

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

Ref.: Processo nº 0635047-46.2020.8.06.0000

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA – ABRACEEL, já qualificada nestes autos, por seus advogados, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, **manifestar-se sobre a petição apresentada pelo Estado do Ceará** (fls. 291/337), tendo em vista a apresentação de diversas questões preliminares, que teriam, em tese, aptidão a impedir a análise do mérito. Contudo, como será demonstrado, trata-se de mais uma tentativa frustrada de impedir a avaliação do Poder Judiciário sobre a decisão de aplicação retroativa do Decreto nº 32.904/2018.

1. Em sua manifestação, o Estado do Ceará aduziu, em síntese:
 - (i) PRELIMINARMENTE
 - (i.i) a Impetrante não teria legitimidade para impetrar o mandado de segurança, tendo em vista que não consta do seu estatuto social o objetivo de questionar “*exigência tributária genérica e abstrata*”;
 - (i.ii) a Secretária da Fazenda não poderia ser apontada como autoridade coatora, pois não teria praticado ou ordenado nenhum ato reputado ilegal ou abusivo;

(i.iii) o mandado de segurança não seria a via adequada para a discussão em questão, tendo em vista que não estaria demonstrada coação por parte da autoridade fazendária, sendo apresentada apenas uma tese de aplicação retroativa do Decreto que modificou o RICMS/CE;

(i.iv) não teria sido produzida prova pré-constituída, já que não teria havido juntada aos autos de comprovação da intenção de aplicação retroativa.

(ii) MÉRITO

não teria havido inovação no procedimento de recolhimento do ICMS-ST devido por substituição tributária. A Nota Explicativa nº 04/2018 apenas teria esclarecido o procedimento que deveria ser observado pelas comercializadoras de energia elétrica no mercado livre.

2. Pois bem, como mencionado no primeiro parágrafo desta manifestação, essas alegações são impertinentes e não merecem prosperar, conforme a Impetrante passa a demonstrar, rebatendo ponto a ponto para que não reste qualquer dúvida sobre sua impertinência. Relevante destacar que a manifestação do Estado do Ceará é quase toda voltada a questões preliminares, na tentativa de impedir a análise do mérito da controvérsia. A razão para isso é clara: não há nada que justifique a aplicação retroativa do Decreto nº 32.904/2018 e por isso só resta ao Estado tentar obstar a avaliação do Judiciário.

I.D) PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE DA IMPETRANTE

3. O Estado do Ceará defende a ilegitimidade da Impetrante para o questionamento judicial de “*exigência tributária genérica e abstrata*”. Nada mais impertinente. A Impetrante é associação que atua na representação dos interesses dos comercializadores de energia, tendo obtido autorização dos seus associados (fls. 65/97) para ingressar com esta medida judicial, mesmo com o enunciado da súmula 629 do Supremo Tribunal Federal dispensar a autorização dos associados.

4. Não obstante, necessário destacar que a presente ação judicial não é voltada a questionamento de exigência tributária genérica e abstrata. O objetivo da Impetrante é impedir a aplicação do entendimento externado pela SEFAZ/CE na Nota Explicativa nº 04/2018 e formalmente introduzido na legislação tributária por meio Decreto Estadual nº 32.904, de 20 de dezembro de 2018.

5. Trata-se, portanto, de medida necessária não para a discussão de constitucionalidade ou legalidade de tributos, mas sim para afastar violação ao princípio da retroatividade tributária, recentemente promovido pela Autoridade Impetrada. No mais, a Impetrante foi responsável pelas tratativas com a Autoridade Impetrada no período anterior à modificação do Decreto nº 32.904/2018, esclarecendo as particularidades da atividade de comercialização de energia, bem como impossibilidade de recolhimento no prazo inicialmente pretendido pela SEFAZ.

6. Com isso, inquestionável a legitimidade da Impetrante para representar os interesses das empresas associadas em afastar tributação retroativa e, portanto, inconstitucional.

I.II) PRELIMINAR: AUTORIDADE COATORA

7. O Estado do Ceará defende a ilegitimidade da Autoridade Impetrada em razão da ausência de prática de qualquer ato reputado ilegal ou abusivo. Ao fazê-lo, **desconsidera que 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.

8. Além disso, também foi incluída no polo passivo a autoridade responsável pelo envio das notificações às associadas da Impetrante (fls. 49/64), ou seja, aquela responsável pela execução da equivocada interpretação constante da Nota Explicativa nº 04/2018. É importante ressaltar que **NÃO HÁ COMANDO LEGAL** que autorize a aplicação do Decreto nº 32.904/2018 para o período anterior à sua vigência. Desse modo, não há execução de um comando legal, mas sim de uma interpretação equivocada oriunda da Autoridade Impetrada.

9. Como mencionado acima, neste mandado de segurança, não se objetiva a discussão de cada notificação enviada às associadas da Impetrante. Neste momento, objetiva-se simplesmente impedir o progresso do procedimento de aplicação da Nota Explicativa nº 04/2018, por violação aos Princípios da Irretroatividade Tributária e da Segurança Jurídica.

I.III) PRELIMINAR: UTILIZAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – LEI EM TESE

10. Como já mencionado anteriormente, o objetivo deste mandado de segurança é impedir que a Autoridade Impetrada prossiga com a aplicação retroativa do artigo 437-A do RICMS/CE para operações interestaduais com energia elétrica em ambiente de contratação livre destinadas a consumidores no Estado do Ceará. Por meio da Nota Explicativa nº 04/2018, a Autoridade Impetrada expressou seu entendimento de que a legislação cearense sempre teria previsto o recolhimento do ICMS-ST no mês seguinte ao do fornecimento de energia elétrica, em que pese essa previsão só ter sido inserida na legislação pelo Decreto nº 32.904/2018 (que criou o referido artigo 437-A).

11. Diante disso, não há que se falar em mandado de segurança contra lei em tese, tendo em vista que foram enviadas notificações às associadas da Impetrante (**fls. 49/64**), nas quais é expressa a aplicação da Nota Explicativa nº 04/2018, conforme exemplo abaixo:

Informações adicionais:

Referente a postergação de recolhimento de ICMS-ST e FECOP, conforme nota explicativa nº 04/2018, pareceres nº 3195/2019 e 2024/2020 e levantamento anexos. Dúvidas, enviar email para: gtenergia@sefaz.ce.gov.br

FORTALEZA, 21/08/2020 15:44:07

Ciência do Contribuinte / Preposto / Representante Legal

I.IV) PRELIMINAR: PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – MÁ-FÉ DO ESTADO DO CEARÁ

12. As associadas da Impetrante receberam notificações intimando-as a realizar o recolhimento de exigências tributárias decorrentes do suposto atraso no pagamento de ICMS-ST. As notificações partem da premissa de que, mesmo antes de dezembro de 2018, o prazo para realizar esse pagamento seria no mês seguinte ao fornecimento de energia elétrica. Como mencionado acima, essa previsão somente foi inserida na legislação por meio do Decreto nº 32.904/2018. Ainda assim, as associadas da Impetrante foram notificadas em relação a períodos muito anteriores a anterior à sua vigência.

13. Diante disso, causa espécie a postura do Estado de Ceará de afirmar que não há nos autos prova pré-constituída. Ora, o que são então as notificações juntadas aos autos (**fls. 49/64**)? Com a devida vênia, parece faltar boa-fé aos redatores desse argumento na manifestação ora rebatida.

II) MÉRITO: APLICAÇÃO RETROATIVA DE MODIFICAÇÃO NO RICMS/CE

14. Em suas poucas considerações sobre o mérito da discussão, o Estado do Ceará defende que não teria havido inovação no procedimento de recolhimento do ICMS-ST devido por substituição tributária. A Nota Explicativa nº 04/2018 apenas teria esclarecido o procedimento que deveria ser observado pelas comercializadoras de energia elétrica no mercado livre.

15. Sobre esse argumento, é relevante esclarecer que, 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 livre¹, 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.”

16. 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.

17. 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. Logo, parece incoerente a afirmação de que esse sempre foi o entendimento adotado no Ceará.

18. 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

¹ Essa afirmação é respaldada pelo próprio Parecer nº 3.195/2019: “3. Até 21 de dezembro de 2018, data de publicação do Decreto nº 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).

ICMS nº 83/2000, bem como nas particularidades da comercialização de energia elétrica no ACL, também denominado de mercado livre.

19. Antes de apresentar esses fundamentos, vale ressaltar que o Parecer nº 3.195/2019, pelo qual originalmente 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.

20. 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.

21. 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*”. 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.

22. 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.

23. 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.”

24. 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 Kandir².

25. 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.

26. 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.

27. 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. 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.

28. 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.

29. Diante desses fatos, parece não fazer sentido a alegação do Estado do Ceará de que não teria havido inovação no Decreto nº 32.904/2018, razão pela qual o julgamento de mérito deverá ser no sentido de confirmação da medida liminar, com concessão da segurança pleiteada pela Impetrante.

Nesses termos,

Pede-se deferimento.

São Paulo, 11 de janeiro de 2021.

² “Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...) VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada;”

Diego Aubin Miguita
OAB/SP nº 304.106

Vinícius Vicentin Caccavali
OAB/SP nº 330.079