



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10166.010717/2003-81
Recurso nº 131.376 Embargos
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.169
Sessão de 08 de novembro de 2007
Embargante PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado PONTEFIX LABORATÓRIO DE PROTESE DENTÁRIA LTDA. - ME

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1997

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Havendo omissão e obscuridade no fundamento de decidir do Acórdão, são cabíveis os Embargos de Declaração.

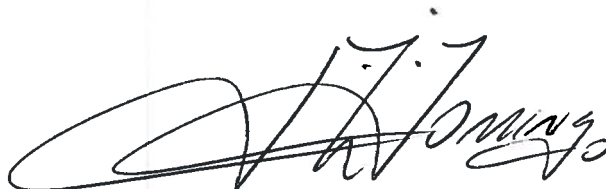
SIMPLES - EXCLUSÃO - PROTÉTICO - A atividade de confecção de próteses dentárias, ou seja, do "escultor" das próteses dentárias, não está impedida de optar pelo SIMPLES, pois não se assemelha à atividade da profissão regulamentada do dentista. Há semelhança com a atividade de "industrialização", sendo inaplicável o rol de vedações contido no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.312/1996.

EMBARGOS ACOLHIDOS E PROVIDOS PARA RERRATIFICAR O ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos Embargos de Declaração, para rerratificar o acórdão embargado, mantida a decisão prolatada, nos termos do voto do relator.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, João Luiz Fregonazzi, Susy Gomes Hoffmann, Rodrigo Cardozo Miranda, Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente) e Patrícia Wanderkoke Gonçalves (Suplente). Ausente o Conselheiro José Luiz Novo Rossari. Estiveram presentes os Procuradores da Fazenda Nacional Diana Bastos Azevedo de Almeida Rosa e José Carlos Brochini.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional em face de alegada omissão e obscuridade, por ter entendido que o voto condutor do Acórdão 301-32.595 não esclareceu quais os elementos que levaram à conclusão de que a atividade exercida pela contribuinte não podem ser enquadrada como assemelhada a do profissional de saúde.

A decisão embargada foi assim ementada:

SIMPLES. EXCLUSÃO. VEDAÇÃO RELATIVA A SERVIÇOS PROFISSIONAIS. Com relação à atividade, não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

RECURSO PROVIDO

O voto condutor do Acórdão expôs que “o litígio se revela de fácil solução, em vista de que a atividade realmente desenvolvida pela recorrente não se inclui entre aquelas cujo exercício implica em vedação à permanência no SIMPLES, constantes do artigo 9o. da Lei 9.317/96”.

Em despacho, este Relator manifestou pelo acolhimento dos Embargos e encaminhamento para apreciação da Câmara, em face da verificação da omissão e da obscuridade.

Ressalto que o relatório que acompanhou o voto condutor do acórdão expôs que a atividade da Contribuinte era a de indústria de produtos veterinários, mas creio que houve um equívoco de juntada ou provocado pela modernidade cibernética, motivo pelo qual transcrevo o relatório correto da decisão de primeira instância, como segue:

“A exclusão da Pontefix Laboratório de Prótese Dentária Ltda da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da Lei 9.317/96, denominada Simples, foi motivada pelo exercício de atividade econômica não permitida, de acordo com o disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

A impugnante arrola as seguintes razões contrárias à sua exclusão (fls. 1/10):

1) atividade da empresa (serviços em geral de ajuste e venda de produtos pertinentes à prótese dentária) não veda à opção pelo

Simples; Assim, o ato praticado pela Administração demonstra-se arbitrário e não vinculado, visto que a lei propõe limites de desenquadramento do Simples, sendo que, no caso, em hipótese alguma ocorreu fato que se torna evidente o intuito de desenquadrar do Regime. A Administração pode invalidar ou anular seu próprio ato por razões de ilegalidade, tendo em vista que a desconformidade da lei atinge o ato em suas origens;

2) *há excesso de poder regulamentador da IN SRF 250/2002, art. 24, parágrafo único, II, ao retroagir os efeitos da exclusão a janeiro de 2002, o que a lei não previu, ferindo, inclusive a Constituição, princípio da retroatividade em matéria tributária, art. 150, inciso III, "a";*

3) *nos termos do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 1/10/2002, comprovada a ocorrência de erro de fato (descrição da sua atividade econômica errônea) no pedido de adesão ao Simples, o Delegado pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção quanto a Ficha Cadastral para a inclusão no Simples, desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples, que é o caso, pois a atividade econômica efetiva executada pela dependente é somente comprar e vender materiais e de executar reparos em próteses dentária."*

Submetida impugnação da Recorrente à apreciação da DRJ-Brasília/DF, foi mantida a negativa do pedido de exclusão, consubstanciada na seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1997

Ementa: Exclusão do Simples - Atividade Econômica Não Permitida

A pessoa jurídica que presta serviço profissional de dentista ou assemelhado, não pode optar pelo Simples.

Efeitos da Exclusão

A pessoa jurídica enquadrada nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20 da IN SRF 250/2002, que tenha optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

Inconstitucionalidade e/ou Ilegalidade

Arguição de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria. Aos Delegados da Receita Federal impõe-se o cumprimento das leis tributárias "lato sensu" sem indagar do aspecto de sua constitucionalidade, cabendo ao Ministério Público a atribuição de se manifestar sobre a matéria e ao Poder Judiciário apreciá-la."

Intimada do indeferimento, a Contribuinte ingressou com Recurso Voluntário.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Acolho os Embargos de Declaração opostos, uma vez que o voto condutor do Acórdão nº. 301-32.595 não explicitou os motivos pelos quais a “atividade realmente desenvolvida pela recorrente não se inclui entre aquelas cujo exercício implica em vedação à permanência no SIMPLES”.

O princípio da verdade material que está inserido no arcabouço da atividade administrativa em geral, também é um dos princípios que orienta o processo administrativo fiscal, pois a apreciação dos argumentos e fundamentos de fato contraditados no processo administrativo aproxima a aplicação da norma à realidade, proporcionando ao julgamento menor probabilidade de cometer injustiças.

Esse foi o princípio que levou a Fazenda a acolher para o SIMPLES aqueles que, apesar de não terem formalizado a opção, recolhiam mensalmente os tributos devidos por esse sistema. Também com base nesse princípio é que este Conselho vem afastando as exclusões efetivadas contra contribuintes sob o pretexto de terem “pendências” perante a PGFN ou o INSS (genericamente alegadas).

A doutrina corrobora com essa aplicação do direito que ressalta a exatidão dos fatos para aplicação da norma. Alberto Xavier explica que “a instrução do procedimento tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto com os corolários da livre apreciação das provas e da admissibilidade de todos os meios de prova. Daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitem formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário”. Portanto, é a real atividade exercida pela Contribuinte que lhe impinge os efeitos dela decorrentes, seja para inclusão no sistema, seja para sua vedação.

Desta forma, no presente feito, questiona-se qual seria a natureza jurídica da atividade que verdadeiramente é exercida pela Contribuinte.

Das provas trazidas aos autos, o que se demonstra é que a atividade da Interessada é a de confecção de próteses dentárias, ou seja, é o “escultor” das próteses dentárias.

A Lei nº 9.317/96, que dispõe sobre o SIMPLES, traz em seu inciso XIII, do art. 9º (disposições que foram fundamento jurídico para expedição do Ato Declaratório Executivo DRF/BSA nº. 420.422, de 07 de agosto de 2003), as hipóteses em que são vedadas a opção da pessoa jurídica para a sua inclusão em tal Sistema, que são:

“XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador,

analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;"

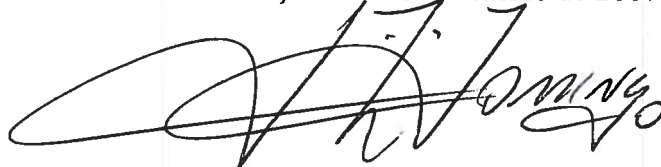
Depreende-se do texto legal acima transcrito, que a Recorrente não se enquadra expressamente em nenhuma daquelas hipóteses, haja vista sua atividade ser a de protético, que se assemelha à de indústria de transformação, ou seja, atividades que envolvem a transformação física, química ou biológica de materiais e componentes com a finalidade de se obterem produtos novos.

A lei não se exige do protético a habilitação profissional e/ou a inscrição de Conselho Regional, de modo que não se trata de uma profissão legalmente regulamentada, ainda que o mercado traga-lhe a exigência dos conhecimentos adquiridos em curso técnico. Não se deve confundir protesista (cirurgião-dentista especialista em prótese dentária) com o técnico em prótese dentária, que presta serviço para o cirurgião-dentista na "industrialização" da prótese e que não pode e não tem conhecimentos para atender diretamente o paciente de odontologia.

O protético depende do conhecimento e do projeto idealizado pelo cirurgião-dentista para construir a prótese. Trata-se de uma função manual e não intelectual, como as que estão elencadas no art. 9º, inciso XIII, da Lei.

Diante do exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para sanar a omissão e a obscuridade, retificando o relatório e complementando o fundamento da decisão prolatada para RERRATIFICAR a decisão embargada.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2007



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator