

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****COMARCA DE SÃO CARLOS****FORO DE SÃO CARLOS****VARA DA FAZENDA PÚBLICA****RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760****Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min****SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1010612-72.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Crédito Tributário**
 Requerente: **Fauvel e Moraes Sociedade de Advogados**
 Requerido: **Município de São Carlos**

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

Vistos.

Trata-se de Ação Declaratória de Inexigibilidade de Cobrança de Imposto c/c Repetição de Indébito, com pedido de tutela de urgência antecipada, proposta por **FAUVEL E MORAES SOCIEDADE DE ADVOGADOS**, representada por seu sócio **AUGUSTO FAUVEL DE MORAES**, em face do **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**, sob o fundamento de que é pessoa jurídica de direito privado, presta serviços advocatícios e é optante do simples nacional, razão pela qual recolhe o ISS, atualmente, pelo Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), para a União, que depois é repassado ao Município. Contudo, o requerido lhe tem cobrado ISS de forma inconstitucional e ilegal, pois, subitamente foi obrigada a recolher o valor baseado em seu faturamento bruto. Requer a possibilidade de pagamento fixo e não sobre o valor fixo, como vinha fazendo, bem como a declaração de inexigibilidade da cobrança do ISS sobre a receita bruta no regime do Simples; o impedimento de inscrições indevidas em cadastros de inadimplência; que seja autorizada ao recolhimento do ISS fixo diretamente para o Município de São Carlos; e a restituição dos valores de ISS pagos além do valor da alíquota fixa nos anos de 2015 e 2016, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 36-65.

Houve antecipação da tutela, decisão da qual a ré interpôs agravo de instrumento (fls. 84-92), ao qual foi concedido efeito suspensivo (fls. 93-94).

O Município de São Carlos apresentou contestação, às fls. 73-81, com os documentos de fls. 82-92, arguindo, em preliminar: **a)** ilegitimidade passiva, já que não tem como proceder à alteração no Simples Nacional, competência reservada à União, razão pela qual a ação deve ser deslocada para a Justiça Federal; **b)** inépcia da inicial. Alega, ainda, que a autora não trouxe aos autos a comprovação de quando teriam sido efetuados os pagamentos tributários a fim de poder almejar a repetição de indébito; **c)** prescrição, a teor da súmula 150 do STF. No mérito, alega que: **d)** a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

interessada decidiu se submeter ao Simples Nacional e, sendo assim, está sujeita ao seu regramento; e) não tem como compelir a União a proceder ao recolhimento da forma almejada.

Houve réplica (fls. 97-118).

Documentos às fls. 119-127.

É o relatório.

Passo a fundamentar e decidir.

Inicialmente, observo que a preliminar de inépcia da inicial, alegada pelo Município, se confunde com o mérito e com ele será analisada.

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva. O fato de o Município cumprir lei federal, instituidora do Simples Nacional, não desloca a competência para a Justiça Federal, nem implica ilegitimidade passiva.

Não há que se falar, ainda, em prescrição, visto que a autora optou pelo Simples em 1/1/2015 (fl. 56). Assim, não houve o decurso do prazo quinquenal previsto em lei.

Ausentes outras matérias preliminares a serem debatidas, passo à análise do mérito, observando que o feito comporta julgamento no estado em que se encontra, sendo desnecessárias outras diligências probatórias.

O pedido não merece acolhimento.

A autora é uma sociedade uniprofissional de advogados que aderiu ao regime de tributação pelo Simples Nacional. Conforme dispõe a Lei Complementar Federal nº 123/06:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: [...]

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS. [grifei]

Os serviços advocatícios foram incluídos no regime de tributação do Simples por meio da LC 147/14, como se vê no art. 18, § 5º-C, inciso VII da Lei 123/06 ¹.

Com a adesão ao Simples, a alíquota do ISS varia de 2% a 5% sobre a receita bruta do contribuinte, ao passo que, pelo DL 406/68, a contribuição ocorre em valor fixo e baseado na quantidade de profissionais da sociedade.

A autora sustenta que faz jus ao recolhimento do ISS apurado na forma estabelecida pelo artigo 9º, § 3º, do Decreto lei 406/68, ou seja, com base no número de profissionais que compõem a sociedade e não sobre seu faturamento. Contudo, com a adesão opcional ao Simples sujeita-se às

¹ Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º. 5º-C. VII - serviços advocatícios.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

suas regras. Ademais, a adesão ao Simples é em caráter irretratável para o todo o calendário, conforme disposto no parágrafo 3º do art. 18 da LC 123/06:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

§ 2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar devem ser proporcionalizados ao número de meses de atividade no período.

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano calendário. [grifei]

De fato, como já decidido pela Superior Instância a fls. 94, (...) "a opção pelo SIMPLES feita pela agravada pressupõe o seu conhecimento e a obediência às regras dispostas na Lei Complementar nº 123/06, de modo que, ao menos nessa fase inicial, não é possível impor-se que o recolhimento se faça de maneira diversa, isto é, com base em valor fixo" (...)

A LC 123/2006, em seu art. 24, veda utilização de isenções e benefícios concedidos por leis municipais:

“Art. 24. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal. Parágrafo único. Não serão consideradas quaisquer alterações em bases de cálculo, alíquotas e percentuais ou outros fatores que alterem o valor de imposto ou contribuição apurado na forma do Simples Nacional, estabelecidas pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, exceto as previstas ou autorizadas nesta Lei Complementar”.

Disso se conclui que a sociedade optante pelo Simples não pode pleitear o regime de alíquota fixa prevista da DL 406/68, uma vez que, desde que aderiu ao novo sistema, o recolhimento deverá ser feito sobre a sua receita bruta, na forma prevista no Anexo V, Tabela VI da LC 123/06.

É vedado à sociedade uniprofissional, sujeita ao recolhimento do ISS em valor fixo, aderir ao Simples Nacional na tentativa de instituir regime misto de tributação, isto é, extrair o que há de mais benéfico em cada um deles, sob pena de desvirtuar o próprio sistema, que é justamente a unificação tributária.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Em casos semelhantes, decidiu este E. TJSP:

APELAÇÃO – Ação declaratória c.c. consignação em pagamento e obrigação de fazer – ISS - Sociedade de Advogados optante do Simples Nacional – Pretensão de recolhimento com base em valor fixo – Descabimento, sob pena de se estabelecer regime misto de tributação. Adesão ao regime instituído pela LC 123/2006 que resulta renúncia aos critérios fixados pela lei municipal. Inteligência do art. 18, §4º-A, inciso III e 24, parágrafo único da aludida norma complementar. Sentença reformada. Recurso provido.

(Apelação nº 1015332-31.2015.8.26.0562, Relator(a): João Alberto Pezarini; Comarca: Santos; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/12/2016; Data de registro: 16/12/2016) [grifei]

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS – MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ - ADESÃO AO REGIME DE TRIBUTAÇÃO PELO SIMPLES. Pretensão de recolhimento do ISS sobre alíquota fixa prevista no art. 170, § 5º e § 6º da LC 460/08, com as modificações da LC 468/08, ambas do Município de Jundiaí e não pela renda bruta acumulada nos últimos 12 meses da LC 123/06. O regime de tributação pelo Simples é uma opção do contribuinte, o qual deve conhecer as regras de recolhimento dispostas na lei. Ademais, a opção é em caráter irretratável para o todo o calendário e a partir daí deve-se seguir o recolhimento previsto na LC 123/06. Recurso desprovido

(Agravo de Instrumento nº 2056865-87.2015.8.26.0000, Relator(a): Eurípedes Faim; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/06/2015; Data de registro: 11/06/2015) [grifei]

Por fim, é incabível a aplicação de analogia com base nos prestadores dos serviços de contabilidade, que têm assegurado o recolhimento fixo de ISS, na forma da Lei Complementar 123/2006. Depreende-se do art. 18, § 22-B, da norma supra, a exigência sobre os escritórios de serviços contábeis de determinadas atividades, cujo desatendimento gera exclusão do Simples Nacional, *in verbis*:

I - promover atendimento gratuito relativo à inscrição, à opção de que trata o art. 18-A desta Lei Complementar e à primeira declaração anual simplificada da microempresa individual, podendo, para tanto, por meio de suas entidades representativas de classe, firmar convênios e acordos com a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por intermédio dos seus órgãos vinculados;
II - fornecer, na forma estabelecida pelo Comitê Gestor, resultados de pesquisas quantitativas e qualitativas relativas às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional por eles atendidas;
III - promover eventos de orientação fiscal, contábil e tributária para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional por eles atendidas.

Como se vê, inexistente motivo para garantir tratamento igualitário aos escritórios de

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****COMARCA DE SÃO CARLOS****FORO DE SÃO CARLOS****VARA DA FAZENDA PÚBLICA****RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760****Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

advocacia, optantes do Simples Nacional, os quais não suportam encargos atrelados ao funcionamento do aludido regime, o que afasta a alegada afronta ao princípio da isonomia.

Ante o exposto, julgo o processo, com resolução do mérito e **IMPROCEDENTES** os pedidos iniciais.

Condeno a parte autora a arcar com as custas judiciais e os honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

P.I.

São Carlos, 16 de fevereiro de 2017.

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