



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.000413/2003-15
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-005.280 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 02 de dezembro de 2020
Recorrente GOODCAR COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. REVENDA DE VEÍCULOS USADOS. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

Não se conhece de recurso especial cujo acórdão recorrido refuta a prova de que o contribuinte exercia a atividade de venda de veículos em consignação. A questão da aplicação do art. 5º da Lei 9.716/98 foi mero *obiter dictum* na decisão, não fazendo diferença no que foi decidido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Vencida a conselheira Livia De Carli Germano que conheceu do recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli e Caio Nader Cesar Quintella. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Livia De Carli Germano.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella, Andréa Duek Simantob (Presidente em Exercício).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-005.280 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 10580.000413/2003-15

Relatório

Trata-se de processo julgado pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção deste Conselho, quando por maioria de votos, foi negado provimento ao recurso voluntário, em acórdão assim ementado (**acórdão n.º 1401-002.322**):

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

Ano-calendário: 1998

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A presunção legal de omissão de receita prevista no art. 42 da Lei n.º 9.430/1996 autoriza a tributação com base em depósitos bancários, sendo que, o art. 18 da Lei n.º 9.317/96, não é incompatível com a Lei 9.430/96.

OPERAÇÕES COM VEÍCULOS USADOS.

A caracterização das operações como vendas em “consignação por comissão”, por abranger prestação de serviços, exige não apenas registros específicos nos livros fiscais, que devem guardar coerência com a movimentação financeira da empresa, mas também a demonstração de toda uma lógica própria, com regras que evidenciem as condições para a prestação destes serviços, os percentuais de comissão, a apuração desta etc.

Se a Contribuinte pratica a compra e venda de veículos usados, ou mesmo a “consignação por venda”, a base para a incidência dos tributos deve abranger o total dos valores recebidos, e não apenas uma parcela destes, a título de comissão recebida.

No caso, também não é aplicável a regra do art. 5º da Lei 9.716/1998, que permite a equiparação destas outras operações, para efeitos tributários, à operação de “consignação por comissão”, uma vez que a Contribuinte é optante do Simples, e, portanto, já usufrui de um tratamento tributário diferenciado. Se a sistemática do regime simplificado tivesse que abarcar as normas que tratam de isenções específicas, creditamento, reduções de base de cálculo, substituição tributária, diferimentos, etc., restaria bastante comprometida a simplificação na apuração dos tributos, e é esta a razão pela qual os benefícios obtidos com o Simples (que é opcional) excluem os outros previstos para as pessoas jurídicas que adotam os regimes normais de tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva que dava provimento parcial ao recurso.

Houve a oposição de Embargos de Declaração pelo contribuinte, porém não foram admitidos, em razão da falta de demonstração da existência da omissão, contradição ou obscuridade, conforme despacho de fls. 1704 e ss.

Ressalte-se que houve um acórdão de recurso voluntário do julgamento realizado em 23 de maio de 2011, porém, tal acórdão foi cancelado por acórdão de embargos que acolheu os embargos e sobrestou o julgamento até que fosse proferida decisão definitiva de mérito pelo STF acerca da constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001, sigilo de dados bancários acessados pela RFB.

Recurso Especial da Contribuinte

Inconformada, a contribuinte interpôs Recurso Especial, às fls. 1719 e ss, com fulcro no art. 67, inciso II (Anexo II), do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), alegando divergências jurisprudenciais com relação à operação com veículos usados no regime do Simples.

Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial da Contribuinte

Em despacho de admissibilidade, fls. 1770 e ss, Recurso da Contribuinte teve seu seguimento admitido, conforme se verifica do trecho abaixo colacionado:

“Operações com veículos usados no regime do Simples”

Decisão recorrida:

OPERAÇÕES COM VEÍCULOS USADOS.

A caracterização das operações como vendas em “consignação por comissão”, por abranger prestação de serviços, exige não apenas registros específicos nos livros fiscais, que devem guardar coerência com a movimentação financeira da empresa, mas também a demonstração de toda uma lógica própria, com regras que evidenciem as condições para a prestação destes serviços, os percentuais de comissão, a apuração desta etc.

Se a Contribuinte pratica a compra e venda de veículos usados, ou mesmo a “consignação por venda”, a base para a incidência dos tributos deve abranger o total dos valores recebidos, e não apenas uma parcela destes, a título de comissão recebida.

No caso, também não é aplicável a regra do art. 5º da Lei 9.716/1998, que permite a equiparação destas outras operações, para efeitos tributários, à operação de “consignação por comissão”, uma vez que a Contribuinte é optante do Simples, e, portanto, já usufrui de um tratamento tributário diferenciado. Se a sistemática do regime simplificado tivesse que abarcar as normas que tratam de isenções específicas, creditamento, reduções de base de cálculo, substituição tributária, diferimentos, etc., restaria bastante comprometida a simplificação na apuração dos tributos, e é esta a razão pela qual os benefícios obtidos com o Simples (que é opcional) excluem os outros.

Acórdão paradigma nº 1201-002.303, de 2018:

COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA ENTRE O VALOR DE VENDA E O CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A base de cálculo nas operações de revenda de veículos usados corresponde à diferença entre o valor de sua alienação e o respectivo custo de aquisição, em razão da

equiparação desta atividade à venda em consignação, conforme disposto no artigo 5º da Lei nº 9.716/1998, ainda que a empresa esteja inscrita no Simples.

[...].

A alegação segundo a qual a adoção da base de cálculo do art. 5º da Lei nº 9.716/98 estaria autorizada apenas para as empresas tributadas pelo lucro real, presumido ou arbitrado, conforme dispõe a IN/SRF nº 152, de 1998, não se sustenta diante do princípio da legalidade, além de ter a mínima coerência e razoabilidade.

Acórdão paradigma nº 1402-001.389, de 2013:

OMISSÃO DE RECEITAS. COMÉRCIO VAREJISTA DE VEÍCULOS USADOS. EQUIPARAÇÃO A VENDAS EM CONSIGNAÇÃO.

As operações de venda de veículos usados da pessoas jurídica, cujo objeto social declarado em seus atos constitutivos seja a compra e venda de veículos automotores, são equiparadas, para efeitos tributários, a operação de consignação, razão pela qual a sua receita, para fins de apuração dos tributos federais, é a diferença positiva entre o preço de venda e o de custo dos veículos usados adquiridos para revenda.

[...].

Por entender que a decisão recorrida enfrentou adequadamente a questão, adoto seus fundamentos como razão de decidir no presente voto, na forma a seguir apresentada.

[...].

E para fulminar qualquer dúvida de que a Administração Tributária reconhece o direito da pessoa jurídica optante pelo Simples de se equiparar à que efetua operações de consignação, não posso deixar de transcrever uma das ementas do Parecer Cosit nº 45, de 17.10.2003, que diz:

Com relação a essa matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *não é aplicável a regra do art. 5º da Lei 9.716/1998, que permite a equiparação destas outras operações, para efeitos tributários, à operação de “consignação por comissão”, uma vez que a Contribuinte é optante do Simples, e, portanto, já usufrui de um tratamento tributário diferenciado*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1201-002.303, de 2018, e 1402-001.389, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *a alegação segundo a qual a adoção da base de cálculo do art. 5º da Lei nº 9.716/98 estaria autorizada apenas para as empresas tributadas pelo lucro real, presumido ou arbitrado, conforme dispõe a IN/SRF nº 152, de 1998, não se sustenta diante do princípio da legalidade, além de ter a mínima coerência e razoabilidade* (primeiro acórdão paradigma) e que a *Administração Tributária reconhece o direito da pessoa jurídica optante pelo Simples de se equiparar à que efetua operações de consignação* (segundo acórdão paradigma).

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização da divergência de interpretação suscitada.

Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja **ADMITIDO** o Recurso Especial interposto.

Contrarrazões ao Recurso Especial da Contribuinte

A PGFN apresentou contrarrazões ao Recurso Especial da Contribuinte às fls. 1775 e ss, pugnando, em síntese, pela manutenção do acórdão recorrido.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto – Relatora

Breve Síntese

Trata-se de um AIIM de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS, calculados conforme o regime de tributação simplificada, Lei 9.317/96, em razão de omissão de receitas, decorrentes de depósitos bancários não escriturados, no período de janeiro a dezembro de 1998.

O presente lançamento decorreu de representação feita pela DRJ/Salvador (fls. 77), após terem sido consideradas improcedentes as exigências fiscais constantes do processo n.º 10580.001866/200288, que abrangia os mesmos períodos do ano de 1998. Esta representação fiscal trouxe as seguintes informações:

3. Consta no processo que o Mandado de Procedimento Fiscal foi expedido em 01/10/2002 (fl. 01), e o Termo de Início da Ação Fiscal em 14/10/2002 (fl. 62). Este solicitando que a contribuinte apresentasse a documentação contábil/fiscal necessária à realização da auditoria, e como não houve resposta, o pedido para apresentação da mesma documentação foi reiterado no Termo de Início da Ação Fiscal n.º 02, de 11/11/2002 (fl. 64). O procedimento fiscal foi concluído em 17/01/2003, conforme Termo de Encerramento anexo à fl. 40, com lançamento do crédito tributário no valor acima referido, cuja ciência à autuada se deu em 24/01/2003, de acordo com o Aviso de Recebimento (AR) colado à fl. 138 dos autos.

4. O autuante relata na Descrição dos Fatos (fl. 05) que os valores utilizados no lançamento foram apurados com base em levantamento dos depósitos creditados na conta-corrente da autuada, n.º 33.7528, agência 31739, do Bradesco S/A, conforme quadros demonstrativos dos “Extratos Bancários” (fls. 41/61) e cópias dos respectivos extratos (fls. 82/136), fornecidas tanto pela contribuinte como também pela citada instituição bancária.

5. Ressalta ainda que a presente ação fiscal foi motivada pela Representação n.º 032/2002, da Delegacia Federal de Julgamento em Salvador – Ba (DRJ/SDR/BA), decorrente do processo administrativo fiscal n.º 10580.001866/200288 (vide cópias às fls. 76/81). Diz ainda que a contribuinte fora intimada através dos termos anexos ao presente processo, no entanto, não atendeu a nenhuma das intimações que lhe foram enviadas (fls. 62/65).

6. Ciente do feito em 24/01/2003 (fl. 138), a autuada apresenta impugnação em 25/02/2003 (fls. 139/182). A sua defesa se embasa em alusões de ilegalidade do ato, por ofensa a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, e em citações de jurisprudência e doutrina, cujos tópicos estão sintetizados nos subitens abaixo. A contribuinte entrou com petição em 28/09/2005 (fls. 193/199), requerendo a esta

Delegacia Federal de Julgamento (DRJ/SRD/Ba) a juntada da documentação que compõe os anexos I a IV destes autos (vide fls. 193/201).

6.1 Requer a nulidade do processo, pelo fato de ser optante do Simples desde o ano-calendário de 1997, de modo que não deve prosperar a tributação em preço com base no lucro arbitrado, já que não houve prévia emissão de Ato Declaratório excluindo a autuada do Simples.

6.2 Desenvolve extensa redação, mencionando doutrina, jurisprudência e artigos da Constituição Federal de 1988 – CF/88, visando convencer que a via correta pela qual o Fisco poderia obter dados bancários de contribuintes sob investigação fiscal seria através do Poder Judiciário, e não mediante requisição direta do órgão fiscal como se dá no caso vertente.

*6.3 Na petição de fls. 193/199, diz ter juntado cópias de todos os cheques emitidos pela autuada no período fiscalizado, através dos quais se poderia verificar que da conta-corrente fiscalizada foram transferidos, via cheque nominal, para a Concessionária **REVISA**, os valores relativos aos veículos vendidos no mês da emissão, ou no mês imediatamente anterior.*

*6.4 Reforça que, assim, os valores que circularam na conta-corrente auditada não constituiriam receita operacional da empresa **GOODCAR**, antes sendo valores de titularidade da **REVISA**, que os recebia em função da revenda de carros usados dados em consignação para venda à autuada, que, pela intermediação, auferia pequena comissão.*

*6.5 Alega que para facilitar a confrontação dos valores transferidos da conta-corrente da autuada para a **REVISA**, a peticionária relacionou, em separado, com a devida identificação, os veículos vendidos mês a mês, durante todo o período de autuação, bem como os cheques envolvidos nessas operações.*

6.6 Diz, ainda, que para comprovar a veracidade das suas alegações, junta cópia do “LIVRO CONTA CORRENTE DOS VEÍCULOS DA REVISA COM GOODCAR”, onde estão, dia a dia, detalhadas as operações realizadas.

A DRJ manteve o lançamento.

Conhecimento

Não houve nenhuma objeção por parte da PGFN com relação ao conhecimento. E aparentemente a questão posta parece ser divergente da forma como foi abordada no despacho de admissibilidade, como sendo a possibilidade de aplicação do art. 5º da Lei 9.716/98 àqueles optantes pelo Simples, como entendeu o acórdão recorrido ou diversamente como os acórdãos paradigmas apresentados que decidiram que é possível sua aplicação em razão do princípio da legalidade e porque a própria Administração tributária reconhece tal direito.

Entretanto, trechos do acórdão recorrido levam a fatos que estão um passo antes dessa análise, que impedem o conhecimento do recurso.

Acerca do outro aspecto que, segundo a Recorrente, também impediria a tributação pelo Simples, qual seja, a vedação expressa para os serviços de corretagem ou assemelhados, a DRJ já esclareceu que a Receita Federal, por meio do Parecer Cosit n.º 45, de 17/10/2003, admitiu o enquadramento no Simples para as pessoas jurídicas que atuam no ramo de comércio de veículos usados, realizando operações em “consignação por comissão”, por entender que esta atividade não configurava mera intermediação de negócios.

Deste modo, também inexistiu esta outra impossibilidade para a tributação pelo Simples.

Fosse essa a atividade desenvolvida pela empresa, poderia ela estar enquadrada no Simples sem problemas, e a tributação recairia apenas sobre as comissões recebidas em razão dos serviços prestados.

O grande obstáculo é que não houve comprovação de que esta foi a atividade desenvolvida pela Contribuinte no ano de 1998, e de que boa parte dos depósitos bancários correspondiam a receitas de terceiros (proprietários dos veículos), e não da Recorrente. Mesmo após a juntada de toda documentação, não há prova robusta o suficiente para se comprovar tal fato.

É importante destacar, conforme contrato social às fls. 69 a 75, que o objetivo da sociedade é o “comércio varejista de veículos” .

Além disso, a alegação da Recorrente de que ela recebia os carros em consignação, para vendê-los na modalidade de “consignação por comissão” não subsiste diante da detalhada análise implementada pela DRJ na documentação apresentada, conforme os fundamentos transcritos nos parágrafos anteriores, os quais também adoto na presente decisão, posto que não foram refutados em sede de recurso.

A caracterização das operações como vendas em “consignação por comissão” , por abranger prestação de serviços, exigiria não apenas registros específicos nos livros fiscais, que deveriam guardar coerência com a movimentação financeira da empresa, mas também a demonstração de toda uma lógica própria, com regras que evidenciassem as condições para a prestação destes serviços, os percentuais de comissão, a apuração desta, etc., e nada disso pode ser extraído dos documentos que foram juntados aos autos.

Realmente, não há qualquer evidência de que a receita da Recorrente envolvia a prestação de serviços, e que era recebida a título de comissão.

Se havia algum contrato de consignação firmado com os proprietários dos veículos, conforme alegado no recurso, seria na modalidade da chamada “consignação por venda” , que atualmente está prevista no Código Civil como “contrato estimatório” (arts. 534 a 537).

No contrato estimatório, o consignatário atua perante terceiros como se fosse o real proprietário das coisas, exercendo em nome próprio o poder de disposição (que lhe foi regularmente transferido), e não como representante do consignante.

Além disso, as condições que o consignatário ajusta com o terceiro adquirente para a alienação da coisa consignada não podem ser recusadas ou modificadas pelo consignante, e o valor recebido pelo consignatário é preço de venda, e não pagamento/remuneração por serviços prestados (comissão). O pagamento realizado ao consignante, por sua vez, configura custo para o consignatário.

Assim, ainda que houvesse um contrato de consignação, na modalidade de “consignação por venda” , a base para a incidência dos tributos abrangeria o total dos valores recebidos, e não apenas uma parcela destes, a título de comissão recebida.

Devo registrar, no mesmo sentido como já mencionado pela DRJ, que no caso de operações de compra e venda de veículos usados, ou mesmo de “consignação por venda” , não seria aplicável para a Recorrente a regra do art. 5º da Lei 9.716/1998, que permite a equiparação destas operações, para efeitos tributários, à operação de “consignação por comissão” :

Ou seja, o acórdão recorrido ao analisar as provas juntadas aos autos entendeu que não houve a juntada de documentação hábil e idônea que pudesse contradizer o autuante, como

livros fiscais, contratos de consignação, notas fiscais, já que não possuía escrita fiscal e contábil que registrasse as operações e atividades da empresa, inclusive bancária de 1998.

Tal trecho, inclusive, foi objeto de embargos de declaração, que restou inadmitido, diante da ausência de contradição:

Verifico que a decisão embargada concluiu que a atividade do contribuinte era a compra e venda, ao tempo em que foi afastada, por falta de provas, a alegação de que os veículos usados eram comprados em consignação.

Com isso, entendo que não existe contradição entre a decisão de manter a tributação e a sua fundamentação. A contradição passível de embargos é aquela encontrada entre a decisão embargada e seus fundamentos, nos termos do *caput* do já referido artigo 65 do RICARF. Não existindo tal contradição, os embargos não podem ser admitidos.

Em tempo, saliento que as considerações feitas sobre o tipo de consignação que poderia ser praticada pelo contribuinte são *obiter dictum*, não sendo determinantes para o resultado a que se chegou.

Assim, entendo que os embargos devem ser rejeitados quanto a esse tópico.

Dessa forma, vejo que o acórdão recorrido, em que pese concluir que o art.5º da referida norma não seja aplicável ao caso em destaque, refutou, antes, a falta de provas de que a atividade empenhada pelo contribuinte era a venda de veículos usados em consignação, e o próprio despacho de embargos afirmou, que a questão acerca dos tipos de consignação e sua prática, serem apenas *obter dictum*.

Reforce-se, ainda, que nos paradigmas apresentados já se trazia como certa a informação de que se tratava de uma compra e venda em consignação, e simplesmente essa era a discussão posta. Diferentemente do caso em tela, em que se trata de uma infração de omissão de receitas em razão de depósitos bancários não identificados, e o contribuinte não logrou comprovar que os créditos advinham das vendas em consignação.

Assim sendo, não há como se estabelecer a similitude fática necessária para o conhecimento do recurso.

Conclusão

Isto posto, NÃO CONHEÇO do Recurso Especial do Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto

Fl. 9 do Acórdão n.º 9101-005.280 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 10580.000413/2003-15

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano.

Optei por apresentar a presente declaração de voto a fim de esclarecer as razões pelas quais, com a devida vênia ao consistente voto da i. Relatora que acabou por prevalecer nesta c. Turma, orientei meu voto para conhecer do presente recurso especial.

O sujeito passivo visa, como seu recurso especial, fazer prevalecer a tese de que o artigo 5º da Lei 9.716/1998 é aplicável a pessoas jurídicas que calculam os tributos na sistemática do Simples. Neste sentido, apresenta precedentes que entenderam que sim, enquanto que o acórdão recorrido traz afirmação em sentido contrário.

Para compreender o argumento é imprescindível a leitura do referido artigo, o qual, em síntese, diz que as pessoas jurídicas que efetuam compra e venda de veículos podem, para fins tributários, tratar operações de compra e venda como operações de consignação. Transcrevo-o:

Art. 5º As pessoas jurídicas que tenham como objeto social, declarado em seus atos constitutivos, a compra e venda de veículos automotores poderão equiparar, para efeitos tributários, como operação de consignação, as operações de venda de veículos usados, adquiridos para revenda, bem assim dos recebidos como parte do preço da venda de veículos novos ou usados.

Parágrafo único. Os veículos usados, referidos neste artigo, serão objeto de Nota Fiscal de Entrada e, quando da venda, de Nota Fiscal de Saída, sujeitando-se ao respectivo regime fiscal aplicável às operações de consignação.

Pois bem. O voto condutor do acórdão recorrido inicia seu raciocínio rebatendo os argumentos do sujeito passivo de que a autuação seria nula porque não poderia ter sido realizada no regime do Simples.

Neste sentido, após afirmar como correto o regime do Simples adotado pela fiscalização, o voto condutor do acórdão recorrido refuta o argumento do sujeito passivo acerca da base de cálculo, concluindo que ele não poderia considerar como tributável apenas o “spread” (isto é, excluir do valor tributável o custo de aquisição dos veículos), porque: (i) não se pode considerar, ante as provas dos autos, que o sujeito passivo realizava prestação de serviços; e (ii) tendo sido praticadas operações de compra e venda, é inaplicável a faculdade do artigo 5º da Lei 9.716/1998, por se tratar de contribuinte optante pelo SIMPLES.

De fato, após análise das provas dos autos, o acórdão recorrido primeiro conclui que não se pode considerar que o sujeito passivo em questão fazia operações de “consignação por comissão” (isto é, prestação de serviços). Em seguida, afirma que “*Se havia algum contrato de consignação firmado com os proprietários dos veículos, conforme alegado no recurso, seria na modalidade da chamada “consignação por venda”...*”. E é nesse ponto que é feito o registro de que , “*no caso de operações de compra e venda de veículos usados, ou mesmo de “consignação por venda”, não seria aplicável para a Recorrente a regra do art. 5º da Lei 9.716/1998, que permite a equiparação destas operações, para efeitos tributários, à operação de “consignação por comissão”: (...)*”.

Foi nesse contexto que o voto condutor do acórdão recorrido, após afirmar que a atividade realizada pelo sujeito passivo não era de prestação de serviços (por ausência de provas nesse sentido), entendeu que, considerando tratar-se de compra e venda de veículos, não seria aplicável a faculdade do artigo 5º da Lei 9.716/1998. E chegou a tal conclusão ante o seu entendimento de que tal dispositivo não seria aplicável a contribuintes optantes pelo Simples – que, agora, é a tese jurídica que o sujeito passivo visou a reformar com o presente recurso especial.

Diante disso, compreendo que o argumento acerca da inaplicabilidade do artigo 5º é autônomo, até porque, para se cogitar da aplicação de tal dispositivo, necessariamente deve-se partir da premissa de que a atividade do sujeito passivo era de compra e venda (e não de prestação de serviços). Dito de outra forma, não vejo como sequer se possa cogitar de aplicação do artigo 5º se a premissa fosse a de que o sujeito passivo realiza atividade de prestação de serviços.

E é por isso que, com a devida vênia, entendo que não se pode tratar a menção a este dispositivo como mero *obiter dictum*, como fez o despacho de embargos, assim como não se pode concluir que a decisão tomada pelo voto condutor do acórdão recorrido esteve fundamentada, exclusivamente, no aspecto da ausência de provas.

A conclusão de que o argumento acerca do artigo 5º é autônomo resta, com a devida vênia, evidente quando se verifica que, uma vez que se conclua que a atividade realizada pelo sujeito passivo não é prestação de serviços (remunerada por comissão, “spread”), faz-se necessário o passo seguinte de se analisar a correção da base de cálculo, isto é, se todo o valor da revenda seria tributável, ou se apenas a diferença entre o valor de revenda e o de aquisição, como defendido pelo sujeito passivo.

E foi esse, no meu entendimento, o *iter* do raciocínio empreendido pelo voto condutor do acórdão recorrido: primeiramente, este concluiu pela ausência de provas de que se tratava de uma prestação de serviços e, considerando tal premissa -- o que implicou considerar que a atividade desempenhada era de compra e venda --, teceu conclusão jurídica autônoma, acerca da base de cálculo dos tributos, decidindo, então, pela inaplicabilidade do artigo 5º da Lei 9.716/1998 a pessoas jurídicas optantes pelo Simples.

Ante o exposto é que, reiterando o respeito aos entendimentos em contrário, orientei meu voto para conhecer do recurso especial. Como restei vencida nesse ponto, a análise de mérito restou prejudicada, razão porque deixo de sobre ela me pronunciar.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano