



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1884431 - PB (2020/0174822-8)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : **ESTADO DA PARAÍBA**
PROCURADORES : **FÁBIO ANDRADE MEDEIROS - PB010810**
 SÉRGIO ROBERTO FELIX LIMA - PE029242
 RACHEL LUCENA TRINDADE - PB016664
RECORRIDO : **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A**
ADVOGADOS : **FABIO SILVA ALVES - RJ147816**
 ALEXANDRE MADRUGA DE FIGUEIREDO BARBOSA - PB017376
 BRUNA CARNEIRO DA SILVA RAMOS ERHART - RJ167430
 RAIANA PEREIRA ALVES - PB015642

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. COMBUSTÍVEIS. VARIAÇÃO DE TEMPERATURA DE CARREGAMENTO E DESCARREGAMENTO. DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA DE COMBUSTÍVEL. FENÔMENO FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR TRIBUTÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA. PREJUDICADA A ANÁLISE DA DECADÊNCIA.

1. Afasta-se a alegada violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

2. A entrada a maior do combustível, em razão da variação da temperatura ambiente de carregamento e descarregamento se constitui em um fenômeno físico de dilatação volumétrica.

3. A fenomenologia física de dilatação volumétrica do combustível não se amolda à descrição normativa hipotética que constitui o fato gerador do ICMS.

4. Na hipótese, se o volume de combustível se dilatou ou se retraiu, não há se falar em estorno ou cobrança a maior do ICMS, uma vez que, na hipótese, não há que se qualificar juridicamente um fenômeno da física, por escapar da hipótese de incidência tributária do imposto. Nesse sentido: "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" (REsp 1.122.126/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/6/2010, DJe 1/7/2010).

5. Não há novo fato gerador ocorrido com a variação volumétrica de combustíveis líquidos, uma vez que não se está diante de uma nova entrada ou saída intermediária não considerada para o cálculo do imposto antecipado, mas de mera expansão

física de uma mercadoria volátil por natureza.

6. Recurso especial não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJ/PB, assim ementado (fl. 463/464):

PROCESSUAL CIVIL - Execução Fiscal - Embargos à execução - Rejeição - Insurgência - Preliminar - Nulidade da sentença - Fundamentação sucinta - Possibilidade - Juízo de convicção externado - Rejeição. - "A constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o Juiz ou Tribunal dê as razões do seu convencimento". (STF - 2a Turma, Al 162.089-8-DF, rei. Min. Carlos Veloso) Apud THEOTONIO NEGRÃO, Civil", Saraiva, 28a edição, pág. 339). PROCESSUAL CIVIL - Execução Fiscal - Embargos à execução - Prejudicial de mérito - Decadência - Fato gerador - Lançamento de parte de período fora do prazo quinquenal anterior ao ajuizamento da ação - Exclusão parcial que se impõe - Acolhimento.

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.

PROCESSUAL CIVIL e TRIBUTÁRIO - Execução Fiscal - Embargos à execução - Rejeição - Irresignação - Combustíveis - ICMS - Diferença do apurado - Mercadoria volátil - Dilação volumétrica por aumento de temperatura - Inexigibilidade de ICMS complementar - Direito que se declara com fulcro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - Art. 557, § do CPC - Reforma da sentença - Provimento. - 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 Jato 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/DECISAO do Processo Nº 20020090293271001, 3a Câmara cível, Relator DES. MÁRCIO MURILO DA .""CUNHA RAMOS , j. em 21-08-2012)

Embargos de declaração rejeitados.

O recorrente alega violação do artigo 1.022 do CPC/2015, ao argumento de que a Corte de origem não se manifestou a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia.

Quanto a (às) questão (ões) de fundo, sustenta ofensa ao(s) artigos . 2º, §2º, 4º, 7º, 12, I, todos da LC 87/96 e dos arts. 114 e 118, I, do CTN, sustentando, em síntese, 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, conforme art. 7º da Complementar 87/96

Para melhor compreensão dos argumentos do recorrente, transcrevo os seguintes trechos de seu recurso especial (fl. 574):

Pois bem, as distribuidoras adquirem das refinarias os combustíveis para comercialização, que lhe são entregues a uma conversão de temperatura de 20°C, conforme padrões técnicos dos órgãos reguladores nacionais e internacionais. No entanto, quando da saída dos produtos para suas operações de vendas/distribuição, a temperatura ambiente varia de acordo com a região do país. A variação da temperatura ambiente faz com que o produto sofra uma retração ou dilatação, quando do armazenamento, do transporte, e da comercialização, até a chegada ao consumidor final. No caso do Nordeste, as temperaturas nas quais são comercializados os combustíveis são bem superiores a esta temperatura padrão, o que gera um ganho de volume de combustível para a distribuidora. Estudos demonstram que os combustíveis possuem uma hipersensibilidade a temperatura, porquanto comercializado em volume, e não em massa, estão sujeitos a variações volumétricas, não só negativas (por conta da alegada evaporação), mas também positivas (como, por dilatação). Como reza as lições termo dinâmicas ratificadas por Sonntag; Borgnakke; Wylen (1998), na obra intitulada Fundamentos da Termodinâmica, o aumento ou redução de volume dos líquidos e gases tem uma relação direta com as oscilações de temperatura. Esclarecem os autores que o mesmo fenômeno de dilatação ou retração mediante as altas ou baixas temperaturas que afeta os sólidos, também tem efeito idêntico sobre os líquidos e gases, diferenciando-se tão somente pelo tipo de dilatação que no caso dos líquidos e gases é a volumétrica. Entende-se por dilatação volumétrica o cálculo da tríade: altura, largura e comprimento mediante a exposição de uma dada temperatura. É a esse fenômeno natural de retração/dilatação do volume dos combustíveis, oriundo da variação de temperatura verificada no momento da saída do produto da refinaria e na saída das distribuidoras para comercialização que dá-se o nome de variação volumétrica. Neste sentido, dentro do princípio da objetividade do fato gerador, a ocorrência do Fato Gerador independe da natureza do objeto que lhe deu causa, ou seja, independe se a mercadoria foi resultado de reprodução animal, vegetal ou do acréscimo em razão da variação térmica, consoante art. 118,1, do CTN.

Com contrarrazões.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 626/628.

É o relatório.

VOTO

Inexistência de negativa de prestação jurisdicional

De início, afasta-se a alegada violação do artigo 535 do CPC/1973 (ou 1.022 do CPC/2015), porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

Desnecessário, portanto, qualquer esclarecimento ou complemento ao que já decidido pela Corte de origem, pelo que se afasta a ofensa ao artigo 1.022 do CPC/2015.

Não incidência tributária de ICMS sobre a dilatação volumétrica de combustível

No caso dos autos, o o Estado da Paraíba defende a legalidade da cobrança de ICMS incidente sobre a diferença entre o valor de entrada e o de saída do combustível, quando, em virtude da temperatura da entrada ter sido inferior à de saída, se perceba um volume maior da mercadoria.

O CTN e a LC 87/1996 dispõem que:

CTN

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

(...)

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

LC 87/1996

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

A entrada a maior do combustível, em razão da variação da temperatura ambiente de carregamento e descarregamento se constitui em fenômeno físico de dilatação volumétrica.

Portanto, não se aplica ao fenômeno a conclusão de que "o fato gerador da circulação da mercadoria independe da natureza jurídica da operação que constituiu o fato gerador".

É que não se pode confundir o fenômeno físico com a natureza jurídica das coisas.

A fenomenologia física de dilatação volumétrica do combustível não se amolda à descrição normativa hipotética que constitui o fato gerador do ICMS.

Na hipótese, se o volume de combustível se dilatou ou se retraiu, não há se falar em estorno ou cobrança a maior do ICMS, uma vez que, na hipótese, não há que se qualificar juridicamente um fenômeno da física, por escapar da hipótese de incidência tributária do imposto.

Portanto, não se aplicam à hipótese as disposições normativas, invocadas pelo recorrente, segundo as quais "a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua".

LC 87/1996

Art. 2º

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

CTN

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Na hipótese dos autos, repita-se, não se trata de fenomenologia jurídica, mas de uma consequência física inescapável, que é a dilatação volumétrica causada pela diferença de temperatura.

Nesse sentido, tratando do fenômeno da evaporação do combustível:

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.

(...)

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)

Não se pode falar, portanto, em novo fato gerador ocorrido com a variação volumétrica de combustíveis líquidos, uma vez que 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.

Decadência tributária prejudicada

A decadência tributária, nos termos do art. 156, V, do CTN, é causa de extinção do crédito tributário. No caso dos autos, o contribuinte, em sua petição inicial, após sustentar a inexistência de fato gerador do ICMS pela dilatação volumétrica, requereu "ad argumentandum. mesmo que se entenda que os créditos de ICMS são devidos" (fl. 51), que fosse decretada a decadência tributária.

Assim, tendo sido reconhecida a inexistência do fato gerador tributário, pela não incidência de ICMS sobre a dilatação volumétrica, fica prejudicada a análise da decadência tributária.

É que o fato da dilatação volumétrica não se constitui em fato jurídico tributário, de modo que não se pode avançar na análise da decadência tributária em relação a eventos que escapam à descrição normativa hipotética do ICMS.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.