



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

**ACÓRDÃO**

**AGRAVO INTERNO nº 0073369-23.2013.815.0731**

**RELATOR:** Abraham Lincoln da Cunha Ramos  
**AGRAVANTE:** Estado da Paraíba, representado por sua Procuradora Rachel Lucena Trindade  
**AGRAVADO:** Ipiranga Produtos de Petróleo S/A  
**ADVOGADO:** Tobias Gustavo Borgmann

**PROCESSUAL CIVIL e TRIBUTÁRIO –**

Agravo Interno – Execução Fiscal – Embargos – Apelação – Decisão Monocrática – Acolhimento parcial da decadência e provimento do recurso – Irresignação do Estado – Defesa da inexistência de decadência parcial – Período bem delineado em lançamento de débito – Ocorrência parcial – Rejeição – Mérito – Variação volumétrica de combustível – Pretensão de pagamento de ICMS sobre excedente – Dilatação por aumento de temperatura – Inexigibilidade – Direito que se declara com fulcro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Honorários advocatícios sucumbenciais – Importe bem fixado – Razoabilidade – Manutenção da decisão – Desprovimento.

- Se o auto de infração data de 19 de fevereiro de 2010 e os fatos geradores dizem respeito ao período compreendido entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2008, o interstício entre 1º e 31 de janeiro de 2005 foi alcançado pelo instituto, cabendo o acolhimento da prejudicial levantada.

- Não se pode falar em novo fato gerador ocorrido com a variação volumétrica de combustíveis líquidos, porquanto não se está diante de uma nova operação tributável, ou seja, 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.

- *“O ICMS complementar foi exigido diretamente da distribuidora apelante, quando se verificou a divergência entre a quantidade de combustível vendido pela refinaria e a quantidade de combustível que efetivamente chegou aos tanques da recorrente, sendo a diferença a maior decorrente da dilatação volumétrica por aumento de temperatura. Tratando-se de substituição tributária para frente, o “fato gerador presumido será calculado sobre a quantidade que a refinaria negociou, e não sobre a quantidade recebida pelo posto varejista. STJ AgRg no REsp 1029087 /PE.” (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 20020090293271001, 3ª Câmara cível, Relator DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS , j. em 21-08-2012)*

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de agravo interno acima identificados.

**A C O R D A M**, em Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator e da súmula de julgamento retro.

### **R E L A T Ó R I O:**

Trata-se de agravo interno interposto pelo **Estado da Paraíba** contra decisão monocrática que acolheu prejudicial de mérito da decadência e, no mérito propriamente dito, deu provimento monocrático à apelação cível.

Consta dos autos apelação cível interposta

por **Ipiranga Produtos de Petróleo S/A** contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 4ª Vara da Comarca de Cabedelo, que, nos embargos à execução fiscal, julgou improcedente o pedido formulado contra o **Estado da Paraíba**.

Irresignada, a empresa **Ipiranga Produtos de Petróleo S/A** requereu a reforma da sentença, defendendo a decadência de parte dos lançamentos de débito efetuados e o descabimento de autuação em razão da normal dilatação volumétrica de combustíveis em razão da temperatura.

Às fls. 436/448, este signatário acolheu a prejudicial de mérito da decadência e, no mérito, deu provimento monocrático à apelação cível, com espeque no art. 557, § 1º-A, do CPC, em consonância ao entendimento categoricamente firmado nas cortes pretorianas, ante o entendimento jurisprudencial consolidado de que a simples dilatação volumétrica do combustível, durante o transporte ou armazenamento, não configura hipótese de incidência do ICMS pelas entradas, por não restar configurado a tradição de mercadorias, ou mesmo ganho financeiro, que constitua fato gerador do ICMS.

Com isso, o **Estado da Paraíba** interpôs o presente agravo interno (fls. 451/462), defendendo, em resumo, que não pode se considerar a decadência de lançamento quando não há fato gerador específico para servir de marco inicial.

Afirma o agravante que *“a entrada a maior do combustível, em razão da variação da temperatura ambiente de carregamento e descarregamento, deve ser considerada entrada de mercadorias desacobertada de documentação fiscal devendo, sempre que verificada esta circunstância, ser emitida nota fiscal de entrada pelo excedente e recolhido o imposto por substituição tributária tendo em vista que, neste caso, ocorre a incidência do imposto na entrada da mercadoria”* (“fl. 457 - sic”).

Ainda aduz o ente público que “o fato gerador da circulação da mercadoria (saída de combustível) independe da natureza jurídica da operação que constitui fato gerador” (“sic”).

Por fim, sustenta que os honorários advocatícios sucumbenciais foram arbitrados em excesso, tendo em conta o pouco trabalho do advogado do promovente.

Requer que o presente agravo interno seja submetido a julgamento por esta Câmara, sendo-lhe dado provimento para

reformular a decisão que deu provimento monocraticamente à apelação.

**É o que importa relatar.**

**V O T O:**

A decisão objeto deste agravo interno **acolheu a prejudicial de mérito da decadência**, para excluir do crédito tributário o valor apurado de ICMS referente ao período de 01 de janeiro de 2005 a 31 de janeiro de 2005, e, nos demais períodos, **deu provimento ao recurso**, para julgar improcedente a execução fiscal ajuizada contra o ora recorrente, em razão da variação volumétrica na mercadoria, tudo com base nos art. 557, § 1º-A, do CPC, que assim dispõe:

*“§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”.*

Não se vislumbra, nas razões do presente agravo, fundamento suficiente a modificar a decisão monocrática.

Quanto à decadência, verifica-se que o auto de infração data de 19 de fevereiro de 2010 (fl. 96), e os fatos geradores dizem respeito ao período entre as datas de 1º de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008.

Nesses termos, é seguro concluir que restou comprovada a hipótese de decadência parcial dos créditos, considerando que o período compreendido entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de janeiro de 2005 foi alcançado pelo instituto, ante a data do auto de infração.

Sobre a matéria, cabe transcrever a regra do art. 173, I do Código Tributário Nacional, que estabeleceu:

*“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”*

Se o lançamento do mês de janeiro de 2005 poderia ter sido efetuado em 1º de fevereiro de 2005, tal data se encontra fora do prazo quinquenal anterior ao auto de infração, que tem data de 19 de fevereiro de 2010, sendo certo o acolhimento da prejudicial de

mérito.

No mérito, o Estado da Paraíba 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.

No entanto, o procedimento estatal discutido é incompatível com a natureza volátil da mercadoria.

Há o entendimento jurisprudencial consolidado de que a simples dilatação volumétrica do combustível, durante o transporte ou armazenamento, não configura hipótese de incidência do ICMS pelas entradas, por não restar configurado a tradição de mercadorias, ou mesmo ganho financeiro, que constitua fato gerador do ICMS.

Trata-se, no caso, da mesma matéria, em novo estado natural, a despeito de eventuais perdas que possam ocorrer por manuseio ou evaporação, com possibilidade, inclusive, de ser convertida ao volume original, apenas, aplicando na fórmula, acima apresentada, os valores da temperatura de medição e o coeficiente de expansão volumétrica da substância.

Ademais, a própria Resolução CNP n.º 06/1970 instituiu tabelas de conversão volumétrica por temperatura para todos os combustíveis comercializados, tomando por base a densidade de cada um, o que se conclui pela variação da mercadoria.

O volume saído das refinarias a 20°C não é o mesmo verificado de acordo com a temperatura do momento da aferição superveniente.

Não se pode falar, portanto, em novo fato gerador ocorrido com a variação volumétrica de combustíveis líquidos dentro dos parâmetros da tabela, 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.

O STJ, analisando a matéria, adotou o entendimento ora defendido, consoante ilustrado a seguir:

*TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – EVAPORAÇÃO DE COMBUSTÍVEL – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – CONTRIBUINTE NÃO TEM DIREITO*

*AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUANDO O FATO GERADOR SE REALIZAR A MENOR.*

*1. A hipótese de evaporação de combustível como causa de inexistência de fato gerador de tributo, traduz, em essência, a controvérsia dos autos.*

*2. O 'decisum' agravado firmou-se em sólida jurisprudência do STJ.*

*Em outros termos, na forma da legislação de regência, o fato gerador presumido será calculado sobre a quantidade que a refinaria negociou, e não sobre a quantidade recebida pelo posto varejista.*

*Não se trata, portanto, de não-ocorrência do fato gerador presumido, mas mera consequência da comercialização de produto detentor de alta volatilidade - risco inerente ao negócio que deve ser assumido por aqueles que atuam no mercado. (Lei n. 9.718/98) 3. Constata-se, in casu, a configuração de fato gerador presumido, independentemente se a menor ou a maior; logo, desarrazoada a pretensão da ora agravante no sentido de se reconhecer o direito de compensar valores recolhidos indevidamente a título de contribuição social, em razão de suposto faturamento inferior ao previsto.*

*4. A agravante não cotejou argumentos capazes de infirmar os fundamentos do 'decisum', razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no REsp 1029087/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 05/11/2008)*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ICMS. COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E DIFERIMENTO. PEDIDO DECLARATÓRIO DO DIREITO AO CREDITAMENTO. SÚMULA 213/STJ. APONTADAS IRREGULARIDADES NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO VALOR DO FRETE COM BASE NO ART. 13, § 1º, INCISO II, B, DA LC 87/96. DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 211/STJ. VENDA INFERIOR AO VALOR DA PAUTA FISCAL. DEVOLUÇÃO DESCABIDA. ADI 1.851/AL. CREDITAMENTO EM DECORRÊNCIA DA EVAPORAÇÃO DA GASOLINA. IMPOSSIBILIDADE. FENÔMENO NATURAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DO TRIBUTO INCIDENTE SOBRE O ÁLCOOL ANIDRO POR DIFERIMENTO. OFENSA AO ART. 128 DO CTN E CREDITAMENTO DO ICMS INCIDENTE NA CADEIA DE PRODUÇÃO DO ÁLCOOL (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE). FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.*

1. Hipótese em que o recorrente, Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes no Rio Grande do Sul, impetrou mandado de segurança coletivo a fim de assegurar aos seus filiados o creditamento de ICMS decorrente de supostas irregularidades levadas a efeito pela Administração tributária no concernente à base de cálculo desse imposto nas operações envolvendo o comércio de combustíveis.

2. A Primeira Seção decidiu que "o creditamento na escrituração fiscal constitui espécie de compensação tributária, motivo pelo qual há de ser facultada a via do mandamus para obtenção desse provimento de cunho declaratório, em conformidade com o que dispõe a Súmula 213/STJ, 'o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'" (REsp 727.260/SP, de minha relatoria, DJ 23/3/2009). A declaração eventualmente obtida no provimento mandamental possibilita, também, o aproveitamento de créditos anteriores ao ajuizamento da impetração, desde que não atingidos pela prescrição.

3. Não é possível conhecer das razões recursais relativas à exclusão do frete da base de cálculo e à legitimidade da forma de recolhimento diferido do ICMS incidente sobre o álcool anidro, uma vez que os artigos de lei nela invocados, quais sejam, os arts. 13, § 1º, inciso II, b, da LC 87/96, e 128 do CTN, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foram devidamente prequestionados junto à instância de origem. Da mesma forma, o pedido de creditamento do ICMS incidente no processo de fabricação do álcool não foi apreciado pelo Tribunal de origem. Incide, no ponto, o óbice da Súmula 211/STJ.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pelo que se depreende dos recentes precedentes a seguir colacionados, seguindo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 1.851/AL, no qual se reconheceu a constitucionalidade das disposições do Convênio 13/97, não ampara o pleito de creditamento de ICMS em face de vendas ocorridas com preço inferior ao presumido na pauta fiscal. Precedentes: AgRg no REsp 930.900/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/5/2010; AR 3.147/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 16/4/2010; RMS 24.374/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 26/2/2010; EDcl no RMS 22.725/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/2/2009.

5. Não procede o reclamo de creditamento de ICMS em razão da evaporação do combustível, pois a sua volatilização constitui elemento intrínseco desse comércio, a ser, portanto, considerado pelos seus agentes para fins de composição do preço final do

**produto. Esse fenômeno natural e previsível difere, em muito, das situações em que a venda não ocorre em razão de circunstâncias inesperadas e alheias à vontade do substituído.** Ademais, o STJ, analisando questão análoga, concernente à entrada de cana-de-açúcar na usina para produção de álcool, já se pronunciou no sentido de que a quebra decorrente da evaporação é irrelevante para fins de tributação do ICMS. Precedentes: EDcl no RMS 12.779/GO, Rel.

Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 31/3/2003; REsp 152.258/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 29/5/2000.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte.

(REsp 1122126/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

“Mutatis mutandis”, tem-se ainda:

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA DECISÃO IMPUGNADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EVAPORAÇÃO DO PRODUTO. IRRELEVÂNCIA NA INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES.**

1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada.

2. As funções dos embargos de declaração, por sua vez, são, somente, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão.

3. Questão da evaporação do produto que não foi levantada, em momento algum, pelo recorrente no seu recurso ordinário, ressentindo-se, assim, do necessário prequestionamento.

4. Para se evitar quaisquer outras indagações que possam advir, encontra-se pacífico nesta Corte de Justiça que a evaporação do produto não repercute na incidência do ICMS a ser recolhido nem no deferimento, visto que o recolhimento deve ser feito sobre a quantidade de cana-de-açúcar que entrou na usina, sem consideração com o álcool produzido.

5. Descabe, nas vias estreitas de embargos declaratórios, que a matéria seja reexaminada, no intuito de ser revista ou reconsiderada a decisão proferida.

*6. Embargos rejeitados.*

*(EDcl no RMS 12.779/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2003, DJ 31/03/2003, p. 149)*

Este egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba igualmente se manifestou sobre o tema, esposando a tese da ilegalidade da cobrança, em julgados cujas ementas foram assim redigidas:

*APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE COMBUSTÍVEL MERCADORIA VOLÁTIL DILAÇÃO VOLUMÉTRICA POR AUMENTO DE TEMPERATURA INEXIGIBILIDADE DE ICMS COMPLEMENTAR DIREITO LÍQUIDO E CERTO QUE SE DECLARA COM FULCRO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO FISCAL AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE A APELANTE CONTRIBUINTE DE JURE NÃO RECUPEROU DO CONTRIBUINTE DE FATO O QUANTUM RESPECTIVO PEDIDO DENEGADO COM FULCRO NO ART. 166 DO CTN C/C SÚMULA N. 546 DO STF PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. O ICMS complementar foi exigido diretamente da distribuidora apelante, quando se verificou a divergência entre a quantidade de combustível vendido pela refinaria e a quantidade de combustível que efetivamente chegou aos tanques da recorrente, sendo a diferença a maior decorrente da dilatação volumétrica por aumento de temperatura. Tratando-se de substituição tributária para frente, o “fato gerador presumido será calculado sobre a quantidade que a refinaria negociou, e não sobre a quantidade recebida pelo posto varejista. STJ AgRg no REsp 1029087 /PE. O contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída. STJ REsp 547233/ (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 20020090293271001, 3ª Câmara cível, Relator DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS , j. em 21-08-2012)*

*EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. COBRANÇA DE ICMS COMPLEMENTAR A DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. EXPANSÃO VOLUMÉTRICA DECORRENTE DE AUMENTO DE TEMPERATURA. TRIBUTO SUJEITO A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA.*

*RECOLHIMENTO INTEGRAL PELA REFINARIA. DEFINITIVIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA NA ORIGEM. SUSPENSÃO DA EXIBILIDADE DO CRÉDITO. RECURSO DO ESTADO DA PARAÍBA. PRELIMINAR ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES. IRREGULARIDADE FORMAL DO INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE CÓPIA INTEGRAL DO PROCESSO ORIGINÁRIO. DOCUMENTOS NÃO OBRIGATÓRIOS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PRAZO PARA COMPLEMENTAÇÃO DO ARCABOUÇO DOCUMENTAL. PRECEDENTE DO STJ. REJEIÇÃO. MÉRITO. MERCADORIA VOLÁTIL POR NATUREZA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TABELA DE CONVERSÃO VOLUMÉTRICA INSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO CNP N.º 06/70 EM TODAS AS OPERAÇÕES DE ESCRITURAÇÃO E FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NOVO FATO GERADOR. DEFINITIVIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO PELA REFINARIA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGALIDADE CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO. 1. *¿Para fins do artigo 543-C do CPC, consolida-se a tese de que: no agravo do artigo 522 do CPC, entendendo o Julgador ausente peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverá ser indicado quais são elas, para que o recorrente complemente o instrumento¿ (STJ, REsp 1102467/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Corte Especial, julga (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 20075096620148150000, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 24-03-2015)**

Por fim, no pertinente aos honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), compreende-se que estes devem ser fixados conforme a proporcionalidade do “quantum” a ser arbitrado com o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da demanda, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a execução do serviço.

No caso em tela, tem-se que o valor estipulado se mostra razoável, notadamente se observada a natureza e importância da demanda, que teve como base ação de execução fiscal com valor da causa no importe de R\$ 4.258.019,52, (quatro milhões, duzentos e cinquenta e oito mil e dezenove reais e cinquenta e dois centavos), não tendo a condenação a título de ônus da sucumbência chegado a sequer 1% (um por cento) do mencionado importe.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno, mantendo, em todos os seus termos, a decisão vergastada.

É como voto.

Presidiu a sessão a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, e a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira.

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Ana Cândida Espínola, Promotora de Justiça Convocada.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 13 de agosto de 2015.

***Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos***  
***Relator***