

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 14.238 - MG (2001/0197248-4)

RELATOR : MINISTRO PAULO MEDINA
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE OURO PRETO
ADVOGADO : JOSÉ RUBENS COSTA E OUTRO
T.ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE BELO VALE
ADVOGADO : LUIZ EDSON BUENO GUERRA E OUTROS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CONGONHAS
ADVOGADO : MARIA GERALDA ZACARIAS E OUTROS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA
ADVOGADO : JOSÉ ANCHIETA DA SILVA E OUTRO
RECORRIDO : FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JOSÉ ROBERTO DE CASTRO E OUTROS

EMENTA

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, 3º, 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.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de junho de 2002. (Data do Julgamento).

MINISTRA ELIANA CALMON
Presidenta

MINISTRO PAULO MEDINA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO MEDINA (Relator) : Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto pelo Município de Ouro Preto contra acórdão

proferido pela Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, por maioria, denegou a ordem pleiteada pelo recorrente.

A impetração voltou-se contra ato do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais e do Governador daquele Estado, consistente na fixação, em caráter definitivo, dos índices de participação dos municípios na parcela de repartição do ICMS, decorrentes da apuração do valor adicionado fiscal - VAF, em atendimento ao comando do art. 158, IV, parágrafo único, inc. I, da Constituição Federal de 1988.

Afirma o impetrante - recorrente a ocorrência de inconstitucionalidade e ilegalidade na forma em que efetuada a apuração do valor adicionado fiscal a ele referente, posto que não considerado, em seu benefício exclusivo, o valor das operações de circulação de mercadorias das empresas Ferteco Mineração S/A e Minas da Serra Geral S/A, nele sediadas.

Sustenta que "... apesar do domicílio fiscal das duas empresas estar no Município impetrante, as autoridades coatoras vêm distribuindo de maneira inconstitucional, parte do valor da apuração relativa à Ferteco aos Municípios de Congonhas e Belo Vale e todo valor da apuração da Minas da Serra Geral S/A ao Município de Santa Bárbara.

Diz, ainda, que as autoridades coatoras assim procedem porque as empresas citadas extraem minério de ferro nos Municípios de Congonhas (Ferteco), Belo Vale (Ferteco) e Santa Bárbara (Minas da Serra Geral), transportando-os para as instalações de beneficiamento no Município de Ouro Preto, de onde o minério de ferro, já beneficiado, é comercializado, isto é, onde se realiza a operação jurídico-fiscal base impositiva do ICMS. " (fls. 756/757 dos autos - numeração do TJMG).

O acórdão recorrido afastou a aplicação, ao caso, dos precedentes desta eg. Corte, colacionados pelo impetrante - recorrente, referentes à geração e venda de energia elétrica, entendidos como hipótese distinta da ora tratada, "pois, no caso da formação do lago os Municípios que tiveram suas terras inundadas recebem apenas royalty" (excerto do voto do relator para o acórdão, Des. Campos de Oliveira, fls. 770/771 - TJMG).

Assentou, outrossim, haver circulação econômica na simples extração do minério de ferro, o que configuraria fato gerador do ICMS, constituindo benefício "injusto" a atribuição exclusiva do valor adicionado fiscal ao município-sede do domicílio fiscal do contribuinte, restando aos demais municípios apenas "crateras", "sem que se lhe pague qualquer vantagem" (fls. 772 - TJMG).

Os votos vencidos, ao revés, entenderam perfeitamente aplicáveis à hipótese os precedentes colacionados, afirmando a identidade das teses jurídicas postas em debate. Os eminentes Desembargadores Garcia Leão e Almeida Melo consignaram o fato dos precedentes terem assentado que "*a saída da mercadoria aperfeiçoa-se no domicílio fiscal da empresa que pratica a operação de que depende o fato impositivo, independentemente este, para efeito de tributação, do espaço geográfico em que se verificou a operação*" (fls. 783-TJMG), devendo a questão, dessa forma, ser vista "à luz do Direito Tributário, fato válido para os alagados como para os demais casos em que o problema envolva vários municípios" (fls. 765 - TJMG) e concluindo que:

"Sem dúvida, a sede fiscal do estabelecimento da Ferteco Mineração S/A, bem como a sede da Minas da Serra Geral S/A estão situadas no Município impetrante, razão porque o valor adicionado ao ICMS das referidas empresas deve ser computado exclusivamente a seu favor" (fls. 766 - TJMG).

O Município de Ouro Preto, encampando o entendimento exarado nos votos vencidos, manifestou o presente recurso ordinário. Aduziu, em síntese:

a) equivocar-se o acórdão recorrido ao reputar fato gerador do ICMS a "mera movimentação física ou o simples deslocamento da mercadoria", considerando irrelevante que a "saída (...) tenha ou não uma qualificação jurídica" (fls. 794 - TJMG);

b) versarem os autos sobre o "critério objetivo" para distribuição da arrecadação do ICMS, ou seja, o critério do valor adicionado, a ser apurado de acordo com o local - Município -, onde ocorreu a "operação de circulação", na esteira da lição firmada pelo Min. Marco Aurélio, no julgamento do RE 134.062-2-SP, DJ 9.9.94;

c) ser inválida a distinção procedida pelo acórdão para atribuição dos percentuais do *valor adicionado fiscal*, em razão da atividade industrial ou comercial exercida pela empresa, não havendo, na Constituição, nenhuma diferenciação dessa natureza;

d) basear-se a disciplina constitucional – art. 158, inc. IV, parágrafo único, inc. I, exclusivamente nas *"operações de circulação de mercadoria e nas prestações de serviços"*, "o que, à luz do direito tributário, implica em saber onde ocorreu o fato gerador do ICMS (e, conseqüentemente, as aludidas 'operações de circulação')", sendo impertinentes outros critérios para apuração do *valor adicionado fiscal*;

e) não constituir fato gerador de ICMS o *"simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte"*, nos termos da Súmula 166/STJ;

f) ser pacífica a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na apuração do VAF, o valor adicionado deve ser imputado ao Município onde ocorreu a saída da mercadoria, fato gerador do ICMS;

g) haver *compensação financeira*, correspondente ao *royalty*, também em relação à exploração de recursos minerais, nos termos do § 1º, do art. 20, da Constituição Federal de 1988.

Em razão do exposto, pediu o conhecimento e provimento do recurso, *"a fim de que, reformado o v. acórdão, prevaleçam os votos minoritários, com a concessão da ordem, determinando-se, com eficácia ex tunc (desde, pois, o ajuizamento desta ação), a apuração do valor adicionado da produção da Ferteco Mineração S/A e Minas da Serra Geral S/A exclusivamente ao impetrante, ora recorrente, como Município onde se localiza a sede dos estabelecimentos que realizam a circulação (jurídica) de mercadoria, corrigindo-se o índice de participação e decretando-se a correta transferência dos valores da partilha do ICMS"* (fls. 805-TJMG).

Contra-razões do Município de Belo Vale, às fls. 874/881, do Município de Congonhas, às fls. 882/890 e do Município de Santa Bárbara, às fls. 895/915.

O Ministério Público Federal exarou parecer, às fls. 931/938, pelo conhecimento e provimento do recurso, assim ementado:

"ROMS.TRIBUTÁRIO. PARCELA MUNICIPAL DO ICMS. ART. 158, INC. IV, DA CF/88. 25% DO PRODUTO DA ARRECAÇÃO PERTENCE AOS MUNICÍPIOS. REPARTIÇÃO. CRITÉRIOS. ART. 158, PAR. ÚNICO, I E II. 3/4, NO MÍNIMO, NA PROPORÇÃO DO VAF NAS OPERAÇÕES DE ICMS REALIZADAS EM SEUS TERRITÓRIOS E ATÉ 1/4, NA CONFORMIDADE DO DIPOSTO EM LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. - Recurso que merece ser conhecido e provido"

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO MEDINA (Relator) : 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 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 César Ásfor 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, deste 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 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) ¾ pelo VAF e

b) ¼ (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' (¾ 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 ¾ 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 repartição de valor as mercadorias nos referidos municípios.

Transcrevo trecho do bem fundamentado parecer ministerial:

"16. O pleito do município de Ouro Preto é o 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 multencionadas 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. 934938 - STJ)

Assinalo que, como percuientemente 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 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 atraí 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, 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, resalto 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 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."

Posto isso, presentes os requisitos constantes do art. 105, inc. II, b, da Constituição Federal, conheço do recurso, dando-lhe provimento para conceder a segurança nos termos da impetração.

VOTO-MÉRITO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Srs. Ministros, acompanho o Sr. Ministro Paulo Medina, não somente pela excelência de seu voto, mas, também, por já existir jurisprudência firmada nesta Corte no mesmo sentido.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2001/0197248-4

RMS 14238/MG

Número Origem: 118922

PAUTA: 21/05/2002

JULGADO: 04/06/2002

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO MEDINA**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

ASSUNTO: Tributário – ICMS – Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente os Drs. Irapuan Sobral, pelo recorrente e José Anchieta da Silva, pelo Município de Santa Bárbara.

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, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 04 de junho de 2002

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA

Secretária

Documento: 105610

Inteiro Teor do Acórdão

- DJ: 16/09/2002