

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA __ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA – ESTADO DO CEARÁ**

**ABRACEEL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES
DE ENERGIA**, sociedade civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/ME nº
03.701.689/0001-70, com sede no SHS Quadra 06, conjunto A, bloco C, salas 1707 a
1709, Edifício Business Center Tower, CEP 70322-915, Brasília/DF, com endereço
eletrônico para fins deste processo em equipect@vbso.com.br, por seus advogados
(**doc. 1**), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no
artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, e nos artigos 1º e seguintes da Lei nº
12.016/2009, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

COM PEDIDO LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS

contra possível ato do **ILMO. SR. SECREÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO
CEARÁ**, ou quem lhe faça às vezes no exercício do ato impugnado, com endereço na
Av. Alberto Nepomuceno, 2 - Centro, Fortaleza - CE, CEP 60055-000, autoridade
vinculada ao **Estado do Ceará** (Fazenda Pública), representado pela Procuradoria do
Estado do Ceará, com endereço na Av. Dr. José Martins Rodrigues, 150 - Edson
Queiroz, Fortaleza - CE, CEP 60811-520, pelas razões de fato e de direito expostas a
seguir.

I –OBJETIVO DESTE MANDADO DE SEGURANÇA

1. O objetivo deste mandado de segurança é evitar, em prol dos Princípios da Segurança Jurídica e da Irretroatividade, a aplicação retroativa do entendimento externado pela Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (“SEFAZ/CE”) na Nota Explicativa nº 04/2018 e formalmente introduzido na legislação tributária por meio Decreto Estadual nº 32.904/2018.

2. A controvérsia é relacionada ao prazo de recolhimento do ICMS¹ devido por substituição tributária (“ICMS-ST”) nas operações interestaduais com energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre e destinadas a consumidores no Estado do Ceará.

3. Até agosto de 2018, recolhimento desse imposto dava-se até o 9º dia do mês subsequente ao faturamento da energia elétrica comercializada, o que ocorre no mês subsequente ao consumo. Nessa oportunidade, no entanto, a SEFAZ/CE, com o alegado intuito de “esclarecer” o procedimento a ser seguido pelos substitutos tributários, editou a Nota Explicativa nº 04/2018, afirmando que o recolhimento do ICMS-ST deveria se dar no 9º dia do mês subsequente ao consumo.

4. Considerando as particularidades da atividade em questão e os esclarecimentos apresentados pela Impetrante para a SEFAZ/CE, foi editado o Decreto nº 32.904, em dezembro de 2018, pelo qual foi positivado o entendimento da Nota Explicativa nº 04/2018. Pois bem, desde então os associados da Impetrante adequaram-se para atender a previsão legislativa.

5. No entanto, com relação aos períodos de apuração anteriores a dezembro de 2018, a autoridade impetrada pretende aplicar retroativamente as modificações introduzidas pelo Decreto nº 32.904/2008, ou seja, exigir que os associados da Impetrante tivessem observado prazo de recolhimento do ICMS/ST somente foi fixado na legislação posteriormente.

6. Como a Impetrante não obteve êxito, no âmbito administrativo, em dissuadir a autoridade impetrada desse intento manifestamente inconstitucional, é iniciada a presente ação.

¹ Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação

II – FATOS

7. A controvérsia ora submetida ao Poder Judiciário é relacionada à divergência entre a Impetrante, representando seus associados, e a SEFAZ/CE, acerca da possibilidade de aplicar modificação do Regulamento do ICMS do Estado do Ceará (“RICMS/CE”) para períodos anteriores a essa modificação. O RICMS/CE foi modificado em dezembro de 2018, mas a autoridade impetrada expressou que teria havido apenas esclarecimento de procedimento já exigível, razão pela qual defende o cumprimento da nova exigência mesmo em períodos anteriores a dezembro de 2018.

8. Para que essa controvérsia fique clara, a Impetrante apresenta todo o histórico pertinente ao caso, destacando todos os procedimentos formais, como requerimentos e reuniões, que foram seguidos até o último requerimento apresentando pela Impetrante para a SEFAZ/CE, no qual foi solicitada reunião para exposição do tema com a presença de assessores jurídicos da Impetrante. Esse pleito, contudo, não foi atendido pela autoridade impetrada, o que fez com que não restasse opção senão a propositura desta ação judicial.

9. Antes de iniciar sua narrativa, a Impetrante destaca na tabela abaixo os principais eventos relacionados à controvérsia:

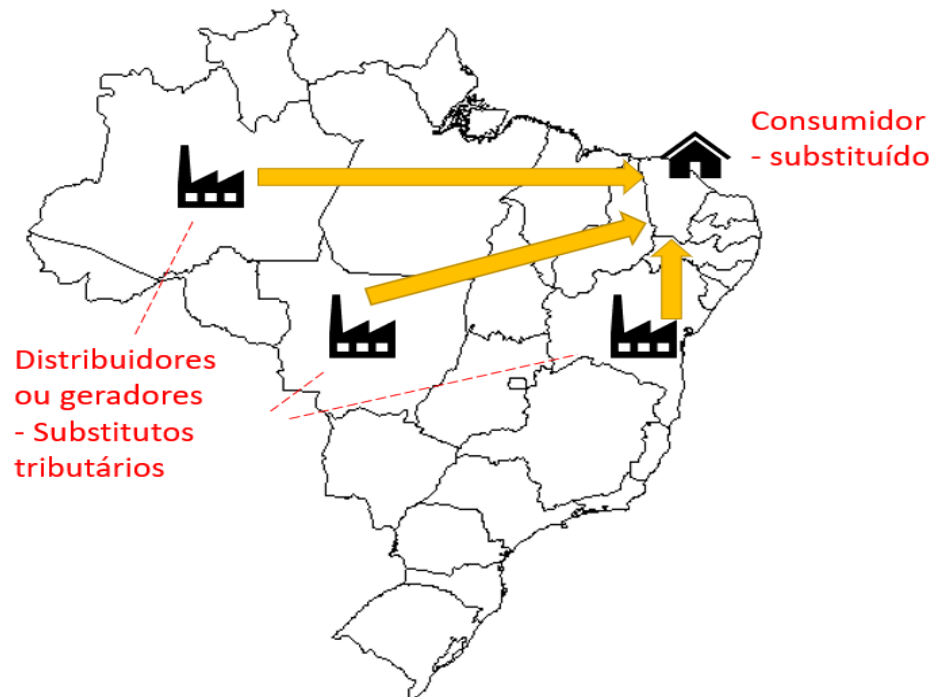
<p>Convênio ICMS 83/2000 (doc. 3)</p>	<p>Autorizou Estados a atribuir responsabilidade por substituição tributária do ICMS aos estabelecimentos geradores, distribuidores, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outros estados da Federação e que o ICMS-ST deveria ser recolhido no mês seguinte à apuração desse imposto</p>
<p>Convênio ICMS nº 15/2007 (doc. 4)</p>	<p>Dispôs sobre a obrigação do agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”), que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica, de emitir nota fiscal mensalmente</p>
<p>Nota Explicativa nº 4/2018 (doc. 5)</p>	<p>Esclareceu que o ICMS-ST deveria ser recolhido no mês seguinte ao da apuração do imposto, esse entendido como o mês do consumo de energia elétrica no Estado do Ceará</p>

<p>Carta CT 167/2018 (doc. 6)</p>	<p>Documento pelo qual a Impetrante esclareceu à SEFAZ/CE a impossibilidade prática de adoção do procedimento determinado na Nota Explicativa nº 04/2018, uma vez que a CCEE possui até o nono dia do mês seguinte ao consumo para disponibilizar os dados de apuração da base de cálculo do ICMS-ST</p>
<p>Decreto nº 32.904/2018</p>	<p>Acrescentou o artigo 437-A ao RICMS/CE para prever que nas operações interestaduais com energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre e destinadas a consumidores no Ceará, o ICMS-ST poderia ser recolhido até o 10º dia útil do mês subsequente ao consumo</p>
<p>Decreto nº 33.058/2019</p>	<p>Postergou o prazo para recolhimento do ICMS-ST para o 20º dia do mês subsequente ao consumo</p>
<p>Parecer nº 3195/2019 (doc. 7)</p>	<p>Documento pelo qual a SEFAZ/CE expressou que a Nota Explicativa nº 04/2018 não representou mudança de entendimento, mas apenas esclarecimento quanto ao procedimento que já deveria ser seguido</p>

10. A Impetrante é associação que atua na representação dos interesses dos agentes comercializadores de energia elétrica. Por essa razão, atuou em nome dos seus associados nas tratativas junto à SEFAZ/CE no tocante ao recolhimento do ICMS-ST devido em razão da comercialização de energia elétrica em operações interestaduais tendo como destinatário pessoa jurídica localizada no Estado do Ceará.

11. Em **21 de dezembro de 2000**, o **Convênio ICMS nº 83** (“Convênio ICMS 83/2000” – **doc. 3**), dispôs “*sobre o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização*”, fixando, em sua Cláusula Primeira, a autorização para os Estados atribuírem responsabilidade por substituição tributária do ICMS aos estabelecimentos geradores, distribuidores, inclusive o agente comercializador de energia elétrica situados em outros estados da Federação.

12. Com isso, os estabelecimentos geradores e o agente comercializador de energia elétrica, passaram a ter responsabilidade, na condição de substitutos tributários, de recolher o ICMS devido ao estado de destino da energia elétrica nas operações que fossem interestaduais, conforme representado na imagem abaixo:



13. Ou seja, o Convênio ICMS 83/2000 autorizou que o estado de destino da energia elétrica (no exemplo, o Estado do Ceará) institua o regime de substituição tributária, atribuindo responsabilidade aos geradores e comercializadores localizados em outros estados (no exemplo, Amazonas, Bahia e Mato Grosso).

14. Na Cláusula Terceira do Convênio ICMS 83/2000, fixou-se que esse ICMS-ST deveria ser recolhido até o **9º dia subsequente ao período de apuração em que tiver ocorrido a retenção**. Logo, fixou-se, à época, que o agente fornecedor de energia elétrica seria substituto tributário e que **o ICMS-ST deveria ser recolhido no mês seguinte à apuração desse imposto**, tendo por estado beneficiário aquele em cujo território se encontre o adquirente da mercadoria.

15. Posteriormente, o **Convênio ICMS nº 15, de 30 de março de 2007** (“Convênio ICMS nº 15/2007” **doc. 4**), em sua Cláusula Primeira, inciso I², em relação aos contratos bilaterais de venda de energia, dispôs sobre a obrigação do agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”) ³, que assumir a posição de

² Dispõe sobre o cumprimento de obrigações tributárias em operações com energia elétrica, inclusive aquelas cuja liquidação financeira ocorra no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, revogando o Convênio ICMS 06/2004.

³ Cláusula primeira: Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE deverá observar o que segue:

fornecedor de energia elétrica, de emitir nota fiscal mensalmente⁴, bem como de recolher o ICMS – em se tratando de fornecimento a consumidor livre, especial ou a autoprodutor – à unidade federada onde ocorrer o consumo⁵.

16. **A obrigação de emissão de nota fiscal mensalmente e recolhimento do ICMS-ST para o estado da Federação em que ocorresse o consumo não veio acompanhada de qualquer disposição quanto ao período em que ocorreria a apuração/ faturamento e o recolhimento do tributo.**

17. Nesse cenário, tendo em vista as particularidades da atividade desenvolvida pelos agentes fornecedores de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre - ACL, a apuração / faturamento ocorrem no mês seguinte ao consumo de energia elétrica. Isso porque, conforme disposições regulamentares da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a CCEE possui prazo até o 9º dia útil do mês subsequente ao consumo para disponibilizar os dados de medição.

18. De acordo com o Módulo 3 (Submódulo 3.1) dos Procedimentos de Comercialização, aprovado pela ANEEL, nesse período de nove dias, os contratos firmados no Ambiente de Contratação Livre - ACL podem ter seus montantes de energia alterados pelas partes compradora e vendedora, de forma a se ajustar ao montante da energia efetivamente consumida, evitando assim, qualquer exposição a ser liquidada ao Preço de Liquidação (“PLD”) do Mercado de Curto Prazo, ou seja, fora do Contrato Bilateral.

19. Sendo assim, apenas após esse período de nove dias é que se tem a quantidade de energia elétrica efetivamente contratada, bem como a quantidade consumida com base na disponibilização de dados de medição pela CCEE.

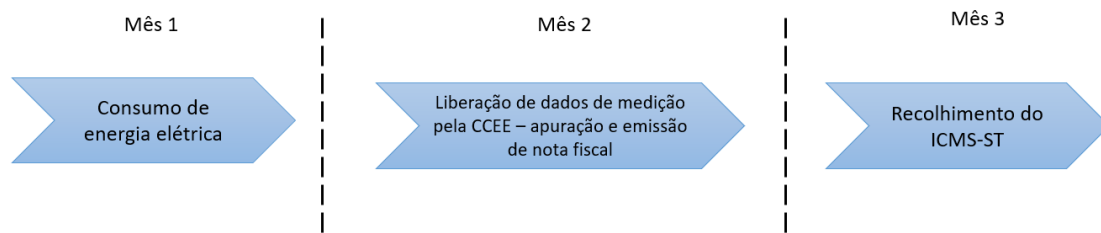
20. Ou seja, apenas no mês posterior ao consumo é que os agentes fornecedores têm as informações disponíveis – dados de medição fornecidos pela CCEE – para faturar a energia elétrica comercializada.

I - o agente que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica deverá, relativamente a cada contrato bilateral, exceto os termos de cessão gerados pelo Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits - MCSO do Ambiente de Comercialização Regulado, para cada estabelecimento destinatário:

⁴ a) emitir mensalmente nota fiscal, modelo 55, ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, requerer a emissão de nota fiscal avulsa;

⁵ c) em se tratando de fornecimento a consumidor livre, especial ou a autoprodutor, o ICMS será devido à unidade federada onde ocorrer o consumo, como nas demais hipóteses;

21. Logo, apenas no mês seguinte ao consumo é que seria possível a emissão da nota fiscal, bem como a apuração da base de cálculo do ICMS-ST. Tendo em vista que o recolhimento do ICMS ocorre no mês seguinte à apuração, **os associados da Impetrante realizavam o recolhimento do ICMS-ST no segundo mês posterior ao mês de consumo**, observando a previsão da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000. A título ilustrativo, confira-se a representação abaixo:



22. Diante da **suposta ausência de definição específica na legislação cearense sobre “apuração” e “faturamento” da energia elétrica** fornecida nas operações contratadas no Ambiente de Contratação Livre - ACL de energia elétrica, a SEFAZ/CE publicou a Nota Explicativa nº 4, de 3 de agosto de 2018 (“Nota Explicativa nº 04/2018” – **doc. 5**), assinada pela autoridade impetrada.

23. Por meio dessa Nota Explicativa, pretendeu a autoridade impetrada **“esclarecer”** os procedimentos que entendia aplicáveis ao setor. Diferentemente do disposto no Convênio ICMS nº 83/2000, a autoridade impetrante expressou que:

*a) **o período de apuração do imposto é o mês do consumo** do montante de energia contratado e registrado na CCEE;*

*b) **o recolhimento do imposto devido será realizado até o 9º dia do mês subsequente ao da apuração**, sendo que o agente da CCEE que não possuir inscrição no Cadastro Geral da Fazenda do Estado do Ceará deverá recolher o ICMS na data da operação e da emissão do documento fiscal. (grifado e destacado)*

24. O trecho destacado acima foi a **PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO FORMAL DO ESTADO DO CEARÁ** acerca do significado de “período de apuração” do ICMS-ST, adotando entendimento de que a “apuração” ocorreria no mesmo mês em que ocorrido o consumo.

25. Em termos práticos, a Nota Explicativa nº 4/2018 expressa que a apuração do ICMS-ST deveria ocorrer no mesmo mês do consumo, com recolhimento do ICMS-ST ao estado do Ceará até o 9º dia do mês seguinte.

26. Até a publicação da Nota Explicativa nº 4/2018, **os associados da Impetrante realizavam o recolhimento do ICMS-ST no mês seguinte ao faturamento da energia** (o mês “*subsequente ao período de apuração em que tiver ocorrido a retenção*”), **o que ocorre no mês posterior ao consumo**. Ou seja, na prática, o ICMS era recolhido no segundo mês posterior ao consumo de energia elétrica, amparado pelo Convênio ICMS nº 83/2000.

27. Antes da Nota Explicativa nº 04/2018, portanto, não havia dúvida quanto à regularidade do procedimento adotado pelos associados da Impetrante, especialmente porque tanto o Estado do Ceará como inúmeros outros Estados jamais se opuseram ao entendimento de que o “período de apuração” corresponde ao mês em que a energia elétrica é faturada.

28. Diante do conteúdo da Nota Explicativa nº 04/2018, que apresentava modificações com relação ao procedimento adotado pelos demais estados signatários do Convênio ICMS 83/2000, a Impetrante apresentou a **Carta CT – 167, de 28 de setembro de 2018** (“Carta CT 167/2018” – **doc. 6**) à SEFAZ/CE com o objetivo de expor as dificuldades operacionais geradas a partir da citada Nota Explicativa.

29. Como consta dessa Carta CT 167/2018, a CCEE possui prazo até o 9º dia útil do mês subsequente ao consumo para disponibilizar os dados de medição que são utilizados para a apuração do ICMS-ST. Isso porque os contratos no Ambiente de Contratação Livre podem ter seus montantes de energia, contratado, alterados pelas partes até esse 9º dia útil. **Trata-se de decorrência dos Procedimentos de Comercialização aprovados pela ANEEL.**

30. Com isso, requereu-se a prorrogação do prazo para emissão do documento fiscal para o 10º dia útil do mês subsequente ao consumo⁶, bem como que não houvesse aplicação retroativa do entendimento firmado na Nota Explicativa nº 04/2018. Esse pedido foi **parcialmente** acatado por meio da edição do Decreto nº

⁶ “Diante do exposto, solicitamos à Sefaz-CE a alteração da determinação estabelecida na Nota Explicativa 04/2018 para que o Documento Fiscal seja emitido no mês subsequente ao do consumo de energia e o recolhimento do imposto devido seja realizado até o 10º dia útil do mês subsequente ao do consumo, de modo a compatibilizar a data de emissão e recolhimento com o cronograma das operações na CCEE.”

32.904/2018, que alterou a legislação do Estado do Ceará, conforme será tratado a seguir.

31. Por ora, vale notar que **o pedido para a não aplicação retroativa do entendimento da Nota Explicativa nº 04/2018 se sustentava justamente pela falta de disposição legal no RICMS/CE** quanto ao prazo para recolhimento do ICMS-ST nas operações com energia elétrica no ambiente de contratação livre, sendo aplicadas pelos associados da Impetrante as disposições do Convênio ICMS nº 83/2000, conforme entendimento aceito pelos demais Estados da Federação.

32. **Após a apresentação da Carta CT 167/2018**, foi publicado, em 21 de dezembro de 2018, o **Decreto nº 32.904/2018, incorporando o entendimento adotado na Nota Explicativa nº 04/2018 ao RICMS/CE**. A edição do Decreto Estadual nº 32.904/2018 confirma que houve alteração das previsões legais acerca relacionadas ao recolhimento do ICMS-ST pelos associados da Impetrante.

33. Por meio desse Decreto, foi acrescido o artigo 437-A ao RICMS/CE definindo o prazo de recolhimento do ICMS-ST devido por sujeito passivo estabelecido em outro Estado, conforme abaixo reproduzido e, no parágrafo único desse dispositivo, tratou-se do recolhimento nas operações envolvendo operações interestaduais com energia elétrica realizadas no Ambiente de Contratação Livre - ACL:

Art. 437-A. O prazo para recolhimento do ICMS devido pelo sujeito passivo por substituição tributária estabelecido em outro Estado e inscrito no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) será até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da saída do bem ou mercadoria com destino ao Estado do Ceará.

Parágrafo único. Excepcionalmente, nas operações interestaduais com energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre e destinadas a consumidores sediados neste Estado, o ICMS devido por substituição poderá ser recolhido até o 10.º (décimo) dia útil do mês subsequente ao do consumo.

34. **Após essa modificação regulamentar, o prazo para recolhimento do ICMS-ST pelos associados da Impetrante passou a ser o 10º dia útil do mês imediatamente posterior ao consumo**. Com a publicação desse Decreto, ficou comprovado que não havia nenhum dispositivo no RICMS/CE que fundamentasse o entendimento adotado na Nota Explicativa nº 04/2018 ao RICMS/CE. Além disso, também é claro que o dispositivo inserido no RICMS/CE diverge do disposto na Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000.

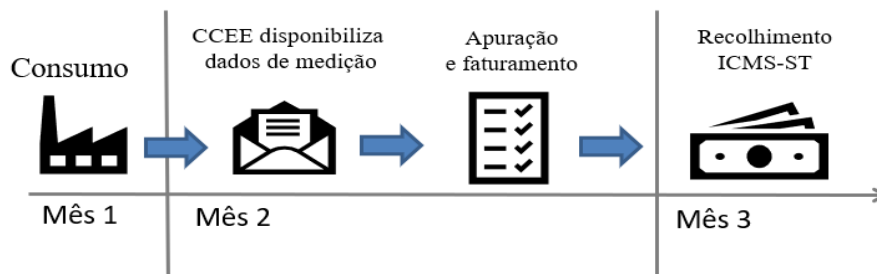
35. Posteriormente, o Decreto nº 33.058/2019, publicado em 10 de maio, postergou esse prazo de recolhimento do ICMS-ST para o 20º dia do mês subsequente ao consumo da energia elétrica, vide abaixo:

Parágrafo único. Excepcionalmente, nas operações interestaduais com energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre e destinadas a consumidores sediados neste Estado, o ICMS devido por substituição poderá ser recolhido até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao do consumo.

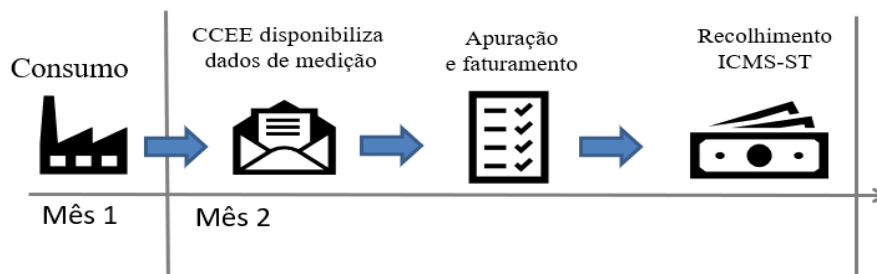
36. Por meio dessa modificação, **concretizou-se a mudança legislativa que viabiliza o recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao consumo da energia elétrica contratada em mercado livre.**

37. A imagem abaixo retrata a situação anterior e posterior à modificação do RICMS/CE:

Procedimento anterior



Procedimento atual



38. Note-se que a Impetrante não pretende discutir a validade do novo prazo para recolhimento do ICMS-ST estabelecido no RICMS/CE por meio do Decreto nº 32.904/2018 e do Decreto nº 33.058/2019. A partir da data de publicação dessas alterações regulamentares, os associados da Impetrante buscaram adequar-se para cumprir o novo prazo de recolhimento.

39. Com isso, neste momento, a **única divergência entre a Impetrante e a SEFAZ/CE diz respeito à aplicação retroativa do entendimento externado na Nota Explicativa nº 04/2018**, ou seja, acerca da exigência do ICMS-ST no mês subsequente ao consumo para operações ocorridas antes de dezembro de 2018.

40. Antes da modificação do RICMS/CE pelo Decreto nº 32.904/2018, os associados da Impetrante seguiam procedimento diverso, com o recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao período de apuração/ faturamento, que, por sua vez, ocorria no mês seguinte ao consumo, em estrito cumprimento do disposto na Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000, até mesmo pela impossibilidade da apuração e faturamento ocorrerem no mês do consumo, e até mesmo pela falta de disposição legal no RICMS/CE que tratasse o tema de forma diferente do Convênio.

41. Em resposta ao questionamento da Impetrante, a SEFAZ/CE elaborou o Parecer nº 3195, de 26 de julho de 2019 (**doc. 7**), para afirmar sua posição de que a Nota Explicativa nº 04/2018 não modificou o procedimento de apuração e recolhimento do ICMS-ST devido em operações de energia elétrica contratadas no ambiente de mercado livre. Nesse sentido, destaca-se o trecho abaixo:

“A Nota Explicativa não representou mudança de entendimento da administração tributária, mas visou unicamente eliminar dúvidas recorrentes sobre o tema. Foi publicada porque muitos agentes de comercialização e geração não conseguiam compreender as orientações previstas na legislação pertinente.”

42. Ou seja, o entendimento da SEFAZ/CE é de que, mesmo sem previsão específica na legislação tributária (criada apenas após a publicação do Decreto nº 32.904/2018), o procedimento a ser seguido pelos substitutos tributários sempre foi de recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao consumo, de modo que justificável a aplicação retroativa das disposições da Nota Explicativa nº 04/2018.

43. O efeito prático dessa postura é simples: a aplicação retroativa do prazo defendido na Nota Explicativa nº 04/2018 (primeiro mês subsequente ao consumo) significará considerar que os associados que recolheram o ICMS/ST no segundo mês subsequente ao consumo (mês seguinte ao faturamento) atrasaram o cumprimento de

suas obrigações acessórias. Seguindo essa linha, a autoridade impetrada provavelmente pretenderá punir os associados com a **cobrança de multa moratória e juros** (ainda que o ICMS/ST já tenha sido integralmente recolhido).

44. Tendo em vista essa controvérsia, a Impetrante optou pela elaboração de novo requerimento (**doc. 8**), desta vez embasado em argumentos jurídicos, com o intuito de esclarecer a inviabilidade de aplicação retroativa de modificação legislativa. Contudo, até o presente momento, não houve resposta formal para esse requerimento, tendo a SEFAZ/CE se recusado a agendar reunião técnica com a Impetrante.

45. Nesse cenário, não restou opção à Impetrante senão socorrer-se ao Poder Judiciário para evitar que seus associados sofram a exigência de multas e juros em razão do recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente à apuração, conforme estabelecido nos Convênios ICMS nº 83/2000 e 15/2007, para o período anterior à modificação do RICMS/CE, ou seja, anterior a dezembro de 2018.

III – DOS FUNDAMENTOS

46. O Mandado de Segurança é o remédio constitucional contra ato abusivo de autoridade pública ou agente no exercício de suas atribuições previsto no artigo 5º, LXIX da Constituição Federal. Tal medida também se aplica preventivamente, visando a obter proteção antecipar contra ilegalidades iminentes a que possam estar sujeitos, por exemplo, os sujeitos passivos da relação tributária. Senão, vejamos o entendimento jurisprudencial a respeito:

“(...) O mandado de segurança preventivo, junto com as cautelares, é o mais eficaz instrumento de distribuição de justiça, posto que prevenir é melhor que reparar, proteger é melhor que recompor. Nenhuma lesão é completamente reparada ou recomposta. É ilegal o provimento jurisdicional que extingue Mandado de Segurança Preventivo à míngua de ato coator, pois a decisão que poderia ser tomada dirigir-se-ia ao impedimento da efetivação de atos acoimados de ilegítimos, prestes a ocorrer. – Caracterizado o periculum in mora, porquanto em não satisfazendo a imposição, a postulante se oferece como inadimplente, ficando sujeita às sanções daí decorrentes. Segurança concedida, para o fim de assegurar o regular processamento do writ aforado em primeiro grau. (...)”

47. A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 1º, regulamenta os procedimentos processuais aplicados ao mandado de segurança, exigindo a demonstração do direito líquido e certo e da violação desse direito, questão que será objeto do próximo tópico. Confira-se

*“Art. 1º Conceder-se-á **mandado de segurança** para proteger direito líquido e certo, **não amparado por habeas corpus ou habeas data**, sempre que, **ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade**, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”*

48. Assim, a função precípua do mandado de segurança é a proteção de direito líquido e certo, em caso de violação ou **fundado receio de violação por ato de autoridade pública**, requisitos presentes no caso *sub judice*, conforme será demonstrado.

IV – DIREITO LÍQUIDO E CERTO

49. Este mandado de segurança é impetrado em caráter preventivo para impedir que a SEFAZ/CE, autue os associados da Impetrante para exigência de multas e juros em razão da aplicação retroativa do prazo de recolhimento de ICMS/ST criado, em dezembro de 2018, pelo Decreto nº 32.904/2018.

IV. A. – AUTORIDADE COATORA

50. A autoridade impetrada é chefe da SEFAZ/CE, responsável pela emissão da interpretação presente na Nota Explicativa nº 04/2018, com poderes para a suspensão de medidas que objetivem a autuação dos associados da Impetrante para aplicação retroativa de modificação no RICMS/CE. Com isso, mostra-se parte legítima a figurar no polo passivo desta ação mandamental.

IV. B. – LEGITIMIDADE ATIVA

51. A Impetrante é associação que atua na representação dos interesses dos comercializadores de energia, tendo obtido autorização dos seus associados (**doc. 2**) para ingressar com esta medida judicial, haja vista a recusa da SEFAZ/CE à realização

de uma nova reunião com o intuito de exposição dos argumentos tributários. A relação dos associados que têm interesse nesta demanda também é apresentada no **doc. 2**.

IV.C. – A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA TERCEIRA DO CONVÊNIO ICMS Nº 83/2000

52. Inicialmente, é relevante fixar uma premissa sobre o tema: até dezembro de 2018, a Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000 era responsável por disciplinar o prazo para recolhimento do ICMS-ST nas operações interestaduais com energia elétrica contratadas no mercado livre⁷, quando não destinadas à comercialização ou à industrialização. Confira-se a sua redação:

“Cláusula terceira O imposto retido deverá ser recolhido até o 9º (nono) dia subsequente ao término do período de apuração em que tiver ocorrido a retenção, a crédito da unidade federada em cujo território se encontre estabelecido o adquirente da mercadoria.”

53. A interpretação prevalecente sobre essa previsão legal e que foi aceita pela SEFAZ/CE ao longo de muitos anos – ainda que tacitamente – era no sentido de que o prazo de nove dias para recolhimento do ICMS-ST iniciava a sua contagem a partir do término do mês em que houve a apuração e a emissão da nota fiscal correspondente.

54. Fala-se em aceitação tácita por parte da SEFAZ/CE, uma vez que essa interpretação sempre foi largamente adotada pelos associados da Impetrante e não se tem conhecimento de questionamentos por parte das autoridades fiscais sobre a sua validade, ao menos em cenário anterior à Nota Explicativa nº 04/2018.

55. De todo modo, a interpretação de que o prazo para recolhimento do ICMS-ST deve tomar como referência o mês em que ocorre o faturamento da energia elétrica encontra fundamento na própria redação da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000, bem como nas particularidades da comercialização de energia elétrica no ACL, também denominado de mercado livre.

⁷ Essa firmiação é respaldada pelo próprio Parecer nº 3.195/2019: “3. Até 21 de dezembro de 2018, data de publicação do Decreto n.º 32.904, o prazo para o recolhimento do imposto em questão era previsto no Convênio ICMS 83/00 – 9.º dia do mês subsequente ao do término do período de apuração em que ocorrera a retenção do ICMS-Substituição, que é o do registro do contrato de fornecimento de energia elétrica em operações interestaduais realizadas no ambiente de contratação livre e destinadas a consumidores sediados neste Estado.” (grifado).

56. Antes de apresentar esses fundamentos, vale ressaltar que o Parecer nº 3.195/2019, pelo qual a autoridade impetrada defende não ter havido mudança de entendimento, se encarregou de apresentar panorama detalhado a respeito das previsões legais relacionadas ao cálculo do prazo para recolhimento do ICMS-ST na situação em análise.

57. Ao fazê-lo, o Parecer nº 3.195/2019 conclui que o fato gerador do ICMS-ST ocorre com a entrada da energia elétrica no Estado do Ceará, de forma que o imposto deveria ser recolhido “*no mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador*”. Como a devida vênia, essa concepção não merece prosperar.

58. A redação da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000 indica expressamente que o prazo para recolhimento é o “*nono dia subsequente ao término do período de apuração **em que tiver ocorrido a retenção***”.

59. Não há, nesse dispositivo, referência ao mês da ocorrência do fato gerador do ICMS-ST, mas ao mês (período de apuração) em que ocorre a retenção do ICMS-ST.

60. No contexto da substituição tributária, a referida “*retenção*” correspondente, simplesmente, ao repasse do valor do ICMS-ST para o adquirente da mercadoria vendida, no caso, a energia elétrica. Em outras palavras, o substituto tributário retém o valor do ICMS-ST ao considerar que o valor que é cobrado do adquirente compreende parcela correspondente a esse imposto, que deverá ser recolhida aos Cofres Públicos.

61. Nesse sentido, o pressuposto para que haja retenção do ICMS-ST é a definição do preço da mercadoria. Essa conclusão é realçada pela Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 83/2000, abaixo reproduzida:

“Cláusula segunda O valor do imposto retido é resultante da aplicação da alíquota interna prevista na legislação da unidade federada de destino sobre a base de cálculo definida no art. 13, inciso VII I e § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.”

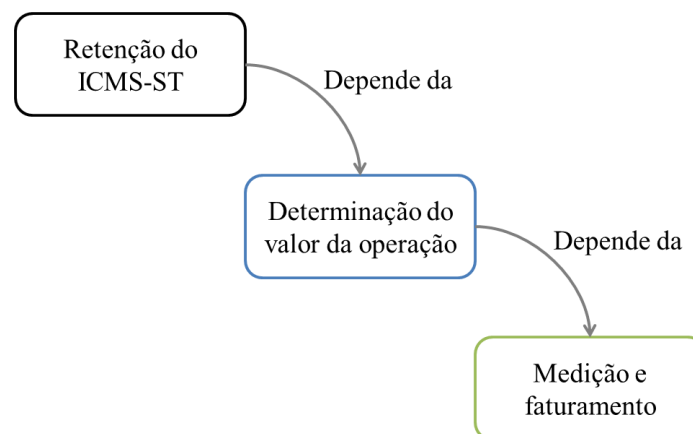
62. Portanto, o ICMS-ST a ser retido é resultado da aplicação da alíquota interna sobre “*o valor da operação de que decorrer a entrada*”, conforme previsão do artigo 13, inciso VIII, da Lei Kandir⁸.

⁸ “Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...)”

63. Ora, somente é possível conhecer o valor da operação de que decorrer a entrada de energia elétrica em estabelecimento localizado no Estado do Ceará quando houver a medição do consumo fornecido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e o faturamento por parte do substituto tributário.

64. Antes que essas providências sejam tomadas, não se sabe, com exatidão, qual o valor da operação. Inclusive, como reconhece o próprio Parecer nº 3.195/2019, a medição da energia elétrica só é possível no “*primeiro dia útil após o fim do consumo do mês de referência*”. Logo, é somente no mês subsequente ao consumo que será possível apurar o valor da operação.

65. Como decorrência lógica, não é possível calcular o ICMS-ST no próprio mês em que ocorre o consumo da energia elétrica, já que esse cálculo pressupõe informação (valor da operação) que somente será obtida no mês seguinte, por ocasião da medição e do faturamento. Confira-se:



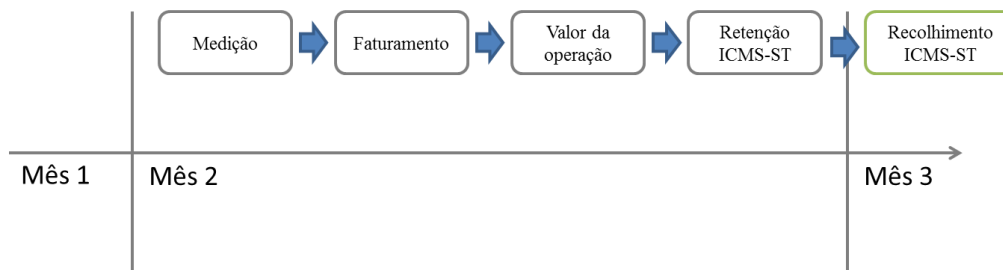
66. Vale notar que as ponderações acima independem das discussões apresentadas no Parecer nº 3.195/2019 a respeito do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS-ST no caso de operações envolvendo energia elétrica.

67. Deixando essa controvérsia de lado neste momento, fato é que a Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000 não estabeleceu a data do fato gerador como ponto de partida para cálculo do prazo de recolhimento do imposto.

68. A referência para determinar o prazo de recolhimento é o mês “*em que tiver ocorrido a retenção*” do ICMS-ST. A ocorrência de retenção, como já detalhado, pressupõe que o valor da operação seja conhecido, o que, a seu turno, pressupõe a medição e o faturamento da energia elétrica.

69. Considerando que a medição e o faturamento da energia elétrica, por questões regulatórias, somente podem ser realizados no mês subsequente ao do consumo, a única interpretação possível é a de que o mês em que ocorre a retenção do ICMS-ST *também* é o mês subsequente ao consumo.

70. Nos termos da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 83/2000, portanto, o recolhimento do ICMS devia ocorrer até o 9º dia do mês seguinte àquele em que ocorreu a apuração e, conseqüentemente, a retenção. Ilustrativamente, a situação descrita acima é a seguinte:



71. As associadas da Impetrante que, na condição de substitutas tributárias, realizaram operações interestaduais com energia elétrica destinadas ao Estado do Ceará adotaram essa interpretação ao longo de inúmeros anos. A SEFAZ/CE, reiteradamente, não apresentou questionamentos, tacitamente reconhecendo a sua validade.

72. A harmonia de entendimentos foi alterada com a publicação da Nota Explicativa nº 04/2018. Adotando posicionamento diferente daquele que era praticado e aceito anteriormente, a SEFAZ/CE passou a entender que a contagem do prazo para recolhimento do ICMS-ST inicia-se com o término do mês em que ocorreu o consumo da energia elétrica.

73. Com todo o respeito que é devido à SEFAZ/CE, o entendimento adotado na Nota Explicativa nº 04/2018 não está correto e diverge da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000. **Tanto é assim que, após a Nota Explicativa nº 04/2018, foi editado o Decreto nº 32.904/2018, responsável por efetivamente alterar a legislação do Estado do Ceará e estabelecer novo prazo para o recolhimento do ICMS-ST.**

74. Diante dessa afirmação, é importante reiterar que a Impetrante não pretende questionar a validade do novo prazo de recolhimento do ICMS-ST incluído pelo Decreto nº 32.904/2018 no artigo 437-A, parágrafo único, do RICMS/CE, **mas apenas a impossibilidade de aplicação retroativa dessa modificação.**

75. A partir da publicação do Decreto nº 32.904/2018, em dezembro de 2018, acata-se o entendimento da SEFAZ/CE de que o prazo para recolhimento do ICMS-ST tem início com o término do período em que houve consumo de energia elétrica. Com relação aos períodos de apuração anteriores a essa alteração, no entanto, deve ser preservada a segurança jurídica, evitando-se que a nova regra seja aplicada de forma retroativa, em prejuízo dos sujeitos passivos responsáveis pelo recolhimento do ICMS-ST.

76. Assim, será demonstrado objetivamente nos próximos tópicos que a alteração do entendimento da SEFAZ/CE deve ser aplicada apenas em relação a fatos geradores futuros, em observância ao Princípio da Segurança Jurídica e da Irretroatividade.

77. É do que se passa a tratar.

IV.D – OS PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

78. Como tratado no tópico anterior, a Nota Explicativa nº 04/2018 representou alteração do entendimento da SEFAZ/CE sobre a interpretação da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000. Confirmando que essa manifestação pretendia, na verdade, alterar a legislação tributária, pois o Decreto nº 32.904/2018 foi editado pouco tempo depois, passando a prever novo prazo para recolhimento do ICMS-ST para as situações tratadas na presente ação.

79. O que se pretende com a presente ação judicial é que não haja aplicação retroativa da nova regra de recolhimento introduzida pelo Decreto nº 32.904/2018, baseada no entendimento externado na Nota Explicativa nº 04/2018. O fundamento para

esse pedido encontra-se nos Princípios Constitucionais da Segurança Jurídica e da Irretroatividade.

80. Em referência a Norberto Bobbio, Humberto Ávila⁹, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, leciona que a Segurança Jurídica é elemento inerente a qualquer ordenamento jurídico.

81. A segurança jurídica não seria uma regra propriamente dita, mas antes um conceito fundamental à própria noção de Direito: “a possibilidade de prever as consequências jurídicas de fatos ou comportamentos”¹⁰. É o que o Hugo de Brito Machado, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, denomina ser a “essência do Direito”¹¹.

82. Como destacado por Gomes Canotilho, “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida”¹², razão pela qual a Segurança Jurídica e a proteção da confiança dos cidadãos são elementos essenciais do Estado Democrático de Direito.

83. Para o que concerne a presente ação, é oportuno destacar que o Princípio da Segurança Jurídica assegura que a conduta adotada por um sujeito passivo com base na legislação seja considerada lícita, ainda que a legislação seja posteriormente modificada.

84. Apesar de ser lição elementar, vale enfatizar que a validade dos atos praticados pelos sujeitos passivos deve ser analisada de acordo com a legislação vigente à época e com atenção à interpretação que era respaldada pela Administração Pública.

85. Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) prevê expressamente que a alteração de orientações adotadas por práticas reiteradas da Administração Pública não pode tornar inválidas situações que já foram

⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 106-107.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 108.

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada e controle de constitucionalidade e de legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito. *Coisa julgada – constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ICET, 2006, p. 149-150.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal: Editora Almedina, 2003, p. 257.

plenamente constituídas¹³. Trata-se de manifestação clara do Princípio da Segurança Jurídica no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

86. De fato, a partir da Segurança Jurídica, obtém-se uma série de outras garantias constitucionalmente asseguradas. Essa é a razão pela qual o Princípio da Segurança Jurídica é tão referenciado, ainda que não exista um dispositivo constitucional específica que seja identificado como o seu fundamento.

87. Por exemplo, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, veda que a lei prejudique direitos já adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, revelando evidente preocupação em permitir que a sociedade não seja surpreendida por modificações bruscas de situações pretéritas.

88. No âmbito tributário, a Segurança Jurídica assume outros aspectos inúmeros, tais como o Princípio da Legalidade Tributária, as regras de prescrição e decadência, bem como os Princípios da Irretroatividade e Anterioridade.

89. No presente caso, cabe especial atenção ao Princípio da Irretroatividade, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal¹⁴. A respeito desse princípio, o Professor Heleno Taveira Torres¹⁵ apresenta as seguintes considerações:

*“Para proteger a previsibilidade, a confiança e a estabilidade no tempo, o ordenamento constitucional conta com as garantias de irretroatividade, anterioridade e anualidade das leis tributárias”. (...)
Verdadeiramente, ao Estado deve impor-se uma ética legislativa coerente com a ordem constitucional e esta, por todos os princípios e garantias consagrados, veda, com firmeza, a surpresa e a retroação em matéria tributárias. “E a razão parece simples: somente manifestações de capacidade contributiva ao tempo da vigência da lei podem ser alcançadas para a incidência tributária.”*

¹³ “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

¹⁴ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;”

¹⁵ TAVEIRA TORRES, Heleno. Direito Tributário contemporâneo: 50 anos do Código Tributário Nacional – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 157 a 166.

90. Para fins desta ação, é relevante destacar que a Irretroatividade é medida necessária para assegurar que o sujeito passivo tenha previsibilidade quanto aos seus atos e tenha a confiança de que alterações legislativas posteriores não afetaram sua situação pretérita. É nesse sentido que Luís Eduardo Schoueri esclarece¹⁶:

“Com o princípio da irretroatividade, vê-se que, no sistema brasileiro, o legislador não pode “consertar”, ainda que por meio adequado (lei), uma omissão na definição da hipótese tributária. Qualquer mudança apenas valerá dali em diante.”

91. Como já é possível notar, os Princípios da Segurança Jurídica e da Irretroatividade possuem grande importância no presente caso: a partir da Nota Explicativa nº 04/2018, pretende-se aplicar interpretação inovadora para determinar o prazo para recolhimento do ICMS-ST em relação a períodos de apuração anteriores à sua publicação, mesmo sem previsão legal no RICMS/CE e, com todo o respeito, de forma contrário ao disposto em Convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”).

92. Antes da Nota Explicativa nº 04/2018, os substitutos tributários que comercializavam energia elétrica para o Estado do Ceará não contavam com qualquer tipo de esclarecimento acerca da contagem do prazo previsto na Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000, tendo aplicado uma interpretação literal desse dispositivo.

93. A interpretação que é coerente com o texto normativo, com as particularidades do setor de comercialização de energia elétrica no mercado livre e com as regras estabelecidas pela ANEEL e CCEE, é a de que o recolhimento do ICMS-ST deve ser realizado até o nono dia do mês seguinte aquele em que houve a medição, o que permite a apuração e o faturamento da energia elétrica (*“período de apuração em que tiver ocorrido a retenção”*).

94. Além da correção dessa abordagem, as autoridades fiscais sempre admitiram essa interpretação, na medida em que, por um longo período, não foram apresentados questionamentos quanto à forma como os associados da Impetrante realizavam o pagamento do ICMS-ST.

95. A Nota Explicativa nº 04/2018 sinalizou que a SEFAZ/CE possuía entendimento diversos sobre a cláusula terceira do Convênio ICMS nº 83/2000. Sem

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 346.

dúvida, a SEFAZ/CE teria a prerrogativa de alterar o seu posicionamento, caso considere que a nova interpretação é mais adequada da perspectiva jurídica.

96. No presente caso, no entanto, **não houve apenas mudança de interpretação: houve alteração das regras relacionadas ao prazo para recolhimento do ICMS-ST**. Isto é, a Nota Explicativa nº 04/2018 não trata apenas de uma interpretação distinta, mas da criação de um novo prazo de recolhimento. Tanto é assim que foi necessária a alteração do RICMS/CE por meio do Decreto Estadual nº 32.904/2018, passando a indicar que o prazo de recolhimento iniciava-se com o término do mês do consumo, e não mais com o término do “período da apuração”.

97. Assim, surge como problemático a tentativa de conferir efeitos retroativos a essa nova regra, exigindo que os sujeitos passivos tivessem observado prazo para recolhimento do ICMS-ST do qual nem sequer tinham conhecimento. A bem da verdade, nem poderiam ter obtido conhecimento, já que as autoridades fiscais externaram seu novo entendimento após os fatos e, ainda, a inclusão dessa nova regra no RICMS/CE só ocorreu posteriormente.

98. A jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Ceará (“TJCE”) reconhece a relação direta entre Irretroatividade e Segurança Jurídica, sendo o primeiro uma decorrência lógica do segundo, conforme trecho de ementa abaixo reproduzido:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. ALTERAÇÃO DE VALOR DE TARIFA. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. LEI POSTERIOR AO FATO GERADOR DO DÉBITO. INAPLICÁVEL. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...] 3. **Acerca dos elementos que dão efetividade ao princípio, temos que a segurança jurídica é assegurada pelos princípios seguintes: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito etc.** Não havendo outra comprovação de disposição legal a respeito considero inaplicável aos outros períodos requestados pelo apelante as disposições legais apresentadas, já que posteriores. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.”
(Relator (a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL; 3ª Câmara Direito Privado; (Processo nº 0005041-56.2003.8.06.0112)

99. O mesmo entendimento também é encontrado na jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“4. Recurso extraordinário a que se dá provimento, reafirmando a jurisprudência desta Corte, em sede de repercussão geral, para reformar o acórdão recorrido e declarar a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral,

do art. 1º, I, da Lei 7.988/89, uma vez que a majoração de alíquota de 6% para 18% a qual se reflete na base de cálculo do Imposto de Renda pessoa jurídica incidente sobre o lucro das operações incentivadas no ano-base de 1989 ofende os **princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.**”

(RE 592396, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-054 DIVULG 22-03-2016 PUBLIC 28-03-2016)

“3. Os princípios da anterioridade e da irretroatividade baseiam-se na necessidade de segurança jurídica, evitando-se surpresas ao contribuinte no que toca a criação ou majoração de tributos. 4. No caso, há expressa previsão legal acerca do início da eficácia da Lei nº 9.430/96, de sorte que para o ano-base de 1996, em homenagem ao critério da uniformidade do exercício fiscal, aplicável a legislação anterior. Precedente desta E. Corte. 5. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento” 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AI 738929 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 12-12-2011 PUBLIC 13-12-2011)

100. Sendo assim, a Nota Explicativa nº 04/2018 não deve atingir os recolhimentos de ICMS-ST realizados antes da publicação do Decreto nº 32.904/2018, quando a legislação tributária do Estado do Ceará foi efetivamente alterada para amparar o novo entendimento da SEFAZ/CE. Ou seja, antes de dezembro de 2018, é plenamente válido que o prazo para recolhimento do ICMS-ST seja considerado o nono dia do mês seguinte àquele em que houve medição e faturamento da energia elétrica, em observância aos Princípios da Segurança Jurídica e da Irretroatividade.

IV.E – O ARTIGO 100 DO CTN E ALTERAÇÃO DE PRÁTICA REITERADAMENTE ADOTADA

101. Conforme tratado nos tópicos anteriores, o Decreto nº 32.904/2018 implicou a inclusão de uma nova regra na legislação tributária do Estado do Ceará. Até este momento, foram apresentados os argumentos para que essa nova regra seja aplicada apenas em relação a fatos geradores ocorridos após dezembro de 2018, quando o referido Decreto foi publicado.

102. Sem prejuízo desses argumentos, a Impetrante não ignora a posição defendida no Parecer nº 3195/2019, no sentido de que a Nota Explicativa nº 04/2018 teve como objetivo simplesmente esclarecer qual o prazo de recolhimento que já era previsto na legislação tributária do Estado do Ceará.

103. Ainda que a Impetrante divirja desse entendimento – até porque a sua adoção demandou a introdução de novos dispositivos no RICMS/CE pelo Decreto nº 32.904/2018 –, ainda assim seria vedada a sua aplicação retroativa em relação a períodos de apuração anteriores à Nota Explicativa nº 04/2018.

104. Isso porque **a Nota Explicativa nº 04/2018 representou, no mínimo, alteração do entendimento da SEFAZ/CE quanto ao cálculo do prazo para recolhimento do ICMS-ST.** Como mencionado, não se tem conhecimento de questionamentos por parte das autoridades fiscais cearenses com relação ao recolhimento do ICMS-ST até o nono dia do mês seguinte à medição e faturamento da energia elétrica (ou seja, no segundo mês subsequente ao consumo).

105. Nesse contexto, importante destacar que o artigo 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (“CTN”), veda a exigência de multa e juros do sujeito passivo que tenha observado “*as normas complementares*” de Direito Tributário. Tais normas complementares compreendem tanto “*as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas*” como “*os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*”.

106. No caso, os associados da Impetrante observaram tanto a prática reiterada das autoridades fiscais – que, por muitos anos, não questionaram a interpretação predominante sobre o prazo para pagamento do ICMS-ST – como convênio celebrado entre os estados – especificamente, a Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000.

107. A previsão do artigo 100, parágrafo único, do CTN, reforça que os substitutos tributários que, ao menos antes da publicação da Nota Explicativa nº 04/2018, consideraram o prazo de recolhimento do ICMS-ST como sendo o nono dia do mês subsequente ao de medição, que permite a apuração e o faturamento da energia elétrica, não podem ser penalizados com a cobrança de juros e de multas de qualquer natureza.

108. Nesse sentido, requer-se, subsidiariamente, que o entendimento da autoridade impetrada sobre o prazo de recolhimento do ICMS-ST na situação ora analisada, alterado por meio da Nota Explicativa nº 04/2018, somente seja aplicado em relação a fatos geradores posteriores a 17 de agosto de 2018 (quando publicada a referida Nota).

IV.F – O ARTIGO 112 DO CTN E A EXISTÊNCIA DE DÚVIDA

109. No caso em análise, o artigo 100 do CTN já impõe o afastamento de qualquer cobrança de juros ou de quaisquer multas aos associados da Impetrante que tiverem recolhido o ICMS-ST na condição de substitutos tributários observando o prazo de nove dias do mês subsequente àquele em que ocorreu a medição e o faturamento da energia elétrica.

110. Outro relevante dispositivo do CTN reitera a impossibilidade de aplicação de multas no presente caso. Trata-se do artigo 112 do CTN, que, em matéria de penalidades tributárias, estabelece o princípio do “*in dubio pro reo*”, conforme se verifica abaixo:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: (...)

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; (...)”

111. Apesar de a Impetrante ter certeza quanto à interpretação da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 83/2000 defendida em tópicos anteriores, é inegável que houve dúvida quanto à definição do prazo de recolhimento ICMS-ST nas operações interestaduais relacionadas ao mercado de contratação livre.

112. Essa não é uma constatação unilateral da Impetrante. Como consta do Parecer nº 3195/2019, de 26 de julho de 2019:

“[Nota Explicativa nº 04/2018] Foi publicada porque muitos agentes de comercialização e geração não conseguiram compreender as orientações previstas na legislação pertinente.”

113. E mais. A própria Nota Explicativa nº 04/2018, que, como o próprio nome diz, tem a função de **EXPLICAR**, destaca sua finalidade de “*explicitar procedimentos a serem adotados*” e afirma haver necessidade de esclarecimento:

*“**CONSIDERANDO a necessidade de esclarecer** os procedimentos a serem adotados em relação ao período de apuração e recolhimento do ICMS devido nas operações realizadas no ambiente de contratação livre de energia elétrica.”*

114. Ou seja, **a própria SEFAZ/CE reconhece ser necessário esclarecer** os procedimentos que deveriam ser seguidos no tocante ao recolhimento do ICMS-ST. Significa dizer que, segundo a própria SEFAZ/CE, havia dúvida quanto ao prazo para recolhimento do ICMS-ST no caso de operações interestaduais relacionadas ao mercado livre de energia elétrica.

115. Pois bem, caso o entendimento defendido na Nota Explicativa nº 04/2018 seja aplicado retroativamente, os associados da Impetrante que realizaram o recolhimento do ICMS-ST tomando como referência o mês de medição e de faturamento (e não o mês de consumo), há risco de que lhes sejam aplicadas penalidades previstas na legislação do Estado do Ceará por conta do suposto atraso no pagamento do tributo.

116. No entanto, os associados da Impetrante que não observaram o entendimento formalizado na Nota Explicativa nº 04/2018 não podem ser penalizados, justamente porque há dúvida quanto às circunstâncias materiais do fato: antes da Nota Explicativa nº 04/2018, o prazo de recolhimento do ICMS-ST não claro.

117. Dessa forma, não é possível afirmar com certeza que os associados da Impetrante tenham descumprido o prazo estabelecimento na legislação tributária, o que, para fins do artigo 112 do CTN, caracteriza dúvida quanto às “*circunstâncias materiais do fato*” que poderia ensejar aplicação de multa.

118. Nesse sentido, requer-se, ainda subsidiariamente, que não haja aplicação de penalidades aos associados da Impetrante que, antes de 17 de agosto de 2018 (quando publicada a Nota Explicativa nº 04/2018), realizaram o recolhimento do ICMS-ST devido na situação ora analisada antes do nono dia do mês subsequente àquele em que ocorreu a medição e o faturamento da energia elétrica comercializada.

V – NECESSIDADE DE MEDIDA LIMINAR

119. Considerando esses fatos, a teor do que dispõe o inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 12.016/2009, impõe-se a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, tendo em vista estarem configurados os requisitos ensejadores da tutela na forma prevista no referido dispositivo, quais sejam (i) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); e (ii) risco de dano grave (*periculum in mora*). Além disso, não há qualquer risco de irreversibilidade da medida.

V. A – DO FUMUS BONI IURIS

120. A probabilidade do direito assenta-se em todos os fatos apresentados pela Impetrante ao longo desta petição, que podem ser sintetizados na impossibilidade de aplicação retroativa da modificação do RICMS/CE, promovida pelo Decreto nº 32.904/2018.

121. Antes dessa alteração, que positivou a conclusão da Nota Explicativa nº 04/2018, não havia comando na legislação tributária para que o recolhimento do ICMS-ST nas operações interestaduais com energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre e destinadas a consumidores no Ceará fosse realizado no mês subsequente ao consumo.

122. Segundo as definições dos convênios ICMS 83/2000 e 15/2007, os associados da Impetrante realizavam o recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao faturamento da energia elétrica comercializada, o que, por sua vez, ocorria no mês subsequente ao consumo. E não havia como ser diferente, tanto que os argumentos apresentados pela Impetrante à SEFAZ/CE levaram à edição dos Decretos nº 32.904/2018 e 33.058/2019, que adequaram o recolhimento do ICMS-ST à realidade dessas operações.

123. Por essas razões, a Impetrante apresentou seus argumentos de violação aos princípios da Irretroatividade e Segurança Jurídica, ou ainda, subsidiariamente, violação aos artigos 100, parágrafo único, e 112, do CTN. Não há fundamento no ordenamento jurídico brasileiro para sustentar a possibilidade de cobrança de multas e juros pela aplicação retroativa do RICMS/CE.

V. B – DO PERICULUM IN MORA

124. O risco de dano grave está na possibilidade de cobrança de multas e juros em razão da concepção de que não houve modificação de entendimento pela SEFAZ/CE, mas apenas esclarecimento do que deveria ser seguido por meio da Nota Explicativa nº 04/2018.

125. Em caso de indeferimento do pedido liminar, os associados da Impetrante ficarão sujeitos à lavratura de autos de infração com posterior cobrança pela via da execução fiscal, o que implica dificuldades para o regular exercício das suas atividades,

ante as questões relacionadas a certidões de regularidade fiscal, bem como gastos para exercício de defesa, além de, é claro, o surgimento de processos judiciais sem necessidade.

126. Nesse sentido, é relevante destacar que não há qualquer risco de irreversibilidade da medida liminar, tendo em vista que, em caso de revogação da liminar em razão da improcedência desta demanda, o que se cogita por argumentar, será possível a exigência de multa e juros dos associados da Impetrante, bem como cobrança pela vantajosa via da execução fiscal.

127. Com isso, o deferimento da medida liminar é necessário, de modo a proteger segurança das relações estabelecidas entre os associados da Impetrante e o Estado do Ceará, não havendo qualquer risco de irreversibilidade.

VI –PEDIDOS

128. Diante do exposto, a Impetrante requer:

(i) O **deferimento da medida liminar** para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de qualquer ato (cobrança, protesto, inclusão em órgãos restritivos) relativo à aplicação retroativa da modificação do RICMS/CE promovida pelo Decreto nº 32.904/2018. Ou seja, qualquer ato que leve à exigência do ICMS-ST dos associados da Impetrante no mês subsequente ao consumo de energia elétrica no Estado do Ceará para fatos geradores anteriores a dezembro de 2018;

(ii) A intimação da autoridade impetrada para prestar informações e, na sequência, do Ministério Público;

(iii) Por fim, **seja concedida segurança**, confirmando-se a liminar originalmente deferida, para garantir o direito líquido e certo das Impetrantes de não sofrerem a exigência de multas e juros em razão da aplicação retroativa da modificação do RICMS/CE promovida pelo Decreto nº 32.904/2018. Ou seja, de não sofrerem a exigência de multas e juros relacionados ao ICMS-ST de fatos geradores anteriores a dezembro de 2018 para operações interestaduais com energia elétrica realizadas no Ambiente de Contratação Livre - ACL e destinadas a consumidores no Estado do Ceará.

129. Requer-se, ainda, que as futuras intimações relativas ao feito sejam dirigidas exclusivamente a **VINICIUS VICENTIN CACCAVALI (OAB-SP n° 330.079)**, advogado com domicílio na Rua Gomes de Carvalho, n° 1.108, 10° andar, CEP 04547-004, Vila Olímpia, São Paulo – SP.

Por fim, atribui-se à causa o valor de **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)** e declara-se a autenticidade de todas as cópias simples que instruem a presente, sob pena de responsabilidade pessoal.

Termos em que,
Pede-se deferimento.

De São Paulo para Fortaleza, [*****] de dezembro de 2019

Antonio Ganim
OAB/DF n.º 14.605

Diego Aubin Miguita
OAB/SP n.º 304.106

Vinícius Vicentin Caccavali
OAB/SP n.º 330.079

Diogo Olm Arantes Ferreira
OAB/SP n.º 407.898

ROL DE DOCUMENTOS

DOCUMENTO 1 – PROCURAÇÃO E DOCUMENTAÇÃO SOCIETÁRIA

DOCUMENTO 2 – AUTORIZAÇÃO PARA INGRESSAR EM JUÍZO

DOCUMENTO 3 – CONVÊNIO ICMS Nº 83/2000

DOCUMENTO 4 – CONVÊNIO ICMS Nº 15/2007

DOCUMENTO 5 – NOTA EXPLICATIVA Nº 04/2018

DOCUMENTO 6 – CARTA CT 167/2018

DOCUMENTO 7 – PARECER Nº 3195/2019

DOCUMENTO 8 – NOVO REQUERIMENTO DA IMPETRANTE