



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 16.727 - PR (2010/0058339-9)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE QUEDAS DO IGUAÇU
ADVOGADO : EDEMAR ANTÔNIO ZILIO JÚNIOR
AGRAVADO : ESTADO DO PARANÁ
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO JORGE D'OESTE

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. LOCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VALOR ADICIONADO DE ICMS. ESTABELECIMENTO PRODUTOR DE ENERGIA. PRECEDENTES.

1. Trata-se de demanda que discute o repasse de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, sobre a produção de energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica de Salto Osório/PR. No agravo regimental, pretende-se a reforma da decisão monocrática que indeferiu a liminar e extinguiu, sem resolução do mérito, medida cautelar ajuizada para atribuir efeito suspensivo a recurso especial.

2. A utilização de medidas cautelares para emprestar efeito suspensivo a recurso especial apenas é permitida em situações excepcionais, desde que efetivamente demonstrados os requisitos da urgência da prestação jurisdicional, da plausibilidade do direito e da viabilidade de conhecimento do apelo raro.

3. As questões processuais citadas no recurso especial (arts. 111, 133, 130 e 330, I do CPC e o art. 1º da Lei 9.494/97) não foram objeto de debate nas instâncias ordinárias, deixando de haver o necessário prequestionamento. Quando, apesar de provocada pelas partes, a Corte de origem não se manifesta sobre a matéria, faz-se necessária a oposição de embargos de declaração e, caso não supridas as omissões, a interposição do recurso especial fundamentado na violação do art. 535, II, do CPC. A não observância desse procedimento obsta o conhecimento do apelo especial, ante o óbice da Súmula 211/STJ.

4. O argumento de que as turbinas produtoras de energia elétrica estão localizadas em território do Município agravado requer o revolvimento do contexto fático-probatório da demanda, o que é vedado na instância extraordinária, em razão do impeditivo sumular nº 07/STJ.

5. O recurso especial deve ser apreciado segundo as premissas fáticas estabelecidas na origem. Nesse contexto, os municípios alagados não fazem jus ao valor adicionado fiscal, que deverá ser repassado ao município onde efetivamente se produz a energia. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 20 de maio de 2010(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 16.727 - PR (2010/0058339-9)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE QUEDAS DO IGUAÇU**
ADVOGADO : **EDEMAR ANTÔNIO ZILIO JÚNIOR**
AGRAVADO : **ESTADO DO PARANÁ**
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DE SÃO JORGE D'OESTE**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de agravo regimental contra decisão que indeferiu a liminar e extinguiu a medida cautelar sem resolução do mérito, por não estarem presentes as hipóteses excepcionais para a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelo Município de Quedas do Iguaçu/PR.

O recorrente alega que houve prequestionamento acerca da indevida antecipação dos efeitos da tutela, porquanto a matéria fora exaustivamente agitada pelo agravante nas instâncias ordinárias.

Segundo a municipalidade, mesmo que não tenha sido prequestionado esse ponto, deve prevalecer a indisponibilidade do interesse público e a natureza de ordem pública da discussão contida nos autos, autorizando-se, até mesmo, o conhecimento de ofício da questão pelo Superior Tribunal de Justiça.

Alega não ser hipótese de aplicação da Súmula 07/STJ, pois não se discute no apelo nobre os pressupostos para a concessão do provimento antecipatório, mas as vedações legais ao deferimento da tutela, quando essa medida puder esgotar no todo ou em parte o objeto da ação.

De acordo com o recorrente, não é possível, antes do trânsito em julgado da ação, liberar em favor do Município de São Jorge D'Oeste os valores que estão sendo depositados em conta poupança judicial, referentes ao repasse de ICMS realizado pelo Estado do Paraná.

Quanto ao mérito, o agravante defende que também integra a sede da Usina Hidrelétrica de Salto Osório, pois o leito originário do Rio Iguaçu, onde estão as turbinas geradoras de eletricidade, é a divisa entre o Municípios de Quedas do Iguaçu e São Jorge D'Oeste. Nas palavras do recorrente:

A hidrelétrica em questão é, em verdade, um estabelecimento bi-municipal, já que seu complexo gerador é composto das instalações geradoras localizadas como um todo indivisível entre os Municípios de Quedas do Iguaçu e São Jorge D'Oeste. Sendo justa e legal a participação do Agravante no produto da arrecadação do ICMS (e-STJ fl. 630).

Por fim, o recorrente reafirma a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida, pleiteando a reforma da decisão que extinguiu o processo cautelar.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 16.727 - PR (2010/0058339-9)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. LOCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VALOR ADICIONADO DE ICMS. ESTABELECIMENTO PRODUTOR DE ENERGIA. PRECEDENTES.

1. Trata-se de demanda que discute o repasse de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, sobre a produção de energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica de Salto Osório/PR. No agravo regimental, pretende-se a reforma da decisão monocrática que indeferiu a liminar e extinguiu, sem resolução do mérito, medida cautelar ajuizada para atribuir efeito suspensivo a recurso especial.

2. A utilização de medidas cautelares para emprestar efeito suspensivo a recurso especial apenas é permitida em situações excepcionais, desde que efetivamente demonstrados os requisitos da urgência da prestação jurisdicional, da plausibilidade do direito e da viabilidade de conhecimento do apelo raro.

3. As questões processuais citadas no recurso especial (arts. 111, 133, 130 e 330, I do CPC e o art. 1º da Lei 9.494/97) não foram objeto de debate nas instâncias ordinárias, deixando de haver o necessário prequestionamento. Quando, apesar de provocada pelas partes, a Corte de origem não se manifesta sobre a matéria, faz-se necessária a oposição de embargos de declaração e, caso não supridas as omissões, a interposição do recurso especial fundamentado na violação do art. 535, II, do CPC. A não observância desse procedimento obsta o conhecimento do apelo especial, ante o óbice da Súmula 211/STJ.

4. O argumento de que as turbinas produtoras de energia elétrica estão localizadas em território do Município agravado requer o revolvimento do contexto fático-probatório da demanda, o que é vedado na instância extraordinária, em razão do impeditivo sumular nº 07/STJ.

5. O recurso especial deve ser apreciado segundo as premissas fáticas estabelecidas na origem. Nesse contexto, os municípios alagados não fazem jus ao valor adicionado fiscal, que deverá ser repassado ao município onde efetivamente se produz a energia. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Trata-se de demanda que discute o repasse de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, sobre a produção de energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica de Salto Osório/PR.

O Município de Quedas do Iguaçu/PR interpôs agravo regimental contra decisão monocrática que indeferiu a liminar e extinguiu, sem resolução do mérito, medida cautelar ajuizada para atribuir efeito suspensivo a recurso especial.

O agravante alega que houve o prequestionamento acerca da indevida antecipação de tutela realizada pelo acórdão estadual, pois a matéria fora exaustivamente provocada pelo recorrente nas instâncias ordinárias. Afirmo não ser hipótese de aplicação da Súmula 07/STJ, pois não se discute



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no apelo nobre os pressupostos para a concessão do provimento antecipatório, mas as vedações legais ao deferimento da tutela, quando essa medida puder esgotar no todo ou em parte o objeto da ação.

Segundo o recorrente, apenas seria possível a execução do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná após o trânsito em julgado da causa.

No mérito, o agravante defende que também integra a sede da Usina Hidrelétrica de Salto Osório, pois o leito originário do Rio Iguaçu, onde estão as turbinas geradoras de eletricidade, é a divisa entre o Municípios de Quedas do Iguaçu/PR e São Jorge D'Oeste/PR.

Reafirma a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida e pleiteia a reforma da decisão que extinguiu o processo cautelar.

Após examinar os argumentos expendidos na irresignação recursal, entendo que não há motivos para a modificação da decisão monocrática anteriormente proferida, devendo esse *decisum* ser mantido por seus próprios fundamentos.

A utilização de medidas cautelares para emprestar efeito suspensivo a recurso especial apenas é permitida em situações excepcionais, desde que efetivamente demonstrados os requisitos da urgência da prestação jurisdicional, da plausibilidade do direito e da viabilidade de conhecimento do apelo raro.

Na hipótese, não estão preenchidos os pressupostos da cautelar, o que desautoriza a concessão da medida extrema.

As questões processuais citadas no recurso especial (arts. 111, 133, 130 e 330, I do CPC e o art. 1º da Lei 9.494/97) não foram objeto de debate nas instâncias ordinárias, deixando de haver o necessário prequestionamento da matéria.

Ressalte-se que, quando a matéria é provocada pelas partes e a Corte de origem não se manifesta sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça entende ser indispensável a oposição de embargos de declaração e, caso não supridas as omissões, a interposição do recurso especial fundamentado na violação do art. 535, II, do CPC.

A não-observância desse procedimento pelo recorrente obsta o conhecimento da matéria no âmbito do apelo especial, ante a incidência da Súmula 211/STJ, *verbis*: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Por outro lado, o argumento de que o agravante também integra a sede da Usina Hidrelétrica de Salto Osório e, portanto, não se classifica no conceito de município alagado requer o revolvimento do contexto fático-probatório da demanda, o que é vedado na instância extraordinária, em razão do impeditivo sumular nº 07/STJ.

A esse respeito, vale mencionarmos a situação fática soberanamente fixada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Sem razão, portanto, o apelante UM, bem como os recorrentes adesivos, ao afirmarem que os municípios lindeiros também são destinatários de parte da arrecadação do ICMS decorrente da geração de energia elétrica, por contribuírem com as terras para alagamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(*omissis*)

Quanto ao argumento do apelante DOIS, no sentido de que a prova trazida aos autos pelo Município autor (fl. 595) não é conclusiva, tal alegação desmerece guarida, pois essa prova consiste no documento firmado em papel timbrado da Tractebel Energia, nada menos que a empresa exploradora da geração de energia elétrica da Usina Hidrelétrica de Salto Osório. (e-STJ fls. 90-91).

Dessarte, de acordo com o Tribunal *a quo*, o Município de Quedas do Iguaçu/PR foi considerado como município limdeiro, devendo a instância extraordinária apreciar o recurso especial, com base nessa premissa estabelecida na origem.

Logo, também não está demonstrada, quanto ao mérito, a plausibilidade do direito vindicado, porquanto a jurisprudência do STJ tem consagrado o entendimento de que os municípios alagados não fazem jus ao valor adicionado fiscal, que deverá ser repassado ao município onde efetivamente se produz a energia.

Nesse sentido, podem ser citados, por exemplo, o REsp 425.426/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24.03.03 e o AgRg nos EDcl no REsp 747.772/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 04.05.06.

Transcrevo, ainda, a ementa dos seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO – ICMS – DISTRIBUIÇÃO DE PARCELA AOS MUNICÍPIOS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – VALOR ADICIONADO – ENERGIA ELÉTRICA – CÔMPUTO EM FAVOR DA LOCALIDADE ONDE É PRODUZIDA.

1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgado decide de forma clara e objetiva acerca do ponto alegado como omissio, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Para fins de distribuição de parcela do ICMS aos Municípios, o fornecimento de energia elétrica deve ser computado como valor adicionado a favor da localidade onde está o estabelecimento produtor (local de saída da energia). Precedentes do STJ.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 921.915/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 14/10/2009).

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS AOS MUNICÍPIOS. VALOR ADICIONADO FISCAL. FATO GERADOR DA EXAÇÃO. CRITÉRIO DA TERRITORIALIDADE. LOCAL DA SAÍDA DA MERCADORIA. FONTE PRODUTORA DE ENERGIA ELÉTRICA. USINA.

1. O Município de Ubarana propôs ação ordinária contra o Estado de São Paulo com o objetivo de obter participação na receita do ICMS decorrente da geração de energia produzida pela Usina de Promissão, proporcionalmente ao valor adicionado em seu território e o total arrecadado. Todavia, o pedido foi julgado improcedente nas instâncias, assim decidindo o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Se a energia elétrica, embora produzida em um município, tem a sua venda e saída realizada em outro, onde está a administração da usina hidrelétrica, somente este último tem direito ao ICMS, em razão do ato de mercancia constituir-se no fato gerador do imposto" 2. A análise de ofensa ao disposto no artigo 334, do Código de Processo Civil, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Com efeito, a análise da pretensão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Municipalidade esbarra no impedimento da Súmula 7/STJ, pois não há como infirmar, sem revolver o conjunto probatório dos autos, a premissa consignada pelo Tribunal Paulista no sentido de ser incontroverso o fato de que a venda da energia gerada pelo recorrente ocorreria no Município de Promissão.

3. A ausência de prequestionamento do disposto no artigo 23, do Convênio nº 66/88, impede o exame do apelo no ponto. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Em face do prequestionamento, ainda que implícito, dos demais dispositivos apontados por ofendidos – artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 63/90; artigos 2º, inciso VI e 27, inciso I, alínea "b", § 3º, ambos do Convênio nº 66/88 –, bem como da comprovação da divergência, o recurso deve ser conhecido.

5. Discute-se, na hipótese, o direito do Município de Ubarana/SP receber percentual de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, em decorrência da energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica de Promissão – localizada no território do município recorrente, não obstante sua denominação. Isto porque o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que o fato gerador da exação se dá com a venda da energia, que, no caso, ocorre na sede administrativa da usina hidrelétrica, localizada no Município de Promissão (fl. 300).

6. A Constituição da República assegura aos Municípios 25% do ICMS arrecadado pelo Estado, consoante o disposto em seu artigo 158, inciso IV: "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 e intermunicipal e de comunicação".

7. Do percentual de ICMS reservado aos Municípios, três quartos (3/4), no mínimo, devem ser creditados "na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios" e até um quarto (1/4) "de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal", respectivamente, nos termos dos incisos I e II do parágrafo único do art. 158 da CRFB/88.

8. Conforme dicção do art. 161, inciso I, da CF, cabe à Lei Complementar Federal, no caso a de nº 63/90, definir o valor adicionado fiscal – VAF – para os fins previstos no art. 158, parágrafo único, inciso I, da CRFB/88.

9. O artigo 3º, § 1º, inciso I, da LC nº 63/90 estabelece que o VAF corresponde à diferença entre o valor das saídas de mercadorias e dos serviços de transporte e de comunicação e o valor das entradas de mercadorias, em cada ano civil, prestados no território de cada município dos estados da Federação.

10. Já nas hipóteses de tributação simplificada – microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 146, parágrafo único, da CRFB –, bem assim nas situações em que se dispensem os controles de entrada, considera-se, para cálculo do VAF, o valor de 32 % da receita bruta desses estabelecimentos, segundo a dicção do inciso II do art. 3º da LC 63/90, conferida pela LC 123/06.

11. O § 2º do art. 3º da LC nº 63/90 estipula que, para efeito de cálculo do VAF, serão levadas em consideração todas as operações que, em tese, constituiriam fato gerador do ICMS, ainda que não tributadas por força de imunidade ou isenção, apurando-se a riqueza em cada uma delas (art. 3º, § 2º, inciso I e II, da LC 63/90).

12. Consoante os critérios legais, para fins de cálculo do VAF, em se tratando de energia elétrica, torna-se imprescindível saber em que local ocorre a "saída" da mercadoria – critério da territorialidade, que nada mais é do que o elemento espacial da obrigação tributária.

13. In casu, torna-se imperioso saber onde ocorre a saída da mercadoria: se na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

usina geradora da energia, onde é produzida, consoante alega o recorrente, ou na sede administrativa da Usina que a comercializa, conforme consignado no aresto impugnado.

14. A orientação do Tribunal Paulista vai de encontro ao que prevê o inciso VI do art. 2º do Convênio 66/88, o qual estabelece que a materialização da hipótese de incidência do ICMS se dá na saída da mercadoria do estabelecimento gerador "para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas". No ponto, cabe ressaltar que o Convênio 66/88 foi firmado como sucedâneo da lei complementar anunciada no § 8º do art. 34 do ADCT, e assim vigeu até a edição da LC 87/96, a denominada "Lei Kandir".

15. Corrobora o raciocínio o disposto no inciso I alínea "b" do artigo 27 do Convênio 66/88, que considera o local da operação, com relação à mercadoria, "o do estabelecimento em que se realize cada atividade de produção, extração, industrialização ou comercialização, na hipótese de atividades integradas".

16. O fato gerador do ICMS se aperfeiçoa somente com a circulação econômica da mercadoria – energia elétrica – após sua geração e saída no lugar onde se situa o equipamento utilizado para produzi-la – gerador. Neste local é que se promove a adição de valor que servirá de referência para apuração da parcela conferida aos municípios. No caso dos autos, esse equipamento, segundo aferido pelo acórdão recorrido, encontra-se no Município ora recorrente (Usina Hidrelétrica de Promissão, localizada no Município de Ubarana – fl. 300).

17. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 811.712/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 12/06/2009).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0058339-9

AgRg na
MC 16727 / PR

Números Origem: 4236544 7942001

PAUTA: 20/05/2010

JULGADO: 20/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : MUNICÍPIO DE QUEDAS DO IGUAÇU
ADVOGADO : EDEMAR ANTÔNIO ZILIO JÚNIOR
REQUERIDO : ESTADO DO PARANÁ
REQUERIDO : MUNICÍPIO DE SÃO JORGE D'OESTE

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE QUEDAS DO IGUAÇU
ADVOGADO : EDEMAR ANTÔNIO ZILIO JÚNIOR
AGRAVADO : ESTADO DO PARANÁ
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO JORGE D'OESTE

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 20 de maio de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária