RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.451 - MG (2019/0086565-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE	:	MUNICIPIO DE ALÉM PARAIBA
ADVOGADO	:	EDSON PEREIRA NEVES - RS006448B
RECORRIDO	:	ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR	:	LUIZ HENRIQUE NOVAES ZACARIAS E OUTRO(S) - MG080790
RECORRIDO	:	MUNICIPIO DE CHIADOR
PROCURADOR	:	CARLOS MAGNO ALVIM BIAGI E OUTRO(S) - MG133737

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. ICMS. REPARTIÇÃO. VAF. ENERGIA ELÉTRICA. ELEMENTO TEMPORAL E ESPACIAL DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSUMO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Município de Além Paraíba/MG, com fundamento no art. 18 da Lei 12.016/2009 e no art. 1027 do CPC/2015, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cuja ementa é a seguinte:

> MANDADO DE SEGURANÇA - USINA HIDROELÉTRICA DE SIMPLÍCIO - VALOR ADICIONADO FISCAL - REPARTIÇÃO DE RECEITA ENTRE OS MUNICÍPIOS DE ALÉM PARAÍBA E CHIADOR - NÃO COMPROVAÇÃO DE ÁREA ALAGADA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO PARA A PERCEPÇÃO INTEGRAL DO VALOR ADICIONADO FISCAL (VAF) - ORDEM DENEGADA.
> - Está correta a repartição do valor adicionado fiscal - VAF, decorrente da arrecadação do ICMS nas operações de circulação de energia elétrica gerada pela Usina de Simplício, entre os Municípios de Além Paraíba e Chiador, pois ambos possuem casa de força de geração de energia (art. 150, III, §1°, inciso I, da Constituição da República e Lei Complementam nº 63/90).

Nas razões do seu recurso, o município recorrente defende que, na forma estabelecida pelo artigo 158, IV da Constituição Federal e da Lei Complementar n° 63 de 1990, o Valor Adicionado de ICMS, proveniente da energia elétrica produzida pela Usina Hidroelétrica Simplício, deve ser integralmente declarado em seu favor, uma vez que a UHE Simplício possui apenas uma casa de força localizada no território de Além Paraíba, ora recorrente, com três turbinas e pertencente a Furnas Centrais Elétricas S/A, e o Município de Chiador não possui nenhuma usina hidrelétrica, possuindo apenas áreas alagadas. Desse modo, a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que existe casa de força de geração de energia em ambos os municípios, não condiz com a realidade.

Argumenta que os municípios com áreas alagadas já são indenizados financeiramente com a compensação financeira prevista no art. 20, § 1º, da CF/88, sendo inconstitucional o art. 3º da Lei Estadual mineira nº 13.803/2000.

Aduz, portanto, que o ato coator se deu quando o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais publicou os índices de Participação dos Municípios, através da Resolução n.° 5.046, de 06 de outubro de 2017, para aplicação em 2018, referentes aos valores adicionados do ICMS dos anos anteriores, sem incluir na base de cálculo do IPM do Município de Além Paraíba a totalidade do valor adicionado de ICMS da Usina Hidrelétrica de Simplício. Alega que o seu direito é líquido e certo, ante as provas documentais trazidas e colacionadas aos autos, permitindo a correta aplicação da Lei Complementar nº 63/90.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o recorrido sustenta: (i) a ilegitimidade passiva; (ii) ausência de interesse de agir; (iii) litisconsórcio passivo necessário; (iv) via eleita inadequada; (v) necessidade de dilação probatória; (v) sintonia das Leis Estaduais n°s 13.803/2000 e 18.030/2009, com inciso II do parágrafo único do art. 158 da Constituição de 1988, que permite a edição de lei estadual para regulamentar o assunto em discussão, e com a Lei Complementar n° 63, de 1990 e com o Decreto Estadual 38.714/97.

O Ministério Público Federal entendeu não ser hipótese de intervenção ministerial.

É o relatório. Passo a decidir.

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

Consolidou-se o entendimento nesta Corte de que pouco importa, para fins de participação nas receitas tributárias, o local em que situados a sede administrativa da usina hidrelétrica ou seus geradores, uma vez que incidindo o ICMS sobre a operação final, não se pode calcular o Valor Adicionado Fiscal – VAF por quaisquer outros critérios, senão o consumo. Veja-se:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO CONFIGURADO. ICMS. REPARTIÇÃO. VAF. REGRA CONSTITUCIONAL. CRITÉRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ELEMENTO TEMPORAL E ESPACIAL DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSUMO. LIMITES DO PROCESSO. ELEIÇÃO DE TERCEIRA TESE NO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRECEDENTES.
>
> 1. Os arestos embargado e paradigmas decidiram que o Valor Adicionado Fiscal, para efeito de repartição da receita do ICMS, deve ser computado ao município onde se concretiza a hipótese de incidência tributária. Divergiram, todavia, quanto à definição dos elementos espacial e temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica: (a) o aresto embargado adotou o **critério da produção** e, por isso, atribuiu o VAF ao Município de Ubarana, onde localizados os geradores da usina hidrelétrica; e (b) os paradigmas acolheram o **critério da distribuição** e, consequentemente, destinaram o VAF ao Município de Promissão, onde situada a subestação elevadora, a partir de onde é distribuída a energia elétrica produzida na municipalidade vizinha. Dissídio configurado. Embargos de divergência admitidos.

2. O critério eleito pelo art. 158, parágrafo único, inciso I, da CF/88 para definir a quem pertence o valor adicionado fiscal relativo a uma operação ou prestação sujeita, em tese, à incidência do ICMS é, **unicamente**, espacial, ou seja, local onde se concretiza o fato gerador do imposto.
3. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o consumo é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia.
4. A produção e a distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida.
5. Como o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município e não há incidência tributária pela geração da energia ou por sua distribuição, consequentemente, não se justifica a participação do município produtor ou distribuidor na partilha do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, que somente contemplará os municípios consumidores.
6. Conhecidos os embargos de divergência, incumbe ao órgão julgador aplicar o direito à espécie, mesmo que, para isso, seja necessária a adoção de uma terceira tese, diversa das que foram acolhidas nos arestos embargado e paradigma. Precedentes da Corte Especial e de todas as Seções do STJ.
7. Atualmente, só o Município de Promissão, onde situada a Subestação elevadora, tem direito de adicionar ao seu índice de participação as operações vinculadas à Usina de mesmo nome. A ação judicial objetiva compelir o Estado de São Paulo a computar essas operações, em sua totalidade, a favor do Município de Ubarana, onde se acham localizados os geradores da Usina.
8. As conclusões adotadas conduzem à procedência, em parte, da pretensão autoral, devendo a Fazenda Pública ré acrescer ao índice de participação do Município autor as operações da Usina de Promissão **proporcionalmente** ao consumo de energia elétrica verificado em seu respectivo território.
9. Embargos de divergência acolhidos em parte para julgar procedente, também em parte, a pretensão do autor, ora embargado.
(EREsp 811.712/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 06/03/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. REPARTIÇÃO. VALOR ADICIONADO FISCAL-VAF. REGRA CONSTITUCIONAL. CRITÉRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ELEMENTO TEMPORAL E ESPACIAL DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSUMO.
1. O critério eleito pelo art. 158, parágrafo único, inciso I, da CF/88 para definir a quem pertence o valor adicionado fiscal relativo a uma operação ou prestação sujeita, em tese, à incidência do ICMS é, unicamente, espacial, ou seja, local onde se concretiza o fato gerador do imposto.
2. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o consumo é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia.
3. A produção e a distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se

> aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida.
> 4. Como o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município e não há incidência tributária pela geração da energia ou por sua distribuição, consequentemente, não se justifica a participação do município produtor ou distribuidor na partilha do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, que somente contemplará os municípios consumidores.
> 5. Na espécie, pretende o Município de Igarapava/SP a totalidade do valor adicionado fiscal de ICMS gerado pela usina de mesmo nome, ao argumento de que se encontra localizada em seu território, pretensão que não encontra guarida no ordenamento jurídico, dado que o critério para rateio do ICMS não é o da produção ou circulação da energia elétrica, mas o do local onde é consumida.
> 6. Recurso em mandado de segurança não provido.
> (RMS 31.098/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 20/03/2013)

Com efeito, o nosso sistema tributário adotou como elemento temporal da hipótese de incidência do ICMS o consumo, vale dizer, o momento em que a energia, saindo da rede elétrica, é utilizada pelo estabelecimento consumidor.

Definido o consumo como elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, o aspecto espacial, disposto nos arts. 3º, § 1º, da LC n. 63/1990 e 158, IV, parágrafo único, I e II, da Constituição Federal, por dedução lógica, é o local onde consumida a energia, vale dizer, onde, saindo da rede elétrica, ingressa no estabelecimento consumidor.

Assim, o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município, que somente terá acrescido seu VAF por força da energia elétrica consumida em seu território.

Nesse contexto, as provas documentais trazidas e colacionadas aos autos a fim de amparar a tese defendida pelo impetrante, no sentido de que o fato gerador do ICMS decorrente da geração de energia elétrica ocorre no lugar onde se situa o equipamento utilizado para a sua produção, não são aptas a demonstrar o direito líquido e certo do impetrante, ora recorrente, diante do entendimento jurisprudencial firmado nesta Corte.

Logo, havendo carência de prova documental, não se autoriza o processamento da ação mandamental.

A propósito:

> ADMINISTRATIVO. PRÓ-DF. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. PRÉ-INDICAÇÃO DA ÁREA. CONCESSÃO ONEROSA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA.
> 1. (...)
> 2. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37), "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança,

> embora possa ser defendido por outros meios judiciais".
> [...]
> 6. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg nos EDcl no RMS 40.803/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015)
>
> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO NO MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.
> 1. O rito do Mandado de Segurança demanda a comprovação *initio litis* do fatos em que se funda o direito líquido e certo invocado pelo impetrante.
> 2. Ausência nos autos comprovação pré-constituída da violação a direito líquido e certo a ser amparo por *writ*.
> 3. "O direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração" (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 36/37).
> 4. (...)
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no RMS 30.427/PE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 30/09/2013)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Deixo de condenar em honorários recursais tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro Mauro Campbell Marques
Relator