO CRISTÓVÃO; MUNICÍPIO DE SÃO DOMINGOS; MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO; MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO ALEIXO; MUNICÍPIO DE SIMÃO DIAS; MUNICÍPIO DE SIRIRI; MUNICÍPIO DE TELHA; MUNICÍPIO DE TOBIAS BARRETO; MUNICÍPIO DE UBAUBA; MUNICÍPIO DE MALHADO DE ALGODORES; MUNICÍPIO DE RIBEIRÓPOLIS.

Todos estes entes municipais estão representados, não havendo que se falar em surpresa na decisão do TCE que cumpriu o que restou determinado em decisão judicial.

Como visto, a antecipação de tutela está hígida e deve ser cumprida pelo Estado de Sergipe.

O Tribunal de Contas do Estado de Sergipe é órgão integrante da administração estadual e cumpriu determinação judicial ao fazer o recálculo do VAF excluindo do cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa, não havendo que se falar em incompetência da Corte de Contas para proce como procedeu.

Observe-se que naqueles autos do mandado de segurança nº 202200119606 (bem como nestes autos), o **TCE apresentou informações** e defendeu que no processo nº 201700701787, o TJSE firm o entendimento pela não incidência de ICMS sobre a água tratada, em razão da sua natureza essencial e que no que tange às transferências de mercadorias para outro estabelecimento, pertencente mesmo titular, tal tema é alvo da ADC/49 que tramita na Suprema Corte, a qual entende que as referidas transferências não configuram fato gerador da incidência de ICMS, sendo que o Supe Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento por via da Súmula 166:

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

O ATO DELIBERATIVO nº 1004/2022, datado de 30 de junho de 2022, estabeleceu índices percentuais definitivos para fins de crédito, pelo Estado de Sergipe, das quotas de ICMS pertencentes aos Municípios, relativas ao ano 2022, **revogando o Ato Deliberativo nº 1001/2022.**

Este novo ato deliberou que a diferença apurada, a maior, deverá ser objeto de compensação pelo período de 30 (trinta) meses, já a diferença a menor, deverá ser deduzida em 30 (trinta) meses, parcela de maior valor de cada mês, iniciando-se em julho/2022.

Só para efeito de informação, é relevante salientar que o **Estado de Sergipe** veio naqueles autos mesmos autos (nº 202200119606) e informou que estava cumprindo a decisão liminar ali proferida promovendo dois cálculos distintos, um tomando como parâmetro o AD 972/2021 e outro considerando o AD 1001/2022 e transferiu para as contas dos Municípios aquilo que é inquestionável e depositou os valores controvertidos – em virtude da dúvida sobre a aplicação desses Atos – à disposição da d. Relatoria, em contas específicas.

Disse que como foram 08 os Municípios beneficiados pelo AD 1001/2022, foram abertas 08 contas para depósito do valor retroativo – atinente ao que os Municípios de Aracaju, Boquim, Laranjeira, Nossa Senhora Aparecida, Nossa Senhora do Socorro, Propriá, Rosário do Catete e Tobias Barreto receberam "a mais" – e 67 relativas aos valores vincendos, em favor dos outros 67 Municípios beneficiados pelo AD 972/2022.

Como o sistema do BANESE não permite que se faça uma reserva de valores, o Banco efetuou o repasse e imediatamente após bloqueou o que se deveria depositar à disposição dessa d. Relatoria.

Ao fim e ao cabo, o Mandado de Segurança nº 202200119606 foi extinto em decorrência da revogação do ato combatido, sendo revogada a liminar (em 15/08/2022) e restou determinada a devolução das quantias aos Municípios.

Mas, para este 'mandamus' que ora se parecia, o que interessa é que existem decisões em processos outros que garantem a postura do TCE exposta no Ato Deliberativo nº 1.004/2022, sem que possa falar de incompetência ou ferimento ao devido processo legal e contraditório, haja vista a participação dos Municípios naquele outro processo.

Como já foi dito, no processo de nº 201673000281, foi deferida tutela antecipada sem que tenha havido recurso das partes, estabelecendo que no cálculo do VAF deverá ser excluída a **"transferência de mercadoria entre estabelecimento da mesma empresa"**, assim como deve ser excluído o **"fornecimento de água tratada à população"**, com o seguinte teor:

"De todo modo, sopesando os riscos envolvidos, DEFIRO, parcialmente, a tutela provisória de urgência, determinando ao Estado de Sergipe que efetue o cálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras, a partir do ano de 2019, excluindo do cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa."

Portanto, existe uma tutela provisória de urgência, determinando ao Estado de Sergipe que efetue o cálculo do índice de participação do Município de Laranjeiras, a partir do ano de 2019, excluindo do cálculo do valor adicionado fiscal os montantes correspondentes ao fornecimento de água tratada à população do estado, realizados pela Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) e pela Serviço Autônomo de Água e Esgoto, bem como das operações de entrada e saídas por transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa. Tal determinação está hígida e deve ser cumprida pelo Estado de Sergipe, como já foi dito.

Só isso já seria suficiente para denegar a Ordem.

Mas, observo que o Ministério Público fez uma **argumentação de inconstitucionalidade** do art. 68, inciso V; art. 143, § 2º, ambos da CF e art. 1º, inciso XI, Lei Complementar 205/2011, violarem o princípio da separação dos poderes ao subordinar ato do Executivo à prévia autorização do Legislativo.

"Art. 68 da CE. A Assembleia Legislativa exercerá o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

V - fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado, mediante convênio, acordo ou outro instrumento análogo, a Município;"

"Art. 143 da CE. Pertence aos Municípios, além dos impostos e taxas que instituírem e arrecadarem e da participação prevista no art. 159 da Constituição Federal, o seguinte:

(...)

§ 2º O Tribunal de Contas efetuará mensalmente o cálculo das quotas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS para cada Município."

"Art. 1º da Lei Complementar 205/2011. Ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta Complementar:

(...)

XI - calcular e fiscalizar as quotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, devidas aos Municípios."

Alegou que o STF, em caso assemelhado, na ADI 825/AP, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do art. 112, inciso XVII, da Constituição do Estado do Amapá que definia:

"Art. 112. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

XVII - homologar os cálculos das cotas do ICMS devidas aos Municípios."

Porém, aqui, tal alegação e decisão é totalmente despcienda, uma vez que não se discute a legitimidade de tais dispositivos e sim que o Tribunal de Contas cumpriu decisão judicial.

Se fosse caso de adentrar em tal discussão, acompanharia o raciocínio do Ministro Relator da ADI 825/AP, Alexandre de Moraes, que declarou seu voto no raciocínio que adiante se vê.

O art. 75 da Constituição Federal estabelece que os preceitos constitucionais sobre organização, composição e fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU) aplicam-se, no que couber, Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, onde existirem.

Por força do princípio da simetria, o modelo federal deve ser observado pelos Estados-Membros.

O STF já declarou a inconstitucionalidade de normas constitucionais estaduais que alteraram ou suprimiram regras de competência das Cortes de Contas semelhantes às atribuídas na Constituição Federal ao TCU.

Verifique-se as ADIs 1.694 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 9/10/2014) e 916 (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 6/3/2009).

E, em relação ao cálculo das cotas de tributos federais destinadas a Estados, Distrito Federal e Municípios, há a competência prevista no parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal:

"Art. 161. Cabe à lei complementar:

I - definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

III - dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 157, 158 e 159.

Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II."

Observe-se que na Constituição Federal, há a participação do TCU no cálculo das quotas de tributos federais a serem repartidas entre o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios, sem qualquer inconstitucionalidade.

Por consequência, observando o princípio da simetria, é de se dizer que possui validade constitucional a competência atribuída, na Constituição Estadual do Estado de Sergipe e na legislação específica ao Tribunal de Contas do Estado, razão pela qual, caso se conheça da alegação de inconstitucionalidade, deve a mesma ser rejeitada.

Com base nestes argumentos, entendo que o caso é de se denegar o 'mandamus' porque a decisão liminar na Ação Ordinária nº 201673000281 inibe a alegação de direito líquido e certo.

Visando o princípio da economia e celeridade processual, acresço que deve ser autorizado aos relatores de processos idênticos a proferirem decisão monocrática, denegando o 'writ', pois a alteração de índice altera a situação de todos os Municípios.

Isto posto, DENEGO o mandado de segurança nº 202200133074.

Custas *ex lege*. Sem honorários.

É como voto.

Aracaju/SE 26 de Abril de 2023

DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE A. LIMA
RELATOR

Acompanho parcialmente a divergência inaugurada pela Dra. Suyene Barreto Seixas de Santana divergindo de Sua Excelência tão apenas quanto à instauração de Incidente para a declaração de inconstitucionalidade.

É que o incidente desloca para o Órgão competente o exame da (in)constitucionalidade de ato normativo em decorrência da previsão do art. 97 da CF/88.

Tratando-se este Plenário justamente do Órgão competente para tanto, desnecessária a instauração do incidente.

Voto pela concessão parcial da ordem.

Aracaju/SE 26 de Abril de 2023

DESA. IOLANDA SANTOS GUIMARÃES