



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.423 - SE (2010/0119457-2)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE ROSÁRIO DO CATETE
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO QUEIROZ S. ROZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CAPELA
ADVOGADO : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : MARCOS TORRES DE BRITO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. VALOR ADICIONADO. MUNICÍPIO BENEFICIÁRIO. EXTRAÇÃO SUBTERRÂNEA DE POTÁSSIO ENVOLVENDO MAIS DE UM MUNICÍPIO. IRRELEVÂNCIA. VERIFICAÇÃO DA LOCALIDADE ONDE O MINÉRIO BENEFICIADO É COMERCIALIZADO E ONDE OCORRE O FATO GERADOR DO TRIBUTO.

– Tem direito de receber, com exclusividade, o "valor adicionado" relativo ao ICMS o município no qual o minério é efetivamente comercializado e onde ocorre o fato gerador. A municipalidade em que o minério é, apenas, extraído não tem direito de receber o mencionado benefício financeiro.

Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin, que lhe negou provimento. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. João Marcos Fonseca de Melo, pela parte recorrente: Município de Rosário do Catete.

Dr. Carlos Bastide Horbach, pela parte recorrida: Município de Capela.
Brasília, 15 de março de 2012(data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.423 - SE (2010/0119457-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Município de Rosário do Catete – SE contra o acórdão de fls. 300-318, do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que denegou o MS n. 0049/2008, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TCE E LITISPENDÊNCIA – REJEITADAS – EXTRAÇÃO DE MINÉRIOS – MUNICÍPIOS LÍMITROFES – REPASSE DO ICMS – VALOR AGREGADO A SER REPARTIDO ENTRE OS MUNICÍPIOS – LEGALIDADE DO ATO DELIBERATIVO DO TCE – ORDEM DENEGADA.

– O art. 3º, X, da Lei Complementar Estadual nº 04/90 autoriza o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe a calcular e fiscalizar as quotas do ICMS a serem repassadas aos Municípios. A Ação Ordinária ainda em trâmite tem como pedido a declaração de nulidade de outro Ato Deliberativo, o que afasta a alegação de identidade entre as ações.

– O valor Adicionado está previsto no art. 158 da CF e no art. 3º, § 1º, da LC 63/90, não podendo ser confundido com a circulação efetiva de mercadorias.

– 'A norma constitucional adota, pois, o critério da territorialidade do valor adicionado para fins de distribuição do ICMS entre os Municípios, ou seja, cada Município fica com o valor adicionado produzido em seu território' (RMS 19.106-MG, 03.06.2008).

– Considerando que a CVRD declara anualmente os valores adicionados de cada Município, este deve ser o valor repassado mensalmente para os Municípios onde são extraídos os minérios."

O Tribunal de origem negou provimento, ainda, aos declaratórios do ora recorrente (fls. 333-342).

Narra o recorrente, inicialmente, que:

"A presente lide tem por fim reformar decisão oriunda do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

A decisão guerreada partilhou o produto da arrecadação do ICMS, decorrente da atividade da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (venda de potássio).

O Município recorrente acolhe em seu território um centro de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extração de potássio da CVRD.

O minério é extraído da mina localizada no subsolo dos municípios de Rosário do Catete (ora recorrente) e Capela.

Entretanto, **o estabelecimento comercial da CVRD é localizado no Município de Rosário do Catete, local onde é comercializado todo o produto da sua extração mineral.**

Mais claro: **o fato gerador do ICMS decorrente da venda do potássio ocorre no município de Rosário do Catete.**

O Tribunal de Contas, entretanto, sem qualquer motivação, decidiu repartir o repasse de receita, decorrente do ICMS arrecadado com a venda do potássio pela CVRD, entre os municípios de Rosário do Catete e Capela.

Para ser mais detalhista: **o Tribunal de Contas Estadual impediu que o produto do ICMS decorrente da venda do potássio ingressasse integralmente no cálculo do valor adicionado do Município de Rosário do Catete, repartindo-o com o município de Capela.**

Desta forma, o valor correspondente ao ICMS recolhido da CVRD foi repartido entre Rosário do Catete e Capela, para fins do cálculo do valor adicionado, repartindo, então, o repasse previsto no art. 158, inciso IV, da Constituição Federal.

Diante do absurdo, o recorrente impetrou a presente ação mandamental" (fls. 346-347).

Ressalta que o acórdão recorrido, embora afirme que "cada município fica com o valor adicionado produzido em seu território" (fl. 348), entende, na verdade, "que a extração mineral é a medida correta para se calcular o valor adicionado, jamais o produto da arrecadação do ICMS, criando uma nova forma de calcular o valor adicionado e, portanto, o repasse do produto da arrecadação do imposto" (fls. 349-350).

Sustenta haver contrariedade ao "art. 158, inciso IV e parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, c.c. a Lei Complementar nº 63/90, em seu art. 3º e Constituição do Estado de Sergipe, em seu art. 143, inciso IV e § 1º, inciso I" (fl. 351). Argumenta que o "valor adicionado não é nada mais que o resultado do ICMS arrecadado no território do Município, abatido dos valores decorrentes das entradas" (fl. 353). Com isso, "o fato gerador do ICMS ocorrido no território do município é o grande componente do valor adicionado" (fl. 353), não tendo relevância a extração mineral para efeito de definir o município a ser beneficiado. A extração, na verdade, constitui fato gerador da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM e jamais poderia ser considerada para fins de valor adicionado.

Reitera que **"a CVRD apenas extrai o minério da sua mina e transporta-o para o Município de Rosário do Catete, local onde está sediado o seu**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento comercial e onde o produto é devidamente comercializado" (fl. 356).

Alega, ainda, violação do art. 535 do Código de Processo Civil, tendo em vista haver contradição no acórdão recorrido. Diz que, embora o julgado argumente "que o princípio da territorialidade norteia a composição do valor adicionado" (fl. 361), conclui que "**o Município que mais produz recebe maior parcela do ICMS, enquanto aquele que menos produz recebe uma parcela menor**" (fl. 361). Reclama que o acórdão nem sequer explicita o que significa "produzir".

Postula a concessão da segurança para que "seja anulado o Ato Deliberativo nº 735/2008 do TCE" e que seja reconhecido "o direito do Município de Rosário de receber as parcelas integrais do valor adicionado, decorrente do ICMS arrecadado em seu território, oriundo da comercialização do potássio pela Companhia Vale do Rio Doce" (fls. 364-365).

O Município de Capela – SE (fls. 372-385) e o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (fls. 391-410) apresentaram contrarrazões.

Opina a Dra. Maria Caetana Cintra Santos, ilustrada Subprocuradora-Geral da República, pelo conhecimento e pelo provimento do recurso. Entende que "o fato gerador do tributo – ICMS – no território do Município de Rosário do Catete, local de saída final dos produtos beneficiados, inexistente motivo para participação dos municípios de base extrativa na receita proveniente da arrecadação do ICMS com base no valor adicionado fiscal – VAF – que se consumou naquele município" (fl. 425).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.423 - SE (2010/0119457-2)

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. VALOR ADICIONADO. MUNICÍPIO BENEFICIÁRIO. EXTRAÇÃO SUBTERRÂNEA DE POTÁSSIO ENVOLVENDO MAIS DE UM MUNICÍPIO. IRRELEVÂNCIA. VERIFICAÇÃO DA LOCALIDADE ONDE O MINÉRIO BENEFICIADO É COMERCIALIZADO E ONDE OCORRE O FATO GERADOR DO TRIBUTO.

– Tem direito de receber, com exclusividade, o "valor adicionado" relativo ao ICMS o município no qual o minério é efetivamente comercializado e onde ocorre o fato gerador. A municipalidade em que o minério é, apenas, extraído não tem direito de receber o mencionado benefício financeiro.

Recurso ordinário provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

Insurge-se o Município de Rosário do Catete – SE, impetrante/recorrente, contra o Ato Deliberativo n. 735/2008, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, que concedeu parte do "valor adicionado" relativo ao ICMS decorrente da comercialização de minério ao Município de Capela – SE.

Postula, então, o recorrente que "seja anulado o Ato Deliberativo nº 735/2008 do TCE" e que seja reconhecido o seu direito "de receber as parcelas integrais do valor adicionado, decorrente do ICMS arrecadado em seu território, oriundo da comercialização do potássio pela Companhia Vale do Rio Doce" (fls. 364-365).

A pretensão deduzida na segurança procede.

Sobre os fatos da causa, é incontroverso que a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD extrai potássio dos subsolos dos dois municípios e que a "boca da mina" encontra-se localizada no território do ora recorrente, **em que é efetivamente beneficiado e comercializado**, ou seja, onde ocorre o fato gerador do ICMS. A propósito, veja-se o que relata o próprio Município de Capela em suas contrarrazões:

"A Companhia Vale do Rio Doce S/A, atualmente, denominada de Vale S/A, é detentora do direito de exploração da substância mineral potássio em uma área que compreende parte dos municípios de Riachuelo, Malhador, Santa Rosa de Lima, Nossa Senhora das Dores, Siriri, Divina Pastora, Maruim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rosário do Catete, Capela, Japarabuta, Carmópolis, General Maynard, Santo Amaro das Brotas e Pirambu, todos localizados dentro do Estado de Sergipe.

Estando o minério localizado a aproximadamente 800 (oitocentos) metros de profundidade, a mina foi desenvolvida sob a forma de '**mina subterrânea**' e sua '**boca**' edificada no Município de Rosário do Catete, local por onde chega à superfície **todo** o potássio extraído das galerias subterrâneas.

Inicialmente restrita ao território do Município de Rosário do Catete, as galerias subterrâneas de extração mineral adentrou no território do Município de Capela, fato comprovado através de laudo pericial realizado no ano de 2002 e referendado pelo Poder Judiciário do Estado de Sergipe por meio do acórdão 173/2005, de 16/02/2005. Portanto, é fato incontroverso que o exercício de atividade econômica exploratória da Vale S/A abrange tanto o território de Rosário do Catete, quanto o de Capela, locais de onde é **extraída e tem saída** a mercadoria comercializada – potássio, embora necessariamente tenha que passar pela 'boca da mina', localizada no Município de Rosário do Catete." (fls. 374-375).

Também o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no acórdão denegatório do mandado de segurança (MS n. 0049/2008 – Processo n. 2008102811), é objetivo ao afirmar que, "no caso em comento, a empresa exploradora de potássio (Companhia Vale do Rio Doce – CVRD) situa-se no Município de Rosário do Catete, sendo que o minério é extraído tanto do seu subsolo, quanto do Município de Capela" (fl. 310). Apenas entendeu que, contrariamente à pretensão do impetrante, "devem receber o repasse do ICMS, não só o Município onde se localiza a comercialização do minério (potássio), mas também naquele onde ele é extraído. Isso se justifica como forma de manter o equilíbrio entre os municípios, porque senão somente aquele onde a empresa extratora é sediada e faz a comercialização, é que teria direito ao repasse do ICMS" (fl. 309).

Veja-se que o acórdão recorrido adotou uma orientação predominantemente política, de forma a distribuir a riqueza entre outros municípios do Estado de Sergipe. Ocorre que esse, *data venia*, não é o entendimento mais adequado diante, sobretudo, do que dispõe a Constituição Federal sobre o tema, *in verbis*:

"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 e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionada no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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;**"

Em sentido semelhante, assim disciplina a Lei Complementar n. 63/1990:

"Art. 3º 25% (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 serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I – **3/4 (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;**

[...]

§ 1º O **valor adicionado corresponderá**, para cada Município:

I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, **no seu território**, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil;

[...]

§ 2º **Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:**

I – **as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto**, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;

II – as operações imunes do imposto, conforme as alíneas a e b do inciso X do 2º do art. 155, e a alínea d do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal" (grifos meus).

Sobre o tema, ao proferir voto, como relator, no julgamento do RMS n. 4.354-1/MG, Primeira Turma, em 24.5.1995, DJ de 14.8.1995, concluí que o "valor adicionado" constituía um benefício ao município que desenvolvia em seu território a circulação da mercadoria, ensejando o fato gerador. Evidentemente, tal entendimento, que ainda mantenho, confere o direito de receber o "valor adicionado" apenas ao município onde a comercialização do minério e o fato gerador do ICMS ocorrem. Afasta-se esse benefício, portanto, dos municípios nos quais há a simples extração do minério.

E seguindo essa definição, inclusive reproduzindo parte do meu voto que exarei no referido precedente (RMS 4.354-1/MG), a Segunda Turma, em caso bastante semelhante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao destes autos, assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. FINANCEIRO. RECURSO MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS. VAF (VALOR ADICIONADO FISCAL). CRITÉRIO CONSTITUCIONAL.

1. O art. 158, inc. IV, da CF/88, destina 25% do produto da arrecadação do ICMS aos Municípios.

2. Os critérios para o crédito das parcelas da receita do ICMS são os estipulados no parágrafo único, incisos I e II do art. 158, da CF/88.

3. Nos termos do inc. I, do parágrafo único do art. 158, $\frac{3}{4}$, no mínimo, do percentual de 25% do produto da arrecadação do ICMS, devem ser creditados *'na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios'*.

4. Disciplina, pela LC 63/90, do conceito de *valor adicionado fiscal* e dos critérios de distribuição para fins do disposto no parágrafo único, inc. I, art. 158, da CF/88.

5. **Destinação ao município em cujo território foram realizadas as operações de entrada e saída de mercadoria que constituíram fato gerador do ICMS do crédito decorrente da apuração do valor adicionado fiscal.**

6. A saída da mercadoria aperfeiçoa-se no domicílio fiscal da empresa que pratica a operação de que depende o fato gerador do ICMS. Precedentes desta Corte.

7. Recurso conhecido e provido" (RMS 14.238/MG, Ministro Paulo Medina, DJ de 16.9.2002 – grifo meu).

Do voto condutor do precedente da Segunda Turma, para afastar qualquer dúvida a respeito da semelhança com o caso em debate, extraio as seguintes passagens:

"Discute-se, nos autos, a distribuição do *valor adicionado fiscal* relativo às empresas Ferteco Mineração S/A e Minas da Serra Geral S/A, ambas com domicílio fiscal no Município de Ouro Preto, que recebem minério extraído de Municípios vizinhos - Belo Vale, Congonhas e Santa Bárbara -, processando-o e, posteriormente, remetendo-o a terceiros.

Sustenta o impetrante que a saída do produto, configurando o fato gerador do ICMS, ocorre no seu território, o que implica a necessária atribuição ao mesmo da totalidade do VAF - valor adicionado fiscal - apurado pelas mencionadas empresas. No entanto, o Estado de Minas Gerais vem distribuindo o referido Valor adicionado, de maneira proporcional, destinando parcela deste aos Municípios de Belo Vale e Congonhas, no que diz respeito à Ferteco Mineração S/A e a totalidade da apuração da Minas da Serra Geral S/A ao Município de Santa Bárbara.

O acórdão recorrido entendeu válido o critério de distribuição do VAF efetuado pelo Estado de Minas Gerais, reputando haver



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circulação de riqueza pelo simples deslocamento do minério dos Municípios em que é extraído para a sede das empresas, onde são, efetivamente, comercializados.

O correto deslinde da questão imprescinde da fixação da interpretação do inciso I, parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal, bem como da análise da disciplina constitucional e legal do *valor adicionado fiscal*, critério primeiro na apuração da parcela de ICMS a ser repassada aos municípios brasileiros.

Esta eg. Corte assentou, há muito, o seu entendimento acerca do conceito de *valor adicionado fiscal* e da regulamentação da partilha das receitas do ICMS derivadas da apuração deste. Tenha-se da lição consignada pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, no julgamento do RMS 4.354-1/MG, DJ de 14.08.1995:

'A Constituição Federal, no seu art. 158, inciso IV e parágrafo único, estabelece que pertencem aos municípios vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do ICMS, sendo que, desse percentual, três quartos, no mínimo, serão creditados ao município onde tiver ocorrido o aludido 'valor adicionado'.

Por sua vez o art. 161, I, da Carta Política Nacional, preceitua que cabe à lei complementar definir o valor adicionado para fins do disposto no parágrafo único do art. 158.

Veio, então, a Lei Complementar n. 63/90, para, no § 1º, do seu art. 3º, pontificar que 'o valor adicionado corresponderá, para cada município, ao valor das mercadorias saídas ... no seu território, deduzido do valor das mercadorias entradas, em cada ano civil', sendo certo que o seu **§ 2º edita que 'para efeito de cálculo da valor adicionado serão computadas (I) as operações ... que constituam fato gerador do imposto**, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais', bem assim (II) 'as operações imunes de imposto...'

Referido preceito normativo define, com uma clareza meridiana, que o valor adicionado é aquele que for apurado entre o valor da entrada e o valor da saída da mercadoria, sendo fruto assim, de mera operação aritmética.

(...)... sendo bastante que se tenha em conta que **ao município em cujo território foram realizadas as operações de entrada e saída de mercadoria que constituíram fato gerador do ICMS (e mesmo as imunes), será creditado três quartos, no mínimo, do vinte e cinco por cento do valor do ICMS gerado dessas operações, inclusive as que forem imunes desse imposto.**

Verifica-se, assim, que o 'valor adicionado' é como se fosse um 'pagamento' que o município recebesse por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fomentar, em seu território, a circulação da mercadoria.'

Igual entendimento foi fixado pelo Ministro José Delgado, que, em diversas ocasiões deixou consignado:

'O ICMS retorna aos municípios num percentual de 25% do arrecadado, com critérios próprios, diferentes daqueles que geraram a tributação.

O montante é proveniente do ICMS, mas a distribuição dos 25% do montante recebe regras de direito financeiro.

E a primeira regra é, segundo a Lei Complementar 63/90, observar qual município recolheu o imposto.

A segunda tem um desdobramento. O retorno se faz atendendo a dois critérios:

a) $\frac{3}{4}$ pelo VAF e

b) $\frac{1}{4}$ (ou 25%) conforme dispuser lei estadual.

O item 'b' está atendido em Minas Gerais pela recente lei, denominada 'Hobin Hood', em que se visa atender municípios mais carentes.

O item 'a' ($\frac{3}{4}$ do VAF) **verifica as operações de ICMS ocorridas no Município.**

A lei não se desdobrou no esclarecimento de firmas que atuem em diversos municípios e nem sobre aquelas cujas instalações atinjam mais de um município. Prevê apenas o município recolhedor do tributo.

Pode estar sendo ela injusta, não se questiona, mas a figura legal atende apenas ao município recolhedor do imposto.' (REsp 331.876/MG, DJ de 22.10.2001 e RMS 7707/MG, DJ de 22.09.1997).

Verifica-se, na esteira do aduzido, que a inteligência dada por esta Corte, à repartição de receitas de ICMS decorrente do *valor adicionado fiscal*, é a de que, **o crédito dos $\frac{3}{4}$ previstos no inc. I, do parágrafo único do art. 158 deve ser efetuado ao 'ao município em cujo território foram realizadas as operações de entrada e saída de mercadoria que constituíram fato gerador do ICMS'.**

Razão assiste, dessa forma, ao recorrente – impetrante.

Como bem apontado no parecer ministerial, o fato gerador do tributo - ICMS -, na espécie, ocorre no território do Município de Ouro Preto, local de saída final dos produtos beneficiados, não existindo motivo para participação dos municípios de base extrativa na receita proveniente da arrecadação do ICMS com base no valor adicionado fiscal - VAF, não ocorrendo agregação de valor as mercadorias nos referidos municípios.

Transcrevo trecho do bem fundamentado parecer ministerial:

'16. O pleito do município de Ouro Preto é o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento do seu direito líquido e certo em perceber integralmente o valor adicionado fiscal - VAF - decorrente dos produtos vendidos e circulados pelas empresas que possuem domicílio fiscal nos limites de seu território, a Ferteco Mineração S/A e a Minas da Serra Geral S/A. Na verdade, estes contribuintes retiram minério em seus estabelecimentos situados nos municípios de Congonhas, Belo Vale e Santa Bárbara, e processam seu beneficiamento final em Ouro Preto, onde é dada a saída aos produtos - nesta última etapa emerge o fato gerador do ICMS, e conseqüentemente a obrigação de recolher o tributo que incide sobre o valor total, alcançado pelo produto após concluídas todas as fases da industrialização. Destarte, pretende o recorrente que os municípios extrativos não participem da partilha do VAF, na proporção das operações praticadas em seus respectivos territórios.

17. Sendo certo que o ICMS é um tributo que incide sobre a circulação dos produtos, ou a realização dos serviços, sendo certo que o contribuinte é aquele que promove esta circulação, ou esta prestação, sendo certo, ainda, que a base de cálculo é o valor que o produto, ou o serviço alcança nessa operação de saída, é de se concluir que merece acolhida o pleito da mandamental.

18. Vejamos: o minério proveniente de estabelecimento do próprio contribuinte, as multimencionadas empresas Ferteco S/A e a Minas da Serra Geral S/A, chega ao seu território com valor inferior, ali, em outro estabelecimento do mesmo industrial, sofre um processo de beneficiamento, que lhe agrega certo valor, alcançando a quantia pela qual será alienado de forma definitiva pela empresa contribuinte, que ali mesmo, em Ouro Preto, seu domicílio fiscal, como provam os documentos de fls. 18/21 e 27/29, recolhe o ICMS devido. Nesta saída dos produtos beneficiados materializa-se o fato gerador da exação.

19. Logo, ocorrendo o fato gerador do tributo - ICMS - no território do Município de Ouro Preto, local de saída final dos produtos beneficiados, inexistente motivo para participação dos municípios de base extrativa na receita proveniente da arrecadação do ICMS com base no valor adicionado fiscal - VAF - que se consumou naquele município.' (fls. 934/938 - STJ)

Assinalo que, como percuncientemente apontado pelo município recorrente, o deslocamento físico da mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa, sem qualquer qualificação jurídica, não constitui fato gerador do ICMS, entendimento corroborado pela Súmula 166/STJ:

'Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do mesmo contribuinte' .

Ainda nesse aspecto, vale transcrever excerto do voto vencido do Des. Almeida Melo, que bem fixou a questão:

'Ora, a extração mineral pode ocorrer em diversos municípios, mas é o estabelecimento de Ouro Preto que comercializa. A transferência para Ouro Preto opera-se entre estabelecimentos da mesma empresa, não sendo fato gerador do ICMS. É em Ouro Preto que, por opção do contribuinte, encontra-se o domicílio tributário que faz a remessa tributável.

Como assinalou o eg. STJ, no último precedente citado (referindo-se ao Resp 37.901-6/SP – observação nossa), o domicílio tributário encontra-se bem definido pelo art. 127 do Código Tributário Nacional. É o lugar eleito pelo contribuinte e, na falta da eleição, o lugar de sua sede ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento.

Ora, a remessa entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não dá origem a obrigação tributária.

A origem da obrigação existe quando o estabelecimento de Ouro Preto remete a terceiros.

Aspectos outros, como a perfuração do solo de diversos municípios, como início da operação, não atrai para aqueles municípios a operação tributável e é essa que a Constituição define como a que identifica o Município beneficiário da partilha da receita. Outros comentários são metajurídicos e não servem para fazer aplicar a Constituição.' (fls. 782/784 - TJMG).

Despiciendo, na esteira do aduzido, distinguir municípios mineradores daqueles em cujos territórios existe área inundada para formação de lago de hidrelétrica, vez que o que identifica as hipóteses é a tese jurídica em análise e não a atividade econômica desempenhada.

O critério constitucional de repartição do produto da arrecadação do ICMS não varia em conformidade com a atividade econômica desempenhada, sendo a disciplina constitucional relativa ao VAF aplicada, indistintamente, a todos os municípios brasileiros.

Esta disciplina, como salientado, erige critério baseado na discriminação de operações tributáveis (leia-se: operações de circulação de mercadorias e de prestações de serviços configuradoras de fato gerador de ICMS), segundo o território em que se realizem. Assim, a distribuição se faz, obrigatoriamente, *'na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios'* (inc. I, parágrafo único, art. 158).

Mister estabelecer-se onde ocorreu o fato gerador do ICMS, que, nos termos da legislação tributária corresponde ao domicílio ou sede fiscal do contribuinte. Se o domicílio fiscal das empresas mineradoras referidas, como comprovado, é o Município de Ouro Preto, não pode ser outro,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para efeito de distribuição de parcela de arrecadação de ICMS, o território de realização das operações tributáveis de circulação de mercadorias, ainda que algumas das etapas da exploração do minério ocorram em outros municípios. Tais etapas carecem de reflexos legais referentes à participação no produto da arrecadação do ICMS, como demonstrado.

Em suma, a 'circulação jurídica' da mercadoria, pertinente à apuração do VAF, ocorre, exclusivamente, no Município de Ouro Preto.

Por fim, ressalto que eventual *injustiça* decorrente do critério constitucional de repartição da receita do ICMS, é amenizada pela compensação financeira pela exploração, assegurada aos Municípios de base extrativa, no § 1º, do art. 20 da CF/88:

'Art. 20. (...)'

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. VALOR ADICIONADO. MUNICÍPIO BENEFICIÁRIO. EXTRAÇÃO SUBTERRÂNEA DE POTÁSSIO ENVOLVENDO MAIS DE UM MUNICÍPIO. IRRELEVÂNCIA. VERIFICAÇÃO DA LOCALIDADE ONDE O MINÉRIO BENEFICIADO É COMERCIALIZADO E ONDE OCORRE O FATO GERADOR DO TRIBUTO.

– Tem direito de receber, com exclusividade, o "valor adicionado" relativo ao ICMS o município no qual o minério é efetivamente comercializado e onde ocorre o fato gerador. A municipalidade em que o minério é, apenas, extraído não tem direito de receber o mencionado benefício financeiro.

Recurso ordinário provido. recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.' "

No caso concreto, portanto, considerando a situação fática atual no tocante à extração do minério, à efetiva comercialização do minério **beneficiado** e, consequentemente, ao local do fato gerador do ICMS, tenho que o Município de Capela não tem direito a receber parte do "valor adicionado", tem-no apenas o impetrante, ora recorrente.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário e concedo a segurança para conferir ao Município de Rosário do Catete o direito de receber as parcelas integrais do valor adicionado, decorrente do ICMS arrecadado em seu território, oriundo da comercialização do potássio pela Companhia Vale do Rio Doce.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.423 - SE (2010/0119457-2)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE ROSÁRIO DO CATETE
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO QUEIROZ S. ROZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CAPELA
ADVOGADO : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : MARCOS TORRES DE BRITO E OUTRO(S)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Pedindo vênia ao eminente relator, Min. Cesar Asfor Rocha, e aos demais Ministros que o acompanharam, divirjo do entendimento esposado.

No caso de lavra mineral, o produto dessa atividade passa a ter valor econômico no momento da própria extração. Enquanto o minério estiver na natureza, ele não é produto comercializável. Por sua vez, a partir do momento em que é separado do meio ambiente, passa a ter valor adicionado, embora na sua característica mais bruta e passível de beneficiamento e transformação industrial.

No RESP 811.712/SP, de relatoria do eminente Min. Castro Meira e representativo da jurisprudência do STJ, ficou decidido em caso similar que a energia elétrica passa a ter valor adicionado no instante em que ela passa a existir, ou seja, quando é fruto da transformação da energia hidráulica em elétrica por um gerador. Transcrevo a ementa:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no artigo 334, do Código de Processo Civil, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Com efeito, a análise da pretensão da 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituíam 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 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. Corroborando 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 811712/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 12/06/2009).

Tenho que as situações são semelhantes. Assim como na hidrelétrica a energia nasce do gerador da usina, na mina o minério surge com a extração. Nos citados marcos é que o objeto da exploração da natureza adquire o valor adicionado.

Um elemento possivelmente utilizado para diferenciar as hipóteses é a circunstância de que na presente situação a extração do minério é no subsolo, enquanto que na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produção energética é na superfície. Todavia, basta um exercício hipotético em que a exploração mineral seja no solo e a geração de energia elétrica no subsolo para se concluir que não há motivo para diferenciar os casos. Em ambos o produto passa a ter valor adicionado no território de município diverso do que é realizada a transação comercial.

Em suma, considero, portanto, que o produto bruto da lavra gera valor adicionado e deve resultar retorno tributário aos municípios em que ocorre a extração. Irrelevante, nessa linha de raciocínio, o local em que se encontra a "boca" da mina.

Por essas razões, peço vênias ao eminente relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, e aos demais Ministros que o acompanharam, para divergir do entendimento majoritário e **negar provimento ao Recurso Especial**.

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0119457-2 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 32.423 / SE

Números Origem: 2008102811 2008103750 2008105740 492008

PAUTA: 15/03/2012

JULGADO: 15/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE ROSÁRIO DO CATETE
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO QUEIROZ S. ROZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CAPELA
ADVOGADO : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : MARCOS TORRES DE BRITO E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **JOÃO MARCOS FONSECA DE MELO**, pela parte RECORRENTE: MUNICÍPIO DE ROSÁRIO DO CATETE

Dr(a). **CARLOS BASTIDE HORBACH**, pela parte RECORRIDA: MUNICÍPIO DE CAPELA

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 maioria, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin que negou-lhe provimento."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.