



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF  
Fl. \_\_\_\_\_

Processo nº : 16707.002041/2001-11  
Recurso nº : 127.745  
Acórdão nº : 202-17.123

2.ª	PUBLI ADO NO D. O. U.
C	D. 16.02/07
C	Rubrica

Recorrente : USINA ESTIVAS S/A  
Recorrida : DRJ em Recife - PE

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8 / 8 / 2006

*Cleúza Takafuji*  
Secretária de Segunda Câmara

**NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.  
RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA.**

A propositura de ação judicial, com o mesmo objeto do processo administrativo, implica renúncia às instâncias administrativas ou desistência do recurso interposto.

**Recurso não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por USINA ESTIVAS S/A.

**ACORDAM** os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.**

Sala das Sessões, em 25 de maio de 2006.

*Antonio Carlos Atulim*  
Antonio Carlos Atulim  
Presidente

*Antonio Zomer*  
Antonio Zomer  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Simone Dias Musa (Suplente), Ivan Allegretti (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8 18 12006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 16707.002041/2001-11  
Recurso nº : 127.745  
Acórdão nº : 202-17.123

*Cleusa Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

Recorrente : USINA ESTIVAS S/A

## RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração (fls. 62/67), lavrado para exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins recolhida a menor, relativamente aos períodos de apuração ocorridos de outubro de 2000 a março de 2001, no montante de R\$ 71.677,20, cuja ciência se deu em 05/07/2001.

De acordo com a descrição dos fatos (fl. 63), o lançamento alcança receitas financeiras, variações monetárias e resultados positivos obtidos em operações no mercado futuro, não tributadas pela empresa em virtude de liminar obtida na ação de Mandado de Segurança impetrado contra as alterações procedidas na legislação da contribuição pela Lei nº 9.718/98.

Informa, ainda, o autuante, que o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, com a exigibilidade suspensa e sem a imposição da multa de ofício, como disposto no art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Irresignada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 70/76, requerendo, em preliminar, o seu processamento e conhecimento, porque a mesma, segundo afirma, à fl. 70, não guarda nenhuma relação com o Mandado de Segurança nº 99.05.09504-7.

No mérito, insurge-se contra a inclusão, na base de cálculo da contribuição relativa ao mês de dezembro de 2000, das receitas oriundas de apostas na Bolsa, chamadas de operações da Fimat (*put/call*), antes da liquidação das referidas apostas. Tais receitas são meramente escriturais, dependendo de um evento futuro e incerto, e o resultado do negócio só será conhecido no seu termo, ou seja, na liquidação.

Aduz que os documentos juntados à impugnação comprovam que ainda não houve a liquidação e demonstram que a soma dos resultados já incorridos é negativo, inexistindo hipótese de incidência e, conseqüentemente, obrigação tributária.

Em apoio de sua tese, cita o art. 9º da Lei nº 9.718/98, que trata da inclusão, na base de cálculo do Imposto de Renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, das variações monetárias ativas.

Refere-se, também, ao Ato Declaratório SRF nº 073/99, que esclarece que as variações monetárias ativas auferidas a partir de 1º de fevereiro de 1999 deverão ser computadas, na condição de receitas financeiras, na determinação da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, e conclui que a base de cálculo dos referidos tributos fica limitada ao rendimento auferido no final da operação ou do negócio contratado.

Sobre o assunto, traz ainda à colação a Decisão nº 201, de 16 de julho de 1999, proferida pela Divisão de Tributação da 7ª Região Fiscal, segundo a qual o Imposto de Renda na fonte, no caso de ganhos auferidos em contrato de cobertura de riscos (*hedge*), incide quando da liquidação da avença, sem se levar em conta as antecipações efetuadas a título de variação monetária ativa ou passiva do contrato.

Encerrando sua impugnação, menciona o Acórdão nº 107-05.402, no qual a Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes decidiu que a variação monetária ativa, decorrente dos depósitos *sub judice*, não compõe o resultado tributável pelo Imposto de Renda e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

*JA* *J*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/8/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 16707.002041/2001-11  
Recurso nº : 127.745  
Acórdão nº : 202-17.123

Cleuzá Takafuji  
Secretária da Segunda Câmara

E por fim, alegando que a tributação das receitas meramente escriturais, decorrentes de apostas em Bolsa, chamadas de operações da Fimat (*put/call*), antes da liquidação, constitui excesso de exação - ilícito tipificado no art. 316, § 1º, do Código Penal, requer a exclusão das referidas receitas da autuação.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife – PE julgou o lançamento procedente (fls. 88/95), fundada nos seguintes pressupostos:

- a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória;
- a autoridade administrativa não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade das leis;
- a base de cálculo da Cofins, a partir de fevereiro de 1999, é a totalidade das receitas auferidas pela empresa, aí incluídas as receitas financeiras e as variações monetárias, conforme dispõem os art. 2º, 3º e 9º da Lei nº 9.718/98;
- a opção pela tributação da variação monetária e dos ganhos obtidos na Bolsa de Mercadorias & Futuro, de acordo com o regime de competência foi adotado pela própria empresa, conforme se observa no Balancete Analítico (fls. 10/46).

Na peça recursal, constante às fls. 99/106, a contribuinte informa que, ao firmar o contrato de aquisição de opções *put/call* para o açúcar por ela produzido, assegurou o preço futuro deste produto, garantindo que o mesmo seria adquirido ao preço estabelecido na data da opção, mesmo que a sua cotação no mercado internacional viesse a ser menor.

No presente caso, em dezembro de 2000, estando a cotação do açúcar abaixo do preço de opção, a recorrente registrou como receita de operações de *put/call*, a diferença que asseguraria a venda do volume de açúcar negociado ao preço da opção.

Este registro não significa que a recorrente obteve esta receita, representando somente o possível ganho que teria se vendesse o açúcar naquela data, da mesma forma que os valores negativos, registrados até novembro de 2000, representaram mera expectativa de perdas.

No mais, complementa seu recurso com as mesmas razões de defesa apresentadas na impugnação, pugnando pelo seu provimento integral, determinando-se a improcedência do lançamento constituído sobre as receitas financeiras derivadas das operações realizadas no mercado de opções da Bolsa de Mercadorias & Futuros.

À fl. 112, a autoridade preparadora informa que foi providenciado o arrolamento de bens, necessário ao processamento do presente recurso voluntário.

É o relatório.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/8/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 16707.002041/2001-11  
Recurso nº : 127.745  
Acórdão nº : 202-17.123

*Cleusa Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO ZOMER

O recurso é tempestivo e cumpre os requisitos legais, devendo ser admitido.

Preliminarmente, cabe analisar se a matéria discutida no recurso voluntário é a mesma levada à apreciação do Poder Judiciário.

A delimitação da matéria discutida no mandado de segurança preventivo, Processo nº 99.05.09504-7, foi muito bem definida pelo desembargador federal que apreciou o agravo de instrumento interposto pela impetrante, como se pode ver à fl. 47:

*"USINA ESTIVAS S/A e outro interpõem agravo de instrumento com pedido de liminar indeferido pela decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, nos autos de mandado de segurança, no qual buscam a inexigibilidade da cobrança das Contribuições para o PIS e COFINS nos moldes da Lei nº 9.718/98, que entendem inconstitucional, mantendo-se a cobrança pelos ditames da Lei Complementar nº 70/91, até a decisão definitiva da ação mandamental."*

A liminar foi concedida parcialmente e o seu alcance também foi fixado pela decisão do desembargador, nos seguintes termos (fl.50):

*"Isto posto, DEFIRO em parte o pedido de liminar para determinar que a autoridade indicada como coatora no writ se abstenha de exigir da impetrante, ora agravante, o pagamento das contribuições do PIS e da COFINS com a base de cálculo definida na Lei nº 9.718/98, devendo tal cobrança, no que tange à base de cálculo das exações, ser realizada nos termos das Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91, sendo, ainda, observado, quanto à eficácia da Lei nº 9.718/98, o prazo nonagesimal a partir de sua publicação, vale dizer, 28 de novembro de 1988, até o pronunciamento, pela Turma Julgadora, do presente agravo."*

O auto de infração, como relatado, foi lavrado para prevenir a decadência e alcança somente receitas financeiras e variações monetárias, estando entre elas, as receitas financeiras decorrentes das operações contratadas no mercado de opções da Bolsa de Mercadorias & Futuros, cuja tributação é questionada no recurso voluntário ora em julgamento.

Estas receitas foram submetidas à tributação da Cofins por disposição do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, sendo esta ampliação da base de cálculo da contribuição, sem sombra de dúvida, a matéria objeto do mandado de segurança preventivo impetrado pela recorrente, como demonstram os trechos supratranscritos da decisão judicial.

A via judicial não é imposta pela Administração Pública. É uma opção adotada pelo contribuinte, no exercício da sua livre escolha, com amparo no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

No entanto, a propositura de ação judicial pelo contribuinte torna ineficaz o processo administrativo nos pontos em que haja idêntico questionamento. Conseqüentemente, havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Do contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação, pela autoridade administrativa, de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 31/8/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 16707.002041/2001-11  
Recurso nº : 127.745  
Acórdão nº : 202-17.123

Cleuza Takafuji  
Secretária da Segunda Câmara

Ao ingressar com o mandado de segurança preventivo, a contribuinte, ora recorrente, produziu, como efeito processual obrigatório, a renúncia à esfera administrativa ou desistência do recurso eventualmente interposto, a teor do Decreto-Lei nº 1.737, de 20/12/1979, art. 1º, § 2º, c/c a Lei nº 6.830, de 22/11/1980, art. 38, parágrafo único.

Esta conclusão pode ser extraída do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, como demonstra o trecho a seguir transcrito:

*"32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.*

*33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.*

*34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.*

*35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.*

*36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim."*

No mesmo sentido consolidou-se a jurisprudência deste Colegiado, como se pode ver nas ementas abaixo transcritas:

Acórdão nº 202-13.677, de 20/03/2002:

*"NORMAS PROCESSUAIS. PROCESSO JUDICIAL. CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. Havendo concomitância entre o processo judicial e o administrativo sobre a mesma matéria, não haverá decisão administrativa quanto ao mérito da questão, que será decidida na esfera judicial. Recurso não conhecido."*

Acórdão nº 202-14.729, de 16/04/2003:

*"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA - O ajuizamento de ação judicial anterior ou posterior ao procedimento fiscal importa renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente. Recurso não conhecido."*

Ante o exposto, deixo de tomar conhecimento do recurso, por opção da contribuinte pela via judicial.

Sala das Sessões, em 25 de maio de 2006.

ANTONIO ZOMER

5