



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1003268-74.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Fauvel e Moraes Sociedade de Advogados**
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por **Fauvel e Moraes Sociedade de Advogados** contra a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, na qual aduz, em síntese, que é pessoa jurídica de direito privado e, para o desempenho de suas atividades, utiliza-se de serviços de telecomunicação e energia elétrica. Afirma que se enquadra na condição de contribuinte do ICMS incidente sobre os referidos serviços, sendo seu consumo tributado pela alíquota de 25%, o que violaria o Princípio Constitucional da Essencialidade e Seletividade. Pretende, portanto, que o recolhimento do tributo se dê pelas alíquotas de 12% (energia elétrica) e 18% (telecomunicações) ou, subsidiariamente, que o ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica seja submetido à alíquota geral de 18%, restituindo-se o que indevidamente foi recolhido, nos últimos cinco anos.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 40-69/80-81.

A parte autora prestou novas informações às fls. 73-78.

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo manifestou-se às fls. 84-93 pela impossibilidade de antecipação da tutela, indeferida às fls. 94-96.

A parte autora interpôs agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 104-136), ao qual foi negado provimento (fls. 165-171).

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo apresentou contestação (fls. 139-161) na qual sustenta, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade ativa, pois o ICMS é um imposto indireto e quem acaba sofrendo a carga tributária é o consumidor final, contribuinte de fato, que são os clientes da parte autora. No mérito, defendeu a constitucionalidade das alíquotas fixadas por decreto estadual; que seletividade se subordina ao princípio da maior capacidade contributiva e que os serviços de comunicação não são essenciais.

Houve réplica (fls. 174-185).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Juntou documentos (fls. 186-220/222-228).

É o relatório.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.

O processo comporta imediato julgamento, a teor do disposto no inciso I do art. 330, do Código de Processo Civil, tratando-se de matéria de direito a ser apreciada, sendo satisfatória a prova documental já existente nos autos para apreciação das questões fáticas.

Afasto as preliminares arguidas.

A autora é consumidora final dos serviços de comunicação e energia elétrica, arcando com a carga tributária de ICMS que vem destacada em sua conta (fls. 40/42), o que permite seu questionamento quanto à constitucionalidade da alíquota aplicada.

Também não cabem as alegações de impossibilidade jurídica do pedido, pois a discussão é possível juridicamente.

No mais, o pedido não comporta acolhimento.

Cumprе destacar que ao Poder Judiciário é vedado legislar positivamente. Em face da determinação de essencialidade que se reserva ao legislador, a adoção de alíquotas é utilizada como mecanismo de controle da demanda de consumo que entenda suficiente a fim de preservar o alcance ao maior número possível de usuários, pois, de outra forma, seria um contrassenso pensar que, por se tratar de bem essencial, não pudesse a tributação ser realizada, em conformidade com o critério político-sócio-econômico em determinado momento histórico, com o fito de exercer o efetivo controle de consumo. É inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação e, exatamente por esse reconhecimento, é que as alíquotas são estabelecidas de acordo com o seu respectivo contexto e necessidade.

Em relação à prestação onerosa de serviço de comunicação, a Constituição Federal, no seu artigo 155, inciso II, concedeu aos Estados a competência para instituir o ICMS sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de comunicação. O §2º, inciso III, do referido artigo, possibilita que o imposto seja seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, ou seja, a alíquota é diferenciada a depender da essencialidade do objeto ou do produto da tributação, cuja discricionariedade a fim de defini-la cabe ao ente político instituidor do tributo e não ao Poder Judiciário. Em consequência, se o Estado, por atribuição constitucional, determina que a essencialidade deve ser reconhecida pela entidade tributante, não cabe ao poder jurisdicional determinar os rumos da política tributária e determinar que a alíquota seja reduzida a 18% para os serviços de comunicação e 12% para a energia elétrica.

Neste sentido já decidiu a Egrégia Corte Paulista:


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

*EMENTA APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA ICMS REDUÇÃO DE ALÍQUOTA Pretensão ao reconhecimento de essencialidade do serviço de telecomunicação e restituição dos valores pagos a maior Preliminares afastadas Alegada inconstitucionalidade de norma que determina recolhimento do ICMS na alíquota máxima de 25% Afronta aos princípios da seletividade, proporcionalidade, capacidade contributiva e vedação ao confisco Ausência de violação às normas constitucionais **Essencialidade que só pode ser reconhecida pelo ente tributário competente Caráter discricionário Impossibilidade de redução de alíquota pelo Poder Judiciário** O serviço não é reconhecido como essencial pelo Estado Alíquota inalterada Sentença que denegou a ordem mantida Recurso desprovido. (Apelação nº 0047068-35.2010.8.26.0053, Relator(a): João Carlos Garcia; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 28/05/2014; Data de registro: 30/05/2014) [negritei]*

*AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO ICMS Pedido regularmente formulado Prescrição quinquenal Incidência - **Redução da alíquota de 25% para 18% nos serviços de comunicação Inadmissibilidade O art. 155, II, § 2º, III faculta aos Estados o estabelecimento de alíquotas diferenciadas em observância à essencialidade das mercadorias e serviços - Ressalte-se, entretanto, que é faculdade concedida ao legislador estadual, não incumbindo ao poder jurisdicional a fixação ou modificação de alíquotas, sob pena de violação à separação de poderes e atribuições expressamente previstas na Constituição Federal. Recurso improvido** .(Apelação nº 0364670-88.1990.8.26.0530 Relator(a): Carlos Eduardo Pachi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 06/02/2012; Data de registro: 07/02/2012) [negritei]*

Mandado de Segurança. Impetração para reduzir o percentual da alíquota do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicações e energia elétrica. Alegação de violação ao princípio constitucional da seletividade. Não ocorrência. Discricionariedade inserida na seara do Legislativo na definição do conceito de seletividade e essencialidade. Sentença mantida. Recurso improvido .(Apelação Cível nº 994.06.094000-0 (609.945.5/0-00) Relator(a): José Santana; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/12/2010; Data de registro: 13/12/2010; Outros números: 6099455000)

No que tange à alegada afronta ao princípio da isonomia na fixação das alíquotas ora questionadas, a pretensão busca o sentido inverso, pois visa que a mesma alíquota se dê para consumidores em condições econômico-sociais e padrões de consumo diferentes, em incompatibilidade com a própria igualdade genérica e tributária, bem como a observância das capacidades contributiva e econômica (artigos 5º, *caput* e inciso I; 150, inciso II; e 145, § 1º da Carta Magna) ou, em outras palavras, o tratamento igual entre partes desiguais, em flagrante incompatibilidade com o fim colimado pelo legislador. Depreende-se, inclusive, a partir dos artigos 52, V e 55, I do Decreto Estadual 61.188, que o legislador optou pela adoção do princípio



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

da seletividade em função da essencialidade do tributo, no Estado do São Paulo, com o fito de promover o equilíbrio econômico-social. Nesse sentido, não pode ser acolhida a suposição de ato confiscatório acumulado e, portanto, razão não há quanto ao alegado direito ao crédito decorrente da diferença entre os valores indevidamente recolhidos de ICMS.

Por fim, não obstante tenha sido reconhecida a repercussão geral nos autos do Recurso Extraordinário nº 714.139, ainda há pendência de julgamento pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Assim, nada impede a apreciação da matéria, conforme já consignado no v. Acórdão de fls. 165/171.

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com resolução do mérito e improcedente o pedido.

Condeno a autora a arcar com as custas judiciais e os honorários advocatícios, que fixo, por equidade, em R\$ 770,00 (setecentos e setenta reais).

P. R. I

São Carlos, 31 de agosto de 2015.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**