PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA

ACÓRDÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2000454-98.2013.815.0000.
RELATOR: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.
EMBARGANTE: Estado da Paraíba.
PROCURADOR: Ricardo Ruiz Arias Nunes.
EMBARGADO: Setta Combustíveis S.A.
ADVOGADO: Arnaldo Rodrigues Neto e outros.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ORDEM LIMINAR DE ABSTENÇÃO DE COBRANÇA A DISTRIBUIDORA, PELO ESTADO DA PARAÍBA, DE ICMS DECORRENTE DE VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA DE COMBUSTÍVEIS. RECURSO DO ENTE FEDERADO DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DA LIMINAR. AUSÊNCIA DE NOVO FATO GERADOR. EXPANSÃO NATURAL DE MERCADORIA VOLÁTIL POR NATUREZA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. DEFINITIVIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO PELA REFINARIA NO INÍCIO DA CADEIA PRODUTIVA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO FUTURA. ART. 150, §7°, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. AFIRMAÇÃO DE QUE A DISTRIBUIDORA RECONHECEU A OCORRÊNCIA DE NOVO FATO GERADOR AO EMITIR NOTAS FISCAIS PARA AJUSTE DO ESTOQUE. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. RACIOCÍNIO, ADEMAIS, EM DESCOMPASSO COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DE UMA COBRANÇA ILEGAL EM VIRTUDE DE AGIR DO CONTRIBUINTE COMPELIDO PELA PRÓPRIA FAZENDA. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. **REJEIÇÃO**. **APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**.

Os embargos de declaração que, a pretexto de sanar inexistente omissão, instauram nova discussão a respeito de matéria expressa e coerentemente decidida pelo Acórdão embargado, hão de ser rejeitados, com aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, por serem, na espécie, manifestamente protelatórios.

VISTOS, examinados, relatados e discutidos os presentes Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento n.° 2000454-98.2013.815.0000, em que figuram como Embargante o Estado da Paraíba e como Embargada Setta Combustíveis S.A.

ACORDAM os Membros da Colenda Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, seguindo o voto do Relator, à unanimidade, **em rejeitar os Embargos Declaratórios e aplicar ao Embargante a multa de que trata o art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.**

VOTO.

O **Estado da Paraíba** opôs **Embargos Declaratórios**, f. 462/464, contra o Acórdão de f. 450/454-v, que desproveu o Agravo de Instrumento por ele interposto contra Decisão do Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca desta Capital, prolatada nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **Setta Combustíveis S.A.**, mantendo a ordem liminar de abstenção de cobrança de ICMS complementar decorrente de variação volumétrica de combustíveis acima de 20° C, ao fundamento de que o tributo é totalmente antecipado de modo definitivo pela refinaria no início da cadeia produtiva (substituição tributária) e de que o aumento natural do volume de substância volátil não se qualifica como novo fato gerador.

Alegou que o Acórdão se omitiu quanto à alegação de que a Recorrida reconhece a ocorrência de novo fato gerador quando emite notas fiscais de entrada referentes a ganhos operacionais decorrentes da debatida variação volumétrica.

Pugnou pelo acolhimento dos Aclaratórios, com efeitos infringentes, para que a suposta omissão seja sanada e, em consequência, o Agravo de Instrumento seja provido.

É o Relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso.

O Acórdão embargado enfrentou todas as teses debatidas de forma expressa, afirmando, categoricamente, que a cobrança encontra óbice na definitividade do recolhimento decorrente de substituição tributária progressiva e na natureza da mercadoria, volátil por essência, havendo necessidade de aplicação da regra matemática de conversão volumétrica em função da temperatura regulamentada pelo Conselho Nacional do Petróleo -CNP em cada operação de entrada e saída.

Para um melhor esclarecimento, colaciono os seguintes excertos do Julgado embargado, f. 451/452:

> A Resolução CNP n.° 06/1970 instituiu tabelas de conversão volumétrica por temperatura para todos os combustíveis comercializados, tomando por base a densidade de cada um.
>
> Utilizando-se esta tabela, pode-se atualizar o volume saído das refinarias a 20°C para o novo valor absoluto a ser verificado de acordo com a temperatura do momento da aferição superveniente, normalmente ocorrida entre 25 e 30° C.
>
> O Estado defende a legalidade da cobrança de ICMS incidente sobre a diferença entre o valor de entrada e o de saída, ainda que a temperatura da entrada tenha sido uma e a de saída tenha sido outra, superior àquela.
>
> O procedimento estatal discutido é incompatível com a natureza volátil da mercadoria.
> […]
> Não se pode falar, portanto, em novo fato gerador ocorrido com a variação volumétrica de combustíveis líquidos, porquanto não se está diante de uma nova

> operação tributável, é dizer, de nova entrada ou saída intermediária não considerada para o cálculo do imposto antecipado, mas de mera expansão natural de uma mercadoria volátil por natureza.
>
> Há de se registrar que o Fisco, embora cobre diferenças decorrentes de expansão volumétrica, não confere crédito a quem quer que seja por retração nem por evaporação de combustíveis, o que evidencia a fragilidade do raciocínio defendido pelo Estado.
>
> Sob outro prisma, a ocorrência dos fatos geradores, na sistemática da substituição tributária para frente, é antecipada por ficção legal no momento em que o substituto tributário – no caso, a refinaria – recolhe os valores devidos a título de ICMS referentes às todas as futuras operações da cadeia produtiva.
> […]
> O art. 150, §7°, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de ressarcimento tão somente para o caso do fato gerador futuro não se realizar por algum motivo, sem autorizar operações de abatimento ou cobrança complementar quando há aumento ou diminuição do preço final, raciocínio que se aplica, sem maiores adaptações, para o caso de expansão ou diminuição volumétrica.

Nesta oportunidade, o Estado da Paraíba pretende rediscutir os fundamentos expressamente declinados no Acórdão, defendendo a tese segundo a qual uma cobrança ilegal se transmuda em legal quando o contribuinte se rende ao intento arrecadatório estatal e implementa medida de escrituração imposta pela pessoa jurídica de direito público ilegalmente, raciocínio que fere o princípio da legalidade tributária.

Posto isso, considerando que a alegada omissão foi agitada apenas para ensejar a rediscussão da matéria, **rejeito os Embargos Declaratórios, declarando-os manifestamente protelatórios, e aplico ao Embargante a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, que fixo em 1% sobre o valor da causa, em benefício da Embargada.**

É o voto.

Presidiu o julgamento realizado na Sessão Ordinária desta Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 10 de fevereiro de 2015, conforme Certidão de julgamento, com voto, o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, dele também participando, além deste Relator, o Exmo. Des. João Alves da Silva. Presente à sessão a Exma. Procuradora de Justiça Dra. Marilene de Lima Campos de Carvalho.

Gabinete no TJ/PB em João Pessoa,

Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira
Relator