



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13054.000905/2009-42
Recurso nº 867.577 Voluntário
Acórdão nº **1102-00.773 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 5 de julho de 2012
Matéria SIMPLES NACIONAL.
Recorrente ML FACHINI E CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

SIMPLES FEDERAL. SIMPLES NACIONAL. INDEPENDÊNCIA DOS REGIMES SIMPLIFICADOS DE TRIBUTAÇÃO.

O Simples, instituído pela Lei nº 9.317/96, e o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/06, são dois regimes jurídicos distintos, sujeitos a normas próprias, e o fato de determinada atividade ser ou não permitida em um deles não autoriza nem desautoriza qualquer conclusão a respeito da mesma atividade no outro.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA.

Nos termos da Lei Complementar nº 123/06, é vedada a opção ou permanência no Simples Nacional à pessoa jurídica que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não. Demonstrado nos autos que a pessoa jurídica exerce atividade vedada, legítima a sua exclusão do referido regime.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Documento assinado digitalmente.

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, Antonio Carlos Guidoni Filho, João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barretto, José Sérgio Gomes, e João Carlos de Figueiredo Neto.

Relatório

Trata o presente processo de exclusão, da empresa acima identificada, do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, com efeitos a partir de 01.07.2007.

Por bem resumir os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida.

“A empresa foi excluída do Simples Federal através do Ato Declaratório Executivo DRF/NHO Nº 454528, de 07 de agosto de 2003 (fls. 26).

Em 31/05/2005 requereu sua inclusão retroativa neste sistema simplificado de tributação (fls. 01).

O contribuinte foi intimado em 29/10/2007, através de Termo de Intimação Fiscal em face da necessidade de apresentação de novos documentos visando dar andamento à instrução do processo (fls. 29 e 30). O intimado atendeu à requisição (fls. 72) e acostou documentos de fls. 31 a 71.

À luz de divergências contidas em cópias de notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Novo Hamburgo – DRF/NHO- determinou que fosse novamente intimado a apresentar novos documentos (fls. 78 e 79) o que, com efeito, ocorreu (fls.85).

Vencida esta fase instrutória, manifestou-se o Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário –SECAT- através do Parecer DRF-NHO/SECAT/SIMPLES nº 323/2008 concluindo, após detida análise do feito, que à luz dos argumentos apresentados, das provas juntadas e da legislação aplicável, cabível propor à autoridade competente que:

1 - seja alterado de ofício o cadastro do CNPJ da empresa, com arrimo no art. 27 da IN 748, de 28/06/2007, incluindo novamente como CNAE preferencial o código 7120-1/00 – *Testes e Análises Técnicas* (código da tabela CNAE 2.0 correspondente ao código 7430-6/00 – *Ensaaios de Materiais e de Produtos; Análise de Qualidade*, fls. 75), com efeitos a partir de 14/02/2005;

2 - seja indeferido o pedido de reinclusão levado a efeito pelo contribuinte, vez que comprovado que a empresa continua exercendo, efetivamente, desde a época da exclusão, atividades vedadas ao Simples;

3 – seja o contribuinte excluído de ofício do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/07/2007, com fundamento na Resolução CGSN nº 015, de 23/07/2007, art. 2º; art. 4º, § 1º; art. 5º, inciso XI; e art. 6º, inciso VII;

4 – finalmente, seja formalizado processo de representação fiscal para fins penais, haja vista que restou caracterizado crime contra a ordem tributária, conforme dispõe a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, art. 1º, inciso III.

A chefia do SECAT da Delegacia jurisdicionante, aquiescendo com o Parecer retro aludido, editou Ato Declaratório Executivo DRF/NHO nº 033, de 29/10/2008 (fls. 108), declarando:

(...)

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica a seguir identificada, em virtude de ATIVIDADE VEDADA (prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade de natureza técnica), conforme disposto no art. 17, inciso XXII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; no art. 12, inciso XXII, da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007; e no art. 5º, inciso XI, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007:

(...)

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01/07/2007, conforme disposto no art. 6º, inciso VII, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

(...)

O contribuinte tomou ciência desta decisão em 14/11/2008 (fls. 116) e, em 10/12/2008, apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 117 a 125) na qual, em síntese, alega que:

- para a Receita Federal seria inadmissível o ingresso da empresa no Simples porque exerceria atividade cuja opção ao sistema é vedada: Prestação de Serviço Técnico Assemelhado ao de Engenheiro e que, assim, com base no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96; art. 17, XI, da LC nº 123/2006, a inserção da empresa no Simples de 2003 a 2007 restou negada;

- a Lei nº 9.317/96 veda a opção pelo Simples para as prestadoras de serviços que desenvolvam as atividades ali especificadas ou decorrentes de profissão legalmente regulamentada, cujo exercício requeira profissional habilitado, nos termos da lei;

- a LC nº 123/2006 amplia ainda mais as restrições de ingresso no Simples das prestadoras de serviço mas, ao que parece, quaisquer serviços técnicos estariam vedados ao sistema simplificado independentemente de pertencerem à profissão regulamentada ou não ou, ao menos, com habilitação legal;

- o contribuinte não presta serviço técnico assemelhado ao de engenheiro e tampouco dependente de habilitação técnico/profissional legalmente exigida;

- que a interpretação da legislação tributária deve seguir os preceitos dos artigos 99 e 112, II do Código Tributário Nacional –CTN, isso significa que nenhuma norma complementar vinda da Receita Federal alterará o conteúdo e o alcance da lei e que a interpretação literal da mesma serve como um freio a

expansões indevidas; a legalidade tributária é definida na expressão da Carta Magna, como garantia de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* –art. 5º, inciso II;

- a atuação da ML Fachini prescinde de profissão legalmente regulamentada, é inadequável como de natureza técnica ou de qualquer tipo de intermediação de negócios, por isto rejeita a decisão administrativa por ferir a legalidade e a tipicidade tributária e que;

- a observância de normas técnicas gerais e obrigatórias do INMETRO não torna a atividade de investigação do cumprimento ou adequação destas como técnica propriamente dita, tanto é que o senhor Marino Luiz Fachini aprendera seu ofício, mediante ensinamentos de colegas de setor, no início de sua vida laboral e que, a Sra. Silvana Fachini é de afazeres domésticos sendo descabido, portanto, se considerar a atividade como assemelhada a engenharia ou de natureza técnica bastando, isso sim, mão-de-obra meramente capacitada;

- colaciona Acórdão da 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre-RS e decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região;

- ao final requer a procedência da manifestação de inconformidade para que seja aceita a opção da empresa pelo Simples para os anos de 2003 a 2007 e protesta pela ampla produção de provas (depoimento pessoal, testemunhas, inspeção local, perícia, documentos) a serem oportunamente determinados, abrindo-se prazo para o preenchimento dos requisitos necessários, tais como: quesitos, indicação das testemunhas, de local, etc, haja vista a complexidade da situação fática;

- anexa cópias de documentos.

É o relatório.”

Ao relato acima, acrescente-se que a sua inconformidade aos dois Atos Declaratórios Executivos (tanto o que a excluiu do Simples, com efeitos a partir do início de suas atividades, quanto a que a excluiu do Simples Nacional), integram a mesma peça de defesa, cujos argumentos foram acima resumidos.

A exclusão do Simples Federal (Lei nº 9.317/96) foi discutida no bojo do processo administrativo fiscal nº 13054.000444/2005-84, com o julgamento favorável à recorrente pela 4ª Turma da DRJ/POA (Acórdão nº 10-20.273), com a seguinte ementa:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2003

SIMPLES FEDERAL- Não exercendo atividade vedada à opção do sistema simplificado, pode a empresa ser optante pelo Simples.”

Além de determinar a reinclusão da empresa no Simples, naquele acórdão registrou a autoridade julgadora que a discussão quanto à alteração de ofício do cadastro CNPJ da empresa, com a com a Inclusão do CNAE de código 7120-1/00 — Testes e Análises Técnicas, com efeitos a partir de 14.02.2005, deveria ser feita mediante processo administrativo regido pela Lei nº 9.784/1999, devendo seguir o rito determinado por esta Lei, e, com relação a exclusão da empresa do Simples Nacional, que a sua análise deveria ser

tratada em outro processo, apartado daquele, o que foi feito, culminando justamente com o presente processo, onde ora vem esta matéria a julgamento por este colegiado. Ainda, no voto condutor do referido acórdão, registrou aquela autoridade julgadora que, com relação à exclusão do Simples Nacional, *“existe a questão prejudicial, a troca de ofício do cadastro CNPJ/CNAE, que provavelmente sobrestará o processo de exclusão do Simples Nacional.”*

O presente processo foi julgado pela 6ª Turma da DRJ/POA, que, por meio do Acórdão nº 10-25.384, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada, confirmando a exclusão da empresa do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/07/2007. O acórdão possui a seguinte ementa:

“Assunto: Simples Nacional

Data do fato gerador: 01/07/2007

SIMPLES. REINCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. MEIOS DE PROVA. INDEFERIMENTO.

É vedada a opção ou permanência no Simples às pessoas jurídicas que tenham por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade de natureza técnica, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123/2006, art. 17, inciso XI.

A exclusão do Simples dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em prática reiterada de infração à legislação tributária.

As provas devem ser apresentadas na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual.”

Cientificada desta decisão em 18.06.2010, conforme AR de fls. 236, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 02.07.2010, fls. 237 a 239, no qual alega, em síntese, o seguinte:

A recorrente já obteve, em julgamento de instância única pela 4ª Turma da DRJ/POA, o reconhecimento de que a sua atividade lhe permite a inclusão no sistema simplificado de arrecadação tributária, sendo que trata-se justamente da mesma atividade, também reconhecida no acórdão ora recorrido, conforme trechos que reproduz dos dois julgados (Acórdão nº 10-20.273, da 4ª Turma, e Acórdão nº 10-25.384, da 6ª Turma, ora em julgamento).

Além disso, o Acórdão nº 10-20.273, em virtude do correto reconhecimento da atividade desenvolvida pela Recorrente, salientou a questão de prejudicialidade ao julgamento da exclusão do Simples Nacional.

De mais a mais, está visível que a atividade da Recorrente não se enquadra no Artigo 17, XI, da LC nº 123/06 porque a natureza técnica prescinde de uma profissão legalmente regulamentada ou com exigência de habilitação legal, sob pena de nenhuma prestadora de serviço ter aptidão ao ingresso em tal regime de tributação, o que já vem sendo decidido pelos tribunais a exemplo das citações já apresentadas com a manifestação de inconformidade (Art. 2º, § único, I, Lei nº 9.784/99).

Sobre o aceite da exclusão do SIMPLES NACIONAL com suporte em prática reiterada de infração à legislação tributária (adulteração de documentos fiscais), o julgamento extrapola o Ato Declaratório Executivo DRF-NHO nº 033/08 inovando o motivo do ato administrativo, já que embasado somente em ATIVIDADE VEDADA! E, desse modo, fere a legalidade tributária (Art. 146, CTN) e a legalidade administrativa (Art. 2º, § único, XIII; 50, I, Lei nº 9.784/99) entre outros preceitos legais.

Por fim, quanto à produção de provas incorreta a assertiva lançada na folha 235 do julgado, eis que foram apresentados quesitos e indicadas testemunhas com a manifestação de inconformidade em obediência ao Decreto nº 70.235/72, o que difere de sua exaustão em tal momento dado que, em decorrência do próprio andamento do feito, outras necessidades poderiam surgir (Art. 3º, III, Lei nº 9.784/99).

Finaliza requerendo a reforma do acórdão recorrido, tendo em conta o exercício de atividade não vedada ao Simples Nacional, a sua não exclusão por prática reiterada de infração à legislação tributária, o requerimento de provas em momento oportuno, e o reconhecimento de questão prejudicial, ou o acolhimento da avocação pela prevenção de competência protocolada em 24.09.2009, culminando com a reinclusão da Recorrente no Simples Nacional retroativamente a 01.07.2007.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Quanto ao fato de que uma mesma atividade possa ter sido objeto de decisões aparentemente conflitantes, uma reconhecendo sua possibilidade de permanência no Simples Federal, e outra afirmando a impossibilidade de sua permanência no Simples Nacional, cumpre desde já registrar que se tratam de dois regimes jurídicos distintos: de um lado, o Simples, ou Simples Federal, estabelecido pela Lei nº 9.317/96, e de outro, o Simples Nacional, estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06, de sorte que o que se aplica a um pode não se aplicar ao outro, e vice-versa.

A este respeito, assim já decidiu esta Turma, à unanimidade de votos, em duas distintas ocasiões, em julgamentos de processos sob minha relatoria (Acórdãos nº 1102-00186, de 08.04.2010, e nº 1102-00.678, de 15.03.2012), ambos com idêntica ementa, abaixo transcrita:

“EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA

Exercendo atividade vedada, não pode a pessoa jurídica ser optante pelo Simples. O fato de uma atividade estar expressamente incluída pela Lei Complementar nº 123/06 entre aquelas às quais é permitida opção ao Simples Nacional não autoriza nem desautoriza qualquer conclusão a respeito da mesma

atividade quanto à possibilidade de opção ao Simples nos termos da Lei nº 9.317/96.”

No mesmo sentido, também a Câmara Superior de Recursos Fiscais, à unanimidade de votos, deu provimento a recurso da Fazenda Nacional, contra decisão da Terceira Turma Especial do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes, que dera provimento ao recurso da interessada, sob o fundamento de que seria cabível a interpretação retroativa benéfica, prevista no artigo 106 do CTN, ao caso (reinclusão no Simples Federal), vez que a Lei Complementar nº 123/06 passara a permitir a atividade da recorrente no Simples Nacional.

A decisão, proferida em 29 de junho de 2011, está consubstanciada no Acórdão nº 9101-001.103, que possui a seguinte ementa:

“SIMPLES – INCLUSÃO RETROATIVA ATIVIDADE VEDADA À OPÇÃO PELO SIMPLES FEDERAL E ADMITIDA PELA LEI DO SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO

A Lei Complementar 123/2006 entrou em vigor a partir de 1º de julho de 2007. A alínea a do inciso II do art. 106 do CTN não autoriza a aplicação retroativa de seu art. 17, § 1º (incisos I e XVI), que não trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação.”

Em que pese os casos acima referidos se refiram a situação exatamente inversa à dos autos, posto que no caso presente houve o reconhecimento do direito da empresa à sujeição ao Simples Federal, mas não ao Simples Nacional, permitem os precedentes ilustrar a independência dos dois regimes, e, consequentemente, dos julgados a eles relativos, ainda que se trate de fato de uma mesma atividade.

Quanto à questão da prejudicialidade ao julgamento da exclusão do Simples Nacional, apontada pela autoridade julgadora de primeira instância no Acórdão nº 10-20.273, o qual, saliente-se, não é o acórdão recorrido, trata-se tão somente de opinião expressada por aquela autoridade no bojo do PAF nº 13054.000444/2005-84, sendo de se salientar, ainda, que ela própria observara que a alteração, de ofício, da atividade da recorrente, no cadastro CNPJ/CNAE da RFB, “... provavelmente sobrestará o processo de exclusão do Simples Nacional.” (grifo nosso)

De qualquer sorte, penso diferentemente. O fator determinante para a exclusão ou não de determinada empresa do Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, é a efetiva prática ou não de determinada atividade considerada impeditiva à opção pelo regime.

Neste aspecto, se demonstrado que a empresa pratica certa atividade impeditiva, o fato mesmo de tal atividade estar prevista ou não no respectivo Contrato Social é irrelevante para decidir sobre a sua exclusão do regime, e menos relevante ainda é o fato de dita atividade constar ou não nos cadastros informatizados da RFB.

Portanto, independentemente do que venha a ser decidido com relação à alteração ou não, de ofício, do referido cadastro, o que importa é aqui analisar se a recorrente praticou ou não atividade vedada no regime jurídico do Simples Nacional.

Inicialmente, cumpre esclarecer qual é a atividade praticada pela recorrente, já que, em razão de tudo o que consta do presente processo, verifica-se que esta questão não seria de todo incontroversa, conforme a seguir exposto.

No Contrato de Constituição da M L FACHINI & CIA LTDA, registrado na Junta Comercial do Rio Grande do Sul – JUCERGS em 27.02.2003, consta na cláusula 4ª, como objeto social da recorrente, o seguinte:

“4ª O objeto social será a prestação de serviços de ensaios de ultra-som, em peças e equipamentos na área industrial, para detectar defeitos em materiais e soldas em geral.”

Em consonância com esta cláusula, no seu cadastro CNPJ original (fls. 08 e 10), a recorrente informara que sua atividade econômica se identificava pelo CNAE 7430-6/00 – “Ensaio de Materiais e de Produtos; Análise de Qualidade”.

Em 14.02.2005, a recorrente levou a registro na JUCERGS Alteração Contratual, cuja cláusula primeira possui o seguinte teor:

“A atividade da empresa passará a ser o comércio varejista de equipamentos eletrônicos e a prestação de serviços de manutenção e execução de juntas soldadas em geral.”

Em consonância com esta cláusula, encaminhou à RFB pedido de alteração do código de atividades cadastrados no seu CNPJ, passando para o CNAE Fiscal 5244-2/05 – “Comércio varejista de materiais elétricos para construção”.

No seu pedido de reinclusão no Simples Federal, datado de 30.05.2005, a empresa afirmou que presta apenas *“serviços de solda em tubulações na área industrial, dando uma assistência quando esta solda vence seu período de vida útil e feita uma troca e manutenção, e nem um momento a empresa precisa de técnico legalmente habilitado, a empresa apenas executa o serviço de solda”*, e ainda, que *“não executa os ensaios de ultra-som, ela presta serviço para outra empresa que faz esta análise...”*. Junto a este pedido, anexou a empresa cópias das segundas vias das notas fiscais nº 13 a 17, para provar o alegado.

À vista das verificações procedidas pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Novo Hamburgo/RS para aferir a real atividade exercida pela empresa, e dos documentos constantes do presente processo, constata-se o seguinte:

- a) apesar de informar que uma de suas atividades passaria a ser o comércio varejista de equipamentos eletrônicos, a empresa não possui inscrição na Secretaria da Fazenda do Rio Grande do Sul – SEFAZ-RS, a qual seria necessária para o desempenho de tal atividade;
- b) apesar de intimada a apresentar os talonários completos de todas as notas fiscais de venda e de prestação de serviços emitidas desde a abertura da empresa (fls. 29), a empresa apresentou tão somente talonário de notas fiscais de prestação de serviços, não demonstrando, portanto, em nenhum momento, que exerceria atividades no ramo de comércio;
- c) as notas fiscais apresentadas demonstram que, no tocante à prestação de serviços, a alteração contratual levada a efeito pela empresa em

14/02/2005 não teve qualquer efeito prático, pois a descrição dos serviços constantes nas notas fiscais emitidas anteriormente e posteriormente à referida alteração permanece substancialmente a mesma, e remete precisamente à descrição que constava no seu contrato original, qual seja, serviços de inspeção de ultra-som em soldas e outros materiais.

- d) no Contrato Social da empresa, o sócio Marino Luiz Fachini identifica a sua qualificação profissional como “Inspetor de Ultra-som”, mesma qualificação que consta na CTPS (Carteira de Trabalho) anexa aos autos;
- e) os Contratos anexos aos autos, celebrados entre a recorrente e a Alstom Elec S/A especificam a execução pela recorrente, como contratada, de “serviços de Controle de qualidade e Ultra Som peças Petrobras” e de “serviços de Controle de qualidade e Ultra Som abrangendo atividades específicas da Contratada”;
- f) a DRF/NHO verificou que as segundas vias das notas fiscais nº 13 e 15, apresentadas junto com o pedido de reinclusão no Simples Federal, haviam sido adulteradas no campo referente à descrição dos serviços, onde a expressão “serviços de ultra-som...” teria sido descaracterizada, num caso para “serviços de soldas...”, e noutro, para algo como “serviços de manutenção...” (sic), circunstância que se confirma ante a presença nos autos das terceiras vias das referidas notas.

Pois bem. À vista do acima exposto, tenho por evidenciado o fato de que a recorrente efetivamente desenvolve a atividade de prestação de serviços de inspeção de ultra-som em peças e equipamentos na área industrial, e de controle de qualidade para detectar defeitos em materiais e soldas em geral.

Isto posto, de se observar que o código 7430-6/00 – Ensaio de Materiais e de Produtos; Análise de Qualidade, do CNAE Fiscal 1.1, correspondente à atividade da recorrente, migrou, na transposição para o CNAE 2.0, para o código 7120-1/00 – Testes e Análises Técnicas, sem que tenha sido alterada sua essência, conforme se verifica às fls. 74-75.

A defesa da recorrente ora não mais foca na não execução destes serviços, senão na alegação de que a prestação de tais serviços prescinde de uma profissão legalmente regulamentada ou com exigência de habilitação legal.

Aliás, este exatamente o fundamento da 4ª Turma da DRJ/POA para lhe reconhecer o direito à permanência no Simples Federal.

Contudo, conforme antes referido, cumpre verificar qual o tratamento conferido pela legislação do Simples Nacional com relação a tal atividade.

Assim dispunha o artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em sua redação original e vigente à época dos fatos, no tocante à matéria em litígio:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

I – creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental;

II – agência terceirizada de correios;

III – agência de viagem e turismo;

IV – centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

V – agência lotérica;

VI – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus, outros veículos pesados, tratores, máquinas e equipamentos agrícolas;

VII – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;

VIII – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;

IX – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

X – serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais, bem como manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos;

XI – serviços de instalação e manutenção de aparelhos e sistemas de ar condicionado, refrigeração, ventilação, aquecimento e tratamento de ar em ambientes controlados;

XII – veículos de comunicação, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, e mídia externa;

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;

XIV – transporte municipal de passageiros;

XV – empresas montadoras de estandes para feiras;

XVI – escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais;

XVII – produção cultural e artística;

XVIII – produção cinematográfica e de artes cênicas;

XIX – cumulativamente administração e locação de imóveis de terceiros;

XX – academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;

XXI – academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;

XXII – (VETADO);

XXIII – elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

XXIV – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

XXV – planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;

XXVI – escritórios de serviços contábeis;

XXVII – serviço de vigilância, limpeza ou conservação;

XXVIII – (VETADO).

§2º Também poderá optar pelo Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa neste artigo, desde que não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação previstas nesta Lei Complementar.”

Assim, verifica-se que, no regime do Simples Nacional, ao contrário do Simples Federal, em primeiro lugar, não há mais qualquer distinção quanto ao fato de a profissão ser legalmente regulamentada ou não. Além disto, os serviços de engenheiros, bem como o de diversos outros profissionais, deixaram de ser expressamente mencionados entre as vedações, sendo retirada ainda a expressão que fazia alusão aos serviços que pudessem ser considerados como “assemelhados” aos prestados por aqueles profissionais.

A nova restrição imposta pela Lei Complementar nº 123/2006, no que toca analisar, passou a fazer referência tão somente à prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, logo, é sob esta ótica que deve ser analisada a questão.

A mesma Lei Complementar, no seu artigo 2º determinou que ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime do Simples Nacional, observadas as disposições da LC nº 123/2006.

O CGSN foi instituído pelo Decreto nº 6.038/2007, e, no âmbito das suas atribuições, editou a Resolução CGSN nº 6 de 18.06.2007, na qual relaciona os códigos de atividades consideradas impeditivas e ambíguas à opção pelo Simples Nacional. As tabelas anexas à referida Resolução foram sucessivamente alteradas, conforme processaram-se alterações na respectiva legislação, pela Resolução CGSN nº 20, de 15.08.2007, pela Resolução CGSN nº 50, de 22.12.2008, e pela Resolução nº 77, de 13.09.2010.

Em todas elas, contudo, o código 7120-1/00 – Testes e Análises Técnicas sempre constou como atividade impeditiva à opção pelo Simples Nacional, justamente em razão do caráter essencialmente técnico da referida atividade.

Note-se a diferença desta atividade com relação à de mera soldagem (código 2539-0/00 – Serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais), que constara como impeditiva somente na Resolução CGSN nº 6 de 18.06.2007, porém já em 15.08.2007 remanejada para “atividade ambígua” pela Resolução CGSN nº 20, situação a qual não se caracteriza como impeditiva, bastando que a pessoa jurídica declarasse exercer, sob este código, tão somente atividades permitidas no Simples Nacional.

Posteriormente, a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, alterou o parágrafo 1º do artigo 17, o qual ficou então assim vazado:

“Art. 17. (...)

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.”

O §5º-B do artigo 18, por sua vez, contém a seguinte dicção, no que interessa:

“§5º-B. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:

*IX – serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, **solda**, tratamento e revestimento em metais;”*

Em face da alteração legislativa acima, o serviço de soldagem passou a ser expressamente permitido. De fato, na Resolução CGSN nº 50, de 22.12.2008, já não mais consta a restrição a tais serviços.

Justamente em razão deste contexto legislativo, o esforço da recorrente em tentar demonstrar, ao longo do procedimento fiscal que resultou na sua exclusão tanto do Simples Federal, quanto do Simples Nacional, que a sua atividade seria apenas de execução de soldas, ou de manutenção dessas soldas, e não aquela que restou ao final cabalmente demonstrada.

Concluindo, tenho que a atividade da recorrente se enquadra no artigo 17, inciso XI, da LC nº 123/06, acima transcrito, pelo que não pode a mesma permanecer no Simples Nacional, conforme determinara o ADE DRF-NHO nº 033/08.

Protesta a recorrente que a sua exclusão do Simples Nacional não poderia ter sido decidida pela DRJ com suporte em prática reiterada de infração à legislação tributária, pela adulteração de documentos fiscais, vez que o referido ADE embasara-se tão somente na prática de atividade vedada.

De fato, o ADE refere-se expressamente apenas à prática de atividade vedada, em que pese o Parecer DRF-NHO/SECAT/SIMPLES nº 323/2008, que embasou a posterior edição do referido ADE, tenha discorrido sobre a adulteração de documentos fiscais, tanto que propôs, em razão deste fato, que fosse formalizado processo de representação para fins penais, o que não é aqui o objeto.

Se fosse a prática reiterada de infração à legislação tributária o único fundamento apontado pela DRJ para o indeferimento do pleito da recorrente, poder-se-ia de fato considerar ocorrida inovação, conducente à nulidade daquela decisão.

Entretanto, tendo sido julgada improcedente a manifestação de inconformidade, pela DRJ, expressamente em razão da prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade de natureza técnica, pode-se considerar que a referência, por aquela autoridade julgadora feita, à adulteração de documentos fiscais, constitui tão somente esforço de argumentação, ou *obter dictum*, em modo semelhante ao que feito no presente voto.

Alega ainda a recorrente que estaria incorreta a assertiva lançada na folha 235 do julgado, eis que foram apresentados quesitos e indicadas testemunhas com a manifestação de inconformidade em obediência ao Decreto nº 70.235/72, o que difere de sua exaustão em tal momento dado que, em decorrência do próprio andamento do feito, outras necessidades poderiam surgir.

Ora, conforme visto, nem a autoridade julgadora *a quo*, nem o relator deste, sentiram qualquer necessidade da realização de perícias ou diligências, posto que todos os elementos necessários à solução da lide encontram-se nos autos, sendo certo que, nos termos do Decreto nº 70.235/72 – PAF, incumbe à autoridade julgadora determinar a realização de perícias ou diligências, quando entendê-las necessárias, o que não foi o caso.

Além disto, a autoridade julgadora *a quo* observou que o direito da recorrente à produção de novas provas precluía porque não fora demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior, tampouco que estas se refeririam a fato ou a direito superveniente ou que se destinariam a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, circunstâncias estas que haveriam de ter sido demonstradas, com espeque no artigo 16, § 4º, do referido Decreto.

De qualquer sorte, de se observar que não se fez acompanhar de nenhum novo documento o recurso apresentado.

Por fim, pleiteia a recorrente o acolhimento da avocação pela prevenção de competência protocolada em 24.09.2009, para que a 4ª Turma da DRJ/POA julgasse também o presente processo.

Ora, em que pese não se tenha nos autos notícia de qualquer desdobramento relativo àquela petição, dirigida diretamente ao relator do Acórdão nº 10-20.273, da 4ª Turma da DRJ/POA, e protocolada no PAF nº 13054.000444/2005-84, o fato é que não há qualquer previsão para acolhimento de tal pretensão no âmbito do Decreto nº 70.235/72.

Além disto, tal pretensão sequer faz sentido no presente estágio do processo, posto que o PAF nº 13054.000444/2005-84 teve julgamento favorável à recorrente, e, não sendo aquela decisão passível de recurso de ofício, simplesmente não há outro processo em julgamento no CARF ao qual este possa ser avocado.

Portanto, não há como acolher o pedido da recorrente.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator