



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

Processo nº 16095.720038/2012-72
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-005.582 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2018
Matéria PIS/COFINS-AUTO-DE INFRAÇÃO
Recorrente UMICORE-BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

OURO ATIVO FINANCEIRO / INSTRUMENTO CAMBIAL. CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Quando se adquire ouro na forma de ativo financeiro/instrumento cambial não se está adquirindo uma mercadoria (um insumo). A instituição financeira não deu destino diverso ao ouro ativo financeiro, nem poderia. A alteração dessa condição vantajosa, para que o ouro seja considerado uma mercadoria pela adquirente, deverá vir acompanhado das consequências tributárias que esse fato vier a gerar, com a regência das normas impositivas do ICMS, do IPI, do PIS e da Cofins, e só a partir da primeira venda como mercadoria poderá o adquirente do ouro, então mercadoria, beneficiar-se dos créditos por ventura gerados, em conformidade com as leis de regência, antes não. Sobre o bem ouro ativo financeiro não houve incidência da contribuição para a COFINS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

OURO ATIVO FINANCEIRO / INSTRUMENTO CAMBIAL. CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Quando se adquire ouro na forma de ativo financeiro/instrumento cambial não se está adquirindo uma mercadoria (um insumo). A instituição financeira não deu destino diverso ao ouro ativo financeiro, nem poderia. A alteração dessa condição vantajosa, para que o ouro seja considerado uma mercadoria pela adquirente, deverá vir acompanhado das consequências tributárias que esse fato vier a gerar, com a regência das normas impositivas do ICMS, do IPI, do PIS e da Cofins, e só a partir da primeira venda como mercadoria poderá o adquirente do ouro, então mercadoria, beneficiar-se dos créditos por

ventura gerados, em conformidade com as leis de regência, antes não. Sobre o bem ouro ativo financeiro não houve incidência da contribuição para o PIS.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Renato Vieira de Avila (suplente convocado) e Cynthia Elena de Campos que davam provimento. O Conselheiro Diego Diniz Ribeiro apresentou declaração de voto, lida em sessão. O Conselheiro Renato Vieira de Avila (suplente convocado) votou pelas conclusões da divergência.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (presidente da turma), Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Diego Diniz Ribeiro, Cynthia Elena de Campos, Renato Vieira de Ávila (suplente convocado), Pedro Sousa Bispo e Rodrigo Mineiro Fernandes.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido com os devidos acréscimos:

Neste processo está se discutindo a glosa de créditos em todos os meses do ano 2010 das contribuições da Cofins e do PIS (fl. 171), que geram por consequência, após sua recomposição e apuração, débitos das citadas contribuições em alguns meses do ano 2010 (fl. 172 a 173), sendo necessário a lavratura de Autos de Infração para constituição de crédito tributário das contribuições (Cofins fls. 179 a 188, e PIS fls. 174 a 178), conforme Relatório Fiscal / Termo de Constatação de Irregularidades Fiscais (TCIF, fls. 158 a 170) e planilhas anexas (fls. 171 a 173, em formato PDF), cuja ciência ocorreu em 02/03/2012 (fl. 189). Glosas essas relacionadas a não consideração da aquisição do ouro ativo financeiro / instrumento cambial como gerador de créditos da não cumulatividade, adquirido de Sociedades Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVMS). Abaixo os valores envolvidos no lançamento, das respectivas contribuições, bem como descrição da infração:

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
CONTRIBUIÇÃO	Cód. Receita Darf 5477	Valor 1.928.235,88
JUROS DE MORA (Calculados até 03/2012)		Valor 286.280,07
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 1.446.176,92
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 3.660.692,87
Valor por Extensão TRÊS MILHÕES, SEISCENTOS E SESENTA MIL, SEISCENTOS E NOVENTA E DOIS REAIS E OITENTA E SETE CENTAVOS		
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
CONTRIBUIÇÃO	Cód. Receita Darf 6656	Valor 415.822,45
JUROS DE MORA (Calculados até 03/2012)		Valor 61.718,71
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 311.866,84
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 789.408,00
Valor por Extensão SETECENTOS E OITENTA E NOVE MIL, QUATROCENTOS E OITO REAIS		

INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA PADRÃO
INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS

Valor apurado conforme procedimento descrito em Termo de Constatação de Irregularidades Fiscais, parte integrante do presente Auto de Infração.

Fato Gerador	Contribuição (R\$)	Multa (%)
30/06/2010	42.578,34	75,00
31/08/2010	498.325,71	75,00
30/09/2010	264.959,21	75,00
31/10/2010	360.558,30	75,00
30/11/2010	761.814,32	75,00

0001 INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA PADRÃO
INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Valor apurado conforme relatório fiscal em anexo.

Fato Gerador	Contribuição (R\$)	Multa (%)
30/06/2010	8.480,68	75,00
31/08/2010	108.189,13	75,00
30/09/2010	56.911,39	75,00
31/10/2010	77.557,96	75,00
30/11/2010	164.683,29	75,00

No TCIF a autoridade fiscal assim relatou, parcialmente, o presente lançamento (com destaques nossos):

[...]

Na sequência, passou-se a conferir os diversos aspectos envolvidos na apuração dos saldos credores mensais solicitados no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2010, quais sejam, o efetivo cálculo mensal das contribuições e a apuração dos valores deduzidos a título de crédito naqueles períodos. Para este último bloco de verificações (conferenciardes cálculo das contribuições e dos valores deduzidos a título de crédito) foram utilizados os arquivos da Escrituração Fiscal Digital - ICMS/IPI (EFD-ICMS/IPI) gerada pelo Contribuinte, apoiada, quando necessário, pelo exame da Escrituração Contábil Digital, transmitida pelo Sistema Público de Escrituração Digital (ECD-SPED), e de documentos de suporte dos lançamentos.

No que diz respeito ao cálculo da Contribuição verificamos que o Contribuinte procedeu em acordo com as normas legais que direcionam esta atividade, sendo que suas receitas que não

foram incluídas no cálculo, de fato, representam hipóteses de não incidência das contribuições (exportações ou vendas a empresa comercial exportadora), ou de alíquota zero (vendas para empresas localizadas na Zona Franca de Manaus e Receitas Financeiras).

*Com relação à conferência dos valores utilizados para compor a base de cálculo dos créditos das contribuições, **percebeu-se que o Contribuinte utilizou em sua composição, na linha "Bens Utilizados como Insumos" de todos os meses do período verificado, valores correspondentes a aquisições de ouro adquirido de empresas distribuidoras de títulos e valores mobiliários (DTVMs).***

A inclusão deste tipo de operação na base de cálculo dos créditos mereceu uma análise mais detalhada. Por isto o Contribuinte foi intimado, como dito, em 29 de novembro de 2011 a apresentar os documentos que ampararam tais transações, de forma a esclarecer o seu efetivo direito ao crédito.

De acordo com os elementos apresentados em resposta à intimação, bem como em pesquisas efetuadas junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), pôde-se concluir que o Contribuinte adquiriu, através das operações relacionadas em anexo, ouro de instituições financeiras, mais especificamente, distribuidoras de títulos e valores mobiliários(DTVMs), que têm autorização do Banco Central do Brasil para praticar operações de compra e venda de no mercado físico de ouro, por conta própria ou de terceiro.

Vale observar que o ouro pode ser classificado como ativo financeiro ou como mercadoria, dependendo de sua destinação. Considera-se ativo financeiro quando destinado ao mercado financeiro, ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (art. 1º, Lei nº 7.766, de 11/05/89). Em relação ao caso em questão, não restam dúvida que as Sociedades Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVM) são instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, autorizadas pelo Banco Central a realizar operações financeiras.

*Nesse mesmo sentido, ou seja, que **o ouro adquirido é ouro financeiro, observamos que sua aquisição sempre esteve acompanhada da Nota Fiscal de Remessa de Ouro, e de Nota fiscal de Nota Fiscal de Negociação de Ouro, documentos instituídos pela Instrução Normativa SRF N° 49/2001, e de emissão exclusiva em operações com o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial:[...]***

*Diante das características descritas, conclui-se que as operações de aquisição de ouro de DTVMs são tipicamente operações financeiras, **não podendo ser confundidas com aquisições ordinárias de matéria-prima**, mesmo considerando que o comprador assim as classifique em seus registros contábeis e fiscais, e que as utilize de fato em seu processo produtivo. Mesmo que o propósito do comprador, no momento da*

realização da operação seja a utilização do ouro como matéria-prima, a operação em si, considerada as partes intervenientes, e principalmente as regras de controle do Sistema Financeiro Nacional, é tipicamente de natureza financeira. Vale dizer que diante do fato do fornecedor de ouro ser instituição financeira, e das características dos documentos fiscais emitidos na operação, o Contribuinte não pode deixar de admitir que tenha praticado uma operação tipificada financeira, independentemente do "animus" em relação à utilização do produto adquirido.

*A importância da caracterização das aquisições de ouro como financeira está ligada à análise da tributação nessas operações pelo PIS e pela COFINS (Contribuições). **As operações envolvendo o ouro - ativo financeiro - não sofrem a incidência dessas Contribuições, uma vez que não são definidas como seu fato gerador, pela legislação.***

O ouro, quando definido pela lei como ativo financeiro, tem um tratamento muito específico, que se inicia com o disposto no § 5º, do artigo 153, da nossa Constituição:[...]

A Lei 7.766/89 define o conceito de ouro artigo1º: [...]

O dispositivo presente no artigo acima prevê a dimensão e a abrangência do conceito de ouro financeiro, e permite a criação de toda uma cadeia, desde a etapa da mineração até as mais sofisticadas negociações financeiras envolvendo o metal. Por força do também citado § 5º, do artigo 153, da Constituição Federal, esta cadeia fica totalmente franqueada da incidência de outros tributos que não sejam o IOF, sendo esta incidência prevista para uma única etapa da cadeia, a compra do ativo por qualquer instituição financeira autorizada pelo Banco Central do Brasil, o que também é corroborado pelos artigos 4º e 8º da Lei 7.766/89:[...]

*Destaque-se que a operação praticada pelo Contribuinte, onde adquirir ouro de Instituição Financeira, subsume-se integralmente ao disposto no § 2º, do artigo 1º, da Lei 7.766/89, **onde é definido que operações de compra do metal no mercado de balcão são operações financeiras.***

*A tributação das atividades financeiras pela Contribuição para o PIS e pela COFINS incide sobre suas receitas, assim consideradas conforme a definição do Plano de Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF). **Uma característica da atividade financeira, que é refletida no COSIF, é a de reconhecer como receita o produto da intermediação financeira, que, na essência, é o objeto social dessas instituições. Assim, nos casos em que estas instituições transacionam com valores mobiliários, ou quaisquer outros ativos financeiros, é pacífico que o valor registrado a título de receita é o ganho ou a renda auferida na transação, seja ela de compra ou venda do ativo. O valor do ativo transacionado não compõe o conceito da receita das instituições financeiras, como ocorre na empresa comercial, ou industrial.***

*Diante disto, quando os artigos 1º e 2º, da Lei 9.718/98, definem a incidência do COFINS sobre a Receita Bruta da Pessoa Jurídica, o intérprete deve entender, no caso de uma instituição financeira, que esta incidência se dá sobre o valor da receita auferida (fato gerador) tomando esta conforme as normas de contabilidade bancária assim a definem, e não sobre o valor da transação realizada. **A propósito, esta transação, estritamente considerada, pode nem resultar em receita, uma vez que pode haver perda na alienação de qualquer ativo.***

Dito isto, não pode ser aceita a argumentação no sentido de que a operação de venda de ouro financeiro por Instituição Financeira seria uma operação sujeita ao pagamento das Contribuições. E isto se opera pelo simples fato de que esta operação (a alienação de ativo financeiro) não é enquadrada no conceito de receita, pelo COSIF.

Desta forma, considerando esta não incidência das Contribuições na operação de venda de ouro financeiro, as operações de aquisição do metal de DTVMs enquadram-se nos dispositivos previstos pelo § 2º, inciso II, do artigo 3º, das Leis 10.637/2002, e 10.833/2003:[...]

É oportuno lembrar que a forma de tributação pelo PIS e pela COFINS das Instituições Financeiras é disciplinada pelo artigo 95, da Instrução Normativa SRF N° 247/2002.

Basicamente, este dispositivo prevê que a base de cálculo mensal das Contribuições das Instituições Financeiras seja apurada com o apoio da planilha prevista no anexo I da Instrução Normativa, onde as receitas das instituições financeiras, ao final de cada mês, seguindo a planificação contábil do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), são enumeradas. Entre estas receitas, podemos encontrar a denominada "Rendas de Aplicações em Ouro", código 7.1.5.70.00-2.

Segundo as instruções do Banco Central do Brasil, a função desta conta é registrar os ajustes positivos nas aplicações temporárias em ouro, que constituam receita efetiva da instituição no período. A tributação dessa receita não se confunde de maneira nenhuma com a tributação da transmissão da propriedade do ativo financeiro. O fato de um eventual rendimento auferido na alienação do ouro financeiro (eventual) porque pode ser que haja perdas neste tipo de operação, também significa que toda a operação de alienação do ativo tenha sido submetida à tributação.

É fundamental perceber que o conceito técnico contábil de Receita não envolve o valor da movimentação do ativo financeiro. Prova disso é que não encontramos no Plano de Contas das Instituições do Sistema Financeiro, dentre as receitas operacionais, qualquer item que pudesse representar o valor total da alienação de um ativo, como "receita da venda de ouro", ou receita da "venda de ações", ou ainda "receita da venda de recebíveis". O próprio conceito de receita, nas Instituições Financeiras, restringe-se ao valor do rendimento na operação, o que não inclui o valor do ativo negociado.

Por ocasião da resposta ao Termo de Intimação de 29 de novembro de 2011, o Contribuinte cita em socorro de sua tese (legitimidade da utilização das aquisições de ouro financeiro na base de cálculo de seus créditos das Contribuições) o artigo 22, da Instrução Normativa SRF N° 247/2002, extraíndo dele que "as Instituições Financeiras estão sujeitas ao pagamento do PIS e COFINS por ocasião da alienação dos ativos financeiros". Na verdade, o que de fato está disposto neste artigo é que as receitas auferidas (receitas assim consideradas de acordo com o COSIF) pela Instituição Financeira, produzidas em decorrência de avaliações de seus títulos e valores mobiliários a preço de mercado, somente participarão da composição da base de cálculo a partir do momento da alienação do ativo. Ou seja, o dispositivo não se preocupa alterar a definição do fato gerador ou da base de cálculo, mas sim em definir o aspecto temporal da incidência.

Também em sua defesa o Contribuinte comenta que no caso do PIS e COFINS, os contribuintes podem descontar créditos sobre os custos incorridos em valor superior ao pago na etapa anterior da cadeia, reforçando-se com a citação de resposta de Consulta Tributária.

*Este comentário, porém, não atinge o centro da questão que aqui se discute. Não se trata de considerar que houve incidência na operação anterior, com um recolhimento inferior de Contribuições, como acontece, por exemplo, no caso de aquisições de mercadorias de empresa que apura as Contribuições no regime cumulativo. **Trata-se, sim, de considerar que não houve incidência na operação anterior, uma vez que, como já exaustivamente demonstrado, o valor da alienação de um ativo financeiro ou valor mobiliário não se confunde com a receita financeira eventualmente auferida.***

O conceito de base de cálculo é em regra elemento indissociável conceito de fato gerador. A base de cálculo, salvo nos casos expressamente previstos em lei, é nada mais nada menos do que a expressão quantitativa do fato gerador. Se o fato gerador das Contribuições é auferir receita bruta, a base de cálculo é o valor receita auferida! Assim, se o fato gerador, no caso de movimentação de ouro financeiro é o fato da instituição auferir receita financeira, a expressão econômica desta operação é o valor desta receita financeira, e não o valor desta receita somado ao valor do ativo financeiro.

Diferentemente, numa operação comercial, o fato gerador é auferir a receita da venda das mercadorias. Assim a base de cálculo das Contribuições neste caso é a receita da venda das mercadorias, e não o lucro bruto apurado na operação.

Pelo exposto, conclui-se que a empresa não poderia ter utilizado os valores provenientes da aquisição de ouro financeiro para compor a base de cálculo de seus créditos.

E não haveria nenhum sentido que diferente fosse.

Como visto, toda a cadeia do ouro financeiro é livre da incidência do PIS e da COFINS. Desde a saída de empresa mineradora, as Contribuições não incidem, ou por força da não incidência Constitucional (art. 153, § 5º), ou pela incidência da alíquota zero, prevista no artigo 1º, do Decreto 5.442/2005:[...]

Note-se que o assunto "ouro como ativo financeiro ou mercadoria" já foi amplamente abordado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em seu Parecer PGFN/CRJ nº 0957, de 22/07/1999 publicado no DOU de 10/08/1999, Seção I, p 1, cujo texto, em parte, está transcrito a seguir:[...]

Se não há incidência, em nenhuma dessas etapas foi recolhido qualquer valor a título de Contribuições. Sendo assim, não há qualquer valor de Contribuição acumulado na cadeia de comercialização que justifique crédito por parte de quem adquiriu este ouro financeiro e o desviou para a utilização como matéria-prima em seu processo industrial.

Mesmo que consideremos os valores recolhidos no fornecimento de insumo à pessoa jurídica mineradora de ouro, esses valores seriam passíveis de aproveitamento ou ressarcimento a essa empresa, por força do disposto no artigo 27, inciso II, da Instrução Normativa SRF Nº 900/2008, ficando assim garantido o direito de que esta cadeia seja expurgada de qualquer incidência das contribuições.

Assim, se admitido o crédito na aquisição de ouro financeiro, a adquirente ficaria em uma posição econômica imensamente favorecida em relação à empresa que trabalhasse com o ouro mercadoria, pois este produto certamente lhe custaria mais caro, uma vez que viria "carregado" pela incidência das Contribuições nas etapas precedentes do processo de produção.

O princípio da não-cumulatividade tem por finalidade precípua a garantia de que o tributo pago nas etapas anteriores de uma cadeia de produção e/ou comercialização não incida em cascata nas operações subsequentes. O mecanismo do crédito é a forma pelo qual o princípio da não-cumulatividade se faz eficaz. Assim o direito ao crédito só se justifica quando há incidência de contribuição em etapas antecedentes de uma cadeia de produção / comercialização. Se esta incidência não existe, o crédito não faz o menor sentido. A não ser que haja um claro propósito do legislador no sentido de incentivar uma determinada atividade. Porém, mesmo neste último caso, o benefício deve ser expressamente previsto na lei.

Se não bastasse o todo exposto, foi observado durante a auditoria fiscal que o Contribuinte destina vendas com o código fiscal de operação e prestação (CFOP) 6109, que se trata de venda de produção do estabelecimento destinada a Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio. Por se tratar de venda para a Zona Franca de Manaus, essas saídas são tributadas à alíquota zero de PIS/COFINS.

Nesta operação, destaca-se como cliente a empresa COIMPA INDUSTRIAL LTDA, CNPJ 04.222.428/0001-30, a qual a empresa objeto da presente ação fiscal detém um percentual de 99,97% do capital (conforme consta da base de dados da RFB).

Em alguns casos a venda realizada trata-se de apenas, e somente, ouro em lingotes, ou seja, o mesmo ouro adquirido nas DTVM's.

Estamos, assim, presenciando a seguinte situação. O Contribuinte adquire o ouro financeiro sem a tributação do PIS/COFINS. Revende o mesmo ouro para um empresa em que, claramente, detém o controle acionário, mas tributado à alíquota zero de PIS/COFINS. E, por fim, pleiteia o crédito que em nenhum momento foi recolhido ao Erário.

Ao analisar situação semelhante àquela que nos é aqui apresentada, a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em Porto Alegre decidiu em consonância com o raciocínio aqui desenvolvido, embora naquele caso, a empresa recorrente teria se utilizado de valores de aquisição de ouro financeiro na composição da base de cálculo do crédito presumido de IPI, que visaria justamente o ressarcimento de valores que teriam incididos a título de PIS e de COFINS na cadeia de produtiva de produtos exportados. [...]

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (PIS E COFINS)

Diante de todo o exposto, foi formulada proposta de DEFERIMENTO PARCIAL dos valores solicitados nos PERDCOMPs.

Em alguns períodos de apuração, a glosa do crédito das Contribuições efetuadas na aquisição de ouro, quando adquirido de empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, foi superior ao valor apurado a título de saldo credor, resultando na constatação da insuficiência de declaração e recolhimento das Contribuições naqueles períodos, conforme demonstrado no "Demonstrativo da Apuração da Insuficiência de Recolhimento das Contribuições", anexo ao presente termo. Os valores ali apurados serão lançados de ofício, mediante lavratura de Autos de Infração.[...]

No demonstrativo "Cálculo Valores das Glosas" do TCIF a autoridade fiscal relacionou, **mês a mês, os valores dos créditos da Cofins e do PIS glosados** (com base nos valores das notas fiscais, conforme, fl. 171). Demonstrou em resumo os valores no TCIF que tais glosas (linhas "(+) Valor da Glosa") refletiram nos PerDcomps apresentados, conforme "Demonstrativo da Apuração da Insuficiência de Recolhimento das Contribuições" para o PIS e para a Cofins, fls. 172 e 173, linhas "(=) Crédito Ressarcível" ou geraram débitos a lançar conforme linha "(=) Insuficiência de Declaração/Pagamento".

Por sua vez o contribuinte apresentou sua impugnação (fls. 196 a 230), em 23/03/2012, com extensos arrazoados nos seguintes tópicos: 1. Dos fatos; 2. Do direito; 2.1. Da tempestividade; 2.2. Da tributação do ouro autorizada pela Constituição Federal; 2.3. Da classificação do ouro: relevância da destinação dada ao bem; 2.4. Do direito ao desconto de créditos de PIS e de COFINS nas aquisições de ouro ativo financeiro como insumo; 2.5. Da não-cumulatividade do PIS e da COFINS e da irrelevância do regime de tributação a que esteja submetido o

fornecedor dos bens. 2.6 Das operações com a Zona Franca de Manaus. 3. Do pedido. A seguir parte dos argumentos trazidos:

[...] A Impugnante é sociedade empresária que se dedica à industrialização comercialização, importação e exportação de produtos manufaturados e semimanufaturados, especialmente de metais preciosos e outros metais, prezando sempre pelo fiel cumprimento de suas obrigações.

Por força de suas atividades operacionais, a Impugnante regularmente acumula créditos de PIS e COFINS decorrentes da sistemática não-cumulativa dessas contribuições, prevista nas Leis n°s 10.637/02 e 10.833/03. [...]

Após análise de toda documentação contábil e fiscal da Impugnante, a Receita Federal do Brasil (RFB) houve por bem glosar parte do crédito pleiteado, especificamente no que tange aos valores oriundos de aquisições de ouro de Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários - DTVMs. [...]

Por consequência da glosa dessa parte do crédito, a RFB, nos meses em que houve saldo devedor (junho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2010), procedeu à constituição de crédito tributário. [...]

A glosa dos créditos de PIS e de COFINS, derivados da aquisição de ouro ativo financeiro, de acordo com o descrito no TVCIF pela D. Autoridade de Fiscalização, teria se verificado, em síntese, em face do seguinte: [...]

Ocorre que, entretanto, que referido entendimento não pode prosperar, uma vez que o crédito glosado é legítimo, eis que:

1. A alienação do ouro, ativo financeiro ou não, em todas as etapas de sua cadeia, sujeita-se ao pagamento da contribuição ao PIS e da COFINS:

2. O ouro ativo financeiro, se e enquanto de propriedade de instituições financeiras, sujeita-se à contribuição do PIS e à COFINS;

3. O ouro ativo financeiro, quando adquirido como insumo e desde que obedecidas as condições impostas pela legislação, permite o desconto de créditos das contribuições;

4. O ouro adquirido pela Impugnante é insumo de seu processo industrial, afirmação feita a partir da destinação dada pela adquirente ao bem; e

5. As operações realizadas com contribuintes localizados na Zona Franca de Manaus, nos termos da legislação vigente, de modo algum permite a acumulação de créditos inexistentes. [...]

Dessa forma, considerando que a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS é o faturamento, assim entendido a receita bruta auferida e não a operação com o bem ou serviço em si, pode-se notar que o ouro, seja ele ativo financeiro ou mercadoria, em todas as etapas de sua cadeia, indiscutivelmente sujeita-se à incidência de tais contribuições. Essa é a única conclusão possível de se construir a partir da Constituição Federal. [...]

Apesar de fincar orientação de que o elemento norteador da natureza jurídica da operação com o ouro é a sua destinação, a fiscalização, nos parágrafos seguintes, defende que o simples

fato de uma instituição financeira participar da relação comercial envolvendo o ouro acarreta a conclusão de que o referido metal será sempre um ativo financeiro (e nunca mercadoria). Vejamos: [...]

Da mera leitura do trecho acima, depreendemos que a fiscalização simplesmente abandonou a importância da destinação para valorar exclusivamente as pessoas envolvidas na operação. Nada mais equivocado e desprovido de fundamento legal.

A Lei n. 7.766/89 define claramente que o ouro será considerado ativo financeiro quando destinado ao mercado financeiro (o que não é o caso), in ver bis:

Art. 1º O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.

§ 1º Enquadra-se na definição deste artigo:

I - o ouro envolvido em operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, desde que formalizado compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada.

II - as operações praticadas nas regiões de garimpo onde o ouro é extraído, desde que o ouro na saída do Município tenha o mesmo destino a que se refere o inciso I deste parágrafo.

§ 2º As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuada nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras, (destacamos)

E de forma ainda mais categórica, o artigo 4º de referida norma determina taxativamente a necessidade da destinação do ouro ao mercado financeiro, a fim de que este seja classificado como ativo financeiro. Vejamos:

Art. 4º O ouro destinado ao mercado financeiro sujeita-se, desde sua extração inclusive, exclusivamente à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. A alíquota desse imposto será de 1% (um por cento), assegurada a transferência do montante arrecadado, nos termos do art. 153, § 5o, incisos I e II, da Constituição Federal, (destacamos)

Da exegese dos dois dispositivos supra transcritos, conclui-se que o elemento definidor da natureza jurídica do ouro é sua destinação. Esse entendimento, inclusive, foi brilhantemente observado pelo então Juiz Ari Pargendler, nos autos da arguição de inconstitucionalidade nº 92.04.09625-0/113 do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando decidiu que:

*A destinação do ouro o identifica como mercadoria ou como ativo financeiro. A entrada do ouro no mercado financeiro e sua permanência nele lhe assegura esse regime vantajoso: **o de ser tributado uma só vez (monofasicamente) e de modo exclusivo (unicamente) pelo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro Relativo a Títulos e Valores Mobiliários.***

E indiscutível que, mesmo com a interveniência de uma instituição financeira no negócio como vendedora, se o bem não for destinado ou não permanecer no Sistema Financeiro Nacional, ele não poderá ser classificado com ativo financeiro.

No caso em apreço, a destinação do ouro adquirido pela Impugnante não foi o mercado financeiro, e tampouco nele ocorreu sua permanência, o que é expressamente reconhecido no auto de infração.

O auditor fiscal menciona, por diversas vezes, que o ouro adquirido pela Umicore das DTVMs, desde sua aquisição, sempre esteve direcionado/destinado à industrialização, i.e. à utilização no processo produtivo da Impugnante, o que fica evidente na seguinte frase, abaixo reproduzida a título exemplificativo:

Diante das características descritas, conclui-se que as operações de aquisição de ouro de DTVMs são tipicamente operações financeiras, não podendo ser confundidas com aquisições ordinárias de matéria-prima, mesmo considerando que o comprador assim as classifique em seus registros contábeis e fiscais, e que as utilize de fato em seu processo produtivo. (destacamos)

Esse fato é novamente reconhecido no decorrer do TVIF, quando a fiscalização tenta, de forma ardilosa, imputar irregularidade na prática negocial da impugnante.

Observe que a fiscalização tenta dar ênfase a um suposto desvio de finalidade no uso do ouro, como se a Impugnante estivesse utilizando-o de forma irregular. Vejamos:

Não há qualquer valor de contribuição acumulado na cadeia de comercialização que justifique crédito por parte de quem adquiriu este ouro financeiro e o desviou para a utilização como matéria-prima em seu processo industrial (destacamos)

Entretanto, não há nada de irregular na conduta da Impugnante, industrializadora de metais preciosos. Tal "desvio" demonstra, claramente, que a destinação do ouro no caso em questão não foi o mercado financeiro, mas sim a industrialização (atividade operacional da Impugnante). E, como tal, é inequívoco seu direito creditório.

Ademais, diferentemente do que restou asseverado pela fiscalização, a utilização da documentação instituída pela IN 49/2001 não define a natureza da operação, mas sim a destinação dada ao ouro. Dito de outra forma: não é o conjunto de documentos fiscais que define a natureza jurídica do bem, mas sim a destinação a ele dada na operação. [...]

No âmbito de suas atividades, a Impugnante adquire o ouro em estado bruto de Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários - DTVMs e, a seguir, para que possa ser utilizado como insumo em cadeias produtivas, faz o seu refino - processo que tem por escopo eliminar as impurezas e contaminantes **para que o ouro possa ser utilizado industrialmente - produzindo lingotes com teor de pureza de 99,99%**.

A partir daí, os lingotes são vendidos a clientes produtores de jóias ou indústrias que utilizam o metal já refinado como insumo, dentre estes, a Coimpa Industrial Ltda. (Coimpa), subsidiária da Umicore, localizada na Zona Franca de Manaus.

Destaque-se que a Coimpa especificamente citada pela d. fiscalização, foi responsável pela aquisição de apenas 32,24% do total das vendas realizadas em 06, 08, 09, 10 e 11/10 para a ZFM (doc. 10), sendo que os demais 67,76% referem-se a clientes não relacionados à Impugnante. Isso demonstra, indiscutivelmente, que existe propósito comercial (e não meramente eventual economia fiscal) na aquisição do ouro bruto pela Impugnante e posterior venda à Coimpa.

Mas não é só. Contrariamente ao exposto pela d. fiscalização, expliquemos melhor porque a Impugnante não aliena o mesmo ouro adquirido das DTVMs à Coimpa e demais clientes não relacionados (vide fotos do **laudo técnico** doc. 6).

O ouro passa por um efetivo processo de industrialização, onde é refinado e transformado em lingotes; só então é posto ao mercado na forma de ouro puro para utilização em processo industrial.

E prova disso é a descrição das operações de compra de ouro bruto e venda de ouro refinado, com os respectivos documentos que o suportam:

1. A Impugnante adquire de Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVMs) ouro em bruto, ou seja, ouro extraído do garimpo e com teor aproximado de impureza de 15% a 5% (ou seja, entre 85% a 95% de ouro).

2. A nota fiscal emitida pela DTVM apresenta os pesos em bruto (peso do produto recebido) e líquido (peso do ouro estimado contido), conforme doc. 8.

3. Os documentos fiscais relativos à compra do ouro são: nota fiscal de negociação do ouro, nota fiscal de remessa de ouro e nota fiscal fatura de entrada. Os dois primeiros são emitidos pelas DTVMs e o último pela Umicore.

4. A Umicore recebe o bem e paga o fornecedor de acordo com o valor da nota fiscal.

5. O ouro é recebido em barras fundidas. Estas barras possuem dimensões, apresentações e pesos não padronizados, pois se tratam de produto resultante da fundição de pequenos lotes oriundos da atividade de mineração (fotos constantes do laudo - doc. 6). Pela mesma razão os teores de ouro contidos nas barras recebidas variam de barra para barra.

6. A Umicore funde o ouro em bruto, coleta uma amostra e analisa o teor do ouro contido (Ficha de Recuperação de Resíduos).

7. A Umicore refina o ouro bruto - teores aproximados de 85% a 95%, produzindo ouro puro equivalente ao teor de 99,99%.

8. O ouro puro refinado é fundido em lingotes (foto constante do laudo - doc. 6), sendo substancialmente diferente do ouro em bruto conforme demonstrado no laudo técnico (seja no grau de impurezas, seja na apresentação).

9. A Umicore possui a qualificação Good for deliver, emitida pela London Bullion Market Association - LBMA, sendo uma das duas únicas empresas brasileiras portadoras de referida qualificação, conforme apresentado na lista anexa (doc. 5).

10. A Umicore vende os lingotes por ela industrializados, destinando-os ao mercado para utilização de diversos fins (docs. 10 e 11).

11. Especificamente a Coimpa utiliza o ouro principalmente para a produção de aurocianeto de Potássio-PGC (Cianeto duplo de Ouro e Potássio). Para esta aplicação o ouro precisa ter pureza 99,99% e teor de prata, como impureza, extremamente baixo, uma vez que o produto final não pode conter teor de prata superior a 10 partes por milhão (ppm) (especificação do produto PGC).

Ademais, temos que:

a) No exercício de 2010, a Coimpa adquiriu 46% do ouro em lingotes vendidos pela Umicore, enquanto que empresas não relacionadas responderam por 54% das vendas (doc. 10). Já nos meses autuados (06, 08, 09, 10 e 11/2010) o percentual foi de 32,24% para a Coimpa e 67,76% para as demais (doc. 10). Conclui-se, portanto, que a aquisição dos lingotes de empresa relacionada é fato necessário ao desenvolvimento das atividades da Coimpa, não se tratando de exclusivo planejamento fiscal desprovido de propósito negocial. E a Umicore, por sua vez, fornece os bens tanto para a Coimpa quanto para diversos outros clientes; e

b) Conforme já elucidado, o ouro comercializado sujeitou-se às contribuições do PIS e COFINS em todas as suas etapas.

Logo, se por um lado a venda à ZFM sujeita-se à alíquota zero, por outro, a empresa na ZFM não desconta créditos sobre tais aquisições, não se verificando qualquer dano ao erário público. Além disso, quando da alienação pela Coimpa, de parte de sua produção ao mercado nacional, a receita de venda se sujeita ao PIS e à COFINS. E, se é verdade que na exportação, em face da imunidade constitucional não há PIS e COFINS, também é verdade que as aquisições de ouro realizadas pela Coimpa não possibilitam o desconto de créditos do ouro adquirido da

Impugnante, o que também infirma a conclusão alcançada pela d. autoridade de fiscalização.

Assim, não há razão para a fiscalização questionar as transações realizadas pela Impugnante com empresas situadas na ZFM, em especial com a Coimpa, haja vista que tais operações são reais, necessárias e não configuram prejuízo aos cofres fazendários. Pelo contrário, são operações que, embora sujeitas à alíquota zero do PIS e da COFINS, não permitem ao contribuinte localizado na ZFM o direito a crédito dessas contribuições, ao passo que possibilitam à Impugnante a manutenção dos créditos, visto que o insumo utilizado no processo, ouro ativo financeiro, sujeitou-se em todas as etapas da sua cadeia, à incidência das contribuições.

3. DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer seja julgada procedente a presente Impugnação, para os fins de anular integralmente os autos de infração e imposição de multa de PIS e de COFINS ora impugnados, com o conseqüente reconhecimento do direito de descontar créditos de PIS e de COFINS sobre aquisição de ouro oriundo de DTVMs, utilizados no processo produtivo da Impugnante.

Protesta pela juntada adicional de quaisquer documentos comprobatórios das alegações citadas ao longo do presente petítório.

Ao final o contribuinte juntou os seguintes documentos a sua impugnação: Doc. 1 - Procuração; Docs. 2 e 3 - Documentos pessoais dos signatários; Doc. 4 - Contrato social; Doc. 5 — Cópia da página da internet (www.lbma.org.uk) que prova que apenas duas empresas brasileiras são certificadas pela The London Bullion Market Association como Goodfor deliver para a industrialização de barras de ouro com 99,99% de pureza do metal; Doc. 6 - Laudo técnico descrevendo o processo de industrialização do ouro realizado pela Umicore, acompanhado de algumas fotos; Docs. 7 - Três jogos de notas fiscais relativos à compra do ouro bruto com impurezas, compostos por (i) nota de negociação do ouro, (ii) nota fiscal de remessa de ouro e (iii) nota fiscal fatura de entrada; Doc. 8 - Planilha relativa aos adquirentes dos lingotes fabricados pela Umicore, valores e percentuais; Doc. 9 - Jogo de notas fiscais fatura de saída que subsidiam a planilha indicada como doc. 8 e comprovam as informações lá constantes; e Doc. 10 - Termo de Constatação e Intimação Fiscal e Autos de infração e imposição de multa.

O contribuinte ainda juntou de forma extemporânea (em 03/08/2012, fls. 479 a 489) uma manifestação, tratando de acórdão do CARF **em relação a crédito presumido do IPI** de uma indústria de jóias.

Ato contínuo, a DRJ-RIBEIRÃO PRETO (SP) julgou a Impugnação do Contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

**OURO ATIVO FINANCEIRO / INSTRUMENTO CAMBIAL.
CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.**

Quando se adquire ouro na forma de ativo financeiro / instrumento cambial não se está adquirindo uma mercadoria (um insumo), pois a CF/1988 assim determinou que fosse ele considerado. A instituição financeira não deu destino diverso ao ouro ativo financeiro, nem poderia. A alteração dessa condição vantajosa, para que o ouro seja considerado uma mercadoria, deverá vir acompanhado das consequências tributárias que esse fato vier a gerar, com a regência das normas impositivas do ICMS, do IPI, do PIS e da Cofins, e só a partir da primeira venda como mercadoria poderá o adquirente do ouro então mercadoria se beneficiar dos créditos por ventura gerados, em conformidade com as leis de regência, antes não. Sobre o bem ouro ativo financeiro não houve incidência da contribuição da Cofins.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

*OURO ATIVO FINANCEIRO / INSTRUMENTO CAMBIAL.
CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.*

Quando se adquire ouro na forma de ativo financeiro / instrumento cambial não se está adquirindo uma mercadoria (um insumo), pois a CF/1988 assim determinou que fosse ele considerado. A instituição financeira não deu destino diverso ao ouro ativo financeiro, nem poderia. A alteração dessa condição vantajosa, para que o ouro seja considerado uma mercadoria, deverá vir acompanhado das consequências tributárias que esse fato vier a gerar, com a regência das normas impositivas do ICMS, do IPI, do PIS e da Cofins, e só a partir da primeira venda como mercadoria poderá o adquirente do ouro então mercadoria se beneficiar dos créditos por ventura gerados, em conformidade com as leis de regência, antes não. Sobre o bem ouro ativo financeiro não houve incidência da contribuição do PIS.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Em seguida, devidamente notificada, a Recorrente interpôs o presente recurso voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

Em seu Recurso Voluntário, a Empresa suscitou apenas questões de mérito, apresentando as mesmas argumentações da sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

Conforme se depreende dos autos, a autuação em tela teve por base o procedimento de verificação das Perdcomps apresentadas referentes aos trimestres de 2010, nos quais foram parte dos créditos solicitados indeferidos nos pedidos de ressarcimentos pela Autoridade Fiscal e resultou na lavratura dos autos de infração de PIS/Pasep e COFINS, em alguns meses, para cobrança de diferenças apuradas dessas contribuições decorrentes de glosas de crédito na aquisição de insumos (ouro). As glosas operadas estão relacionadas essencialmente com a não consideração da aquisição do ouro ativo financeiro/instrumento cambial como gerador de créditos da não cumulatividade, adquirido de Sociedades Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVMS).

A Recorrente é uma empresa que atua no refino e na reciclagem de metais, especialmente o ouro, atuando na sua purificação, normalmente obtendo o ouro a 58% de pureza e o transformando em ouro a 99,99%, ideal para a utilização na fabricação de jóias, quando ligados com outros metais que acrescentam cor e resistência ao metal. Além de processar ouro por conta própria, a empresa também presta o mesmo serviço de industrialização por encomenda para outras empresas do ramo. Abaixo os tipos de ouro encontrados no mercado, de acordo com o seu grau de pureza:

Quilates	Percentagem de Ouro	Pureza do ouro - milésimas
24 k	100%	1000 milésimas
19,2 k	80%	800 milésimas (ouro Português)
18 k	75%	750 milésimas
14 k	58,3%	583 milésimas
9 k	37,5%	375 milésimas
8 k	33,3%	333 milésimas

A Fiscalização procedeu a glosa dos créditos na aquisição de ouro pela Umicore pois entendeu que em toda a cadeia envolvida no ouro adquirido no mercado de balcão de empresas DTVMS (ouro ativo financeiro), desde a etapa da mineração até as negociações no mercado financeiro envolvendo o metal, não houve a incidência das contribuições ao PIS e COFINS nas operações, uma vez que a tributação do ouro se dá em uma única etapa somente pelo IOF, conforme prevê a Constituição Federal no art.153, § 5º e a legislações infraconstitucionais relativas a Lei nº7.766/89 e Decreto nº5.442/2005. Dessa forma, o ouro adquirido no mercado financeiro (ouro ativo financeiro) não dá direito a crédito, situação esta prevista na legislação do PIS e da COFINS que, expressamente, veda o desconto de créditos nas aquisições de bens e serviços que não se sujeitaram à incidência das contribuições.

O Contribuinte, por sua vez, alega que a alienação do ouro, ativo financeiro ou não, sujeita-se ao pagamento das contribuições ao PIS e COFINS em todas as etapas da sua cadeia, inclusive sobre o valor da intermediação financeira ocorrida nas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários. A destinação que o comprador dar ao ouro ativo financeiro adquirido é que define o seu direito ao crédito, uma vez que este é utilizado como insumo do seu processo industrial, comprovado nos autos pela documentação fiscal e contábil, especificamente pelas notas fiscais de entrada emitidas e pela contabilização do ouro como insumo (estoque) destinado a produção, como se vê pelo código fiscal de operação e prestação de serviço (CFOP) utilizado. Considerando que a base oponível à contribuição para o PIS e a

COFINS é o faturamento, assim entendida a receita bruta oponível, e não a operação com o bem ou serviço em si, pode-se notar que o ouro, seja ele ativo financeiro ou mercadoria, sujeita-se, indiscutivelmente, a incidência de tais contribuições em todas as etapas de sua cadeia, conforme se depreende do conteúdo da Constituição Federal.

Percebe-se que é fato provado nos autos que a empresa adquiriu ouro ativo financeiro de empresa DTVM, nos termos previstos no art.1º, § 2º da Lei nº7.766/89 e conforme documentos anexados de notas de negociação de ouro e nota fiscal de remessa de ouro emitida pela instituição financeira. Somente após aquisição do ouro ativo financeiro foi que a empresa deu a ele destinação diversa ao produto adquirido, transformando-o em mercadoria para aplicação como insumo no seu processo de produção do ouro purificado e, posteriormente, vendeu o produto resultante para empresas que o destina à produção de jóias. Depreende-se que, em suma, a discussão a ser decidida por este Colegiado refere-se a controvérsia quanto a possibilidade ou não de se calcular crédito das contribuições ao PIS e a COFINS sobre a aquisição de ouro como ativo financeiro, posteriormente transformado em mercadoria para aplicação na produção de ouro purificado realizado pela Recorrente Umicore.

Por oportuno, fazem-se algumas considerações sobre o funcionamento do mercado do ouro no Brasil e a tributação envolvida.

Identifica-se no país dois tipos de ouro circulando no Brasil, quanto ao seu uso, que são diferenciados não pela composição física, mas sim pelas características atribuídas por lei quanto a sua destinação: ouro mercadoria e ouro ativo financeiro.

O primeiro (ouro mercadoria) é aquele extraído pelos garimpeiros/cooperativas ou por empresas mineradoras e destinado ao mercado de ouro como reserva de valor de empresas e particulares ou como insumo para a produção de artefatos para computadores, comunicações, naves espaciais, motores de reação na aviação e artigos de luxo, tal como, no presente caso, para a produção de jóias. Nesses casos, o ouro se caracteriza como mercadoria, sujeitando-se às mesmas regras ordinárias das demais mercadorias quanto a emissão dos documentos fiscais e a tributação relativa ao ICMS, IPI, PIS e COFINS.

O segundo tipo é aquele ouro que desde a sua origem na extração é destinado a se tornar ativo financeiro ou instrumento cambial. Nesse caso, é necessário que seja formalizado compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada, nos termos estabelecidos na Lei nº7.766/89. Após ser adquirido pela instituição financeira, esse ouro como ativo financeiro/instrumento cambial poderá ser negociado em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhados, ou no mercado de balcão, mas em qualquer dos casos ele sempre será considerado uma operação do mercado financeiro.

Os requisitos para o ouro adquirir natureza de ativo financeiro são delineados pela Lei nº7.766/89, *in verbis*:

“Art. 1º O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.

§ 1º Enquadra-se na definição deste artigo:

I - o ouro envolvido em operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, desde que formalizado

compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada.

II - as operações praticadas nas regiões de garimpo onde o ouro é extraído, desde que o ouro na saída do Município tenha o mesmo destino a que se refere o inciso I deste parágrafo.

§ 2º As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuada nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras.

(...)

Art. 3º A destinação e as operações a que se referem os arts. 1º e 2º desta Lei serão comprovadas mediante notas fiscais ou documentos que identifiquem tais operações.

Pela leitura do conteúdo da lei transcrita, observa-se que o compromisso de destinação ao ouro assume condição fundamental para a sua caracterização como ativo financeiro. Quando ele é destinado ao Banco Central, ou a instituições financeiras por ele autorizadas, o ouro será considerado como ativo financeiro, desde a sua origem na extração, nos termos do compromisso firmado disposto na lei em comento. A documentação de suporte necessária para acompanhar as operações com esse ativo financeiro foram estabelecidas pela IN SRF nº49/2001.

No caso sob análise, constata-se que de fato a Recorrente adquiriu o produto ouro ativo financeiro de uma instituição financeira DVTM (Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários), comprovado pela documentação emitida pela empresa vendedora do ativo financeiro. Ao adquirir o ouro ativo financeiro, a empresa teria a opção de mantê-lo custodiado na instituição financeira autorizada pelo Banco Central indicada por ela ou retirar o ouro em barras/linguotes e levá-lo consigo. A opção da Recorrente foi por retirar o ativo financeiro do Sistema Financeiro e ficar com a posse do seu ouro visando aplicá-lo de modo diverso daquele que até então vinha sendo utilizado.

Percebe-se que a Umicore adquiriu tal produto com o *animus* de dar destinação diversa daquela que até então possuía o ativo e transformá-lo em mercadoria para utilização como insumo em seu processo produtivo, fato materializado pelas notas fiscais de entrada emitidas pela Recorrente constantes dos autos, que consignam o CFOP utilizado de compras de insumos para industrialização –1.101.

A legislação anteriormente transcrita, a Lei n. 7.766/89, define claramente que o ouro será considerado ativo financeiro quando destinado ao mercado financeiro. No presente caso, entretanto, restou comprovado que o Contribuinte adquiriu o ouro ativo financeiro com o *animus* de transformá-lo em mercadoria (insumo).

O elemento definidor da natureza jurídica do ouro, portanto, é a sua destinação. Tal entendimento, inclusive, foi brilhantemente observado pelo então Juiz Ari Pargendler (ex Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal), nos autos da arguição de inconstitucionalidade nº 92.04.096250/RS, do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando decidiu que: “A destinação do ouro o identifica como mercadoria ou como ativo financeiro. A entrada do ouro no mercado financeiro e sua permanência nele lhe

assegura esse regime vantajoso: o de ser tributado uma só vez (monofasicamente) e de modo exclusivo (unicamente) pelo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro Relativo a Títulos e Valores Mobiliários”.

Entende-se, assim, que o ouro, ao sair do sistema financeiro, por vontade do investidor para utilização em função diversa que até então possuía, não mais poderá ser classificado como ativo financeiro, mas sim como mercadoria.

No caso concreto, tem-se que a destinação dada ao ouro ativo financeiro foi aplicá-lo, após a compra, como insumo no processo produtivo de produção de ouro com maior grau de pureza pela Recorrente. Entendo que, se a definição da natureza do ouro se dá pela sua destinação, embora a documentação emitida na transferência do ouro da DTVM para a Recorrente seja de tradição de um ativo financeiro, isso não impede que a empresa, agora proprietária e de posse do seu bem materializado, dê destinação diversa a ele fora do mercado financeiro, tratando-o como mercadoria/insumo. Ressalte-se que não há nenhuma vedação legal a esse procedimento adotado pela empresa.

Admite-se, assim, a possibilidade do ouro ser adquirido como ativo financeiro e ser posteriormente transformado em mercadoria com o fim de ser aplicado como insumo no processo produtivo da Recorrente.

Admitida a possibilidade do ouro adquirido ser transformado em insumo após a sua aquisição como ativo financeiro, resta analisar a possibilidade da empresa se creditar do PIS/COFINS sobre a aquisição do referido ouro ativo financeiro de acordo com as regras de creditamento presentes na legislação que rege a matéria.

Inicialmente, deve-se entender como ocorre a tributação do ouro ativo financeiro adquirido em toda a cadeia envolvida desde a extração até a instituição financeira.

A Constituição Federal previu a incidência unicamente de IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) sobre as operações com ouro definido como ativo financeiro, assim como a incidência monofásica desse imposto na entrada na instituição financeira sobre o que seria devido na operação de origem:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

§ 5º - O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

(negritos nossos)

Os entes tributários ficam impedidos, assim, de criar outros tributos ou prever a incidência dos já existentes sobre as operações com ouro ativo financeiro, descritas na forma da lei.

A regulamentação do citado dispositivo constitucional veio por meio da Lei nº7.766/89, *in verbis*:

(...)

Art. 4º O ouro destinado ao mercado financeiro sujeita-se, desde sua extração inclusive, exclusivamente à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. A alíquota desse imposto será de 1% (um por cento), assegurada a transferência do montante arrecadado, nos termos do art. 153, § 5º, incisos I e II, da Constituição Federal.

(...)

Art. 7º A pessoa jurídica adquirente fará constar, da nota fiscal de aquisição, o Estado, o Distrito Federal, ou o Território e o Município de origem do ouro.

Art. 8º O fato gerador do imposto é a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro, efetuada por instituição autorizada, integrante do Sistema Financeiro Nacional.

(...)

Art. 13. Os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de operações com ouro, ativo financeiro, sujeitam-se às mesmas normas de incidência do imposto de renda aplicáveis aos demais rendimentos e ganhos de capital resultantes de operações no mercado financeiro.

Parágrafo único. O ganho de capital em operações com ouro não considerado ativo financeiro será determinado segundo o disposto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 15 Revogam-se as disposições em contrário.”

(negritos nossos)

Quanto à incidência do PIS e COFINS, entende-se que as operações com ouro ativo financeiro praticadas por todos aqueles envolvidos (desde sua extração, operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, conforme art. 1º da Lei nº 7.766/89) estão fora do campo de incidência dessas contribuições por expressa determinação constitucional, anteriormente transcrita.

Esse é o mesmo entendimento do Professor Ricardo Alexandre que, explicando sobre a tributação do ouro ativo financeiro, afirma a impossibilidade de incidência de outros tributos, além do IOF, que incidam sobre mercadorias, conforme o trecho a seguir reproduzido:

Quando o ouro é mercadoria, não há qualquer especificidade digna de nota, pois sobre ele incidirão os tributos que ordinariamente incidem sobre as mercadorias (ICMS, IP!, II, IE). Já nos casos em que o ouro é o próprio meio de pagamento, como se fora moeda, não há que se falar em cobrança de tributos que incidem sobre mercadorias, pois, a título de exemplo, se não incide ICMS sobre a circulação dos reais

usados para pagar determinado débito, também não pode incidir sobre o ouro' utilizado para quitar débito semelhante.¹

Nesse cenário, a afirmação da Recorrente, em sua defesa, de que o ouro ativo financeiro se sujeita normalmente a incidência do PIS e da COFINS em todas as operações envolvidas ao longo da sua cadeia não se mostra verdadeira, pois, conforme visto nos dispositivos legais anteriormente expostos, o ouro ativo financeiro tem uma carga tributária bastante reduzida se comparada como o do ouro mercadoria. Sobre as operações envolvendo o primeiro, os envolvidos na cadeia de produção do ouro ativo financeiro, desde a extração até chegar a instituição financeira, não pagam PIS e COFINS sobre essas operações, posto que são beneficiadas pela imunidade, excetuando-se IOF. Tendo uma carga tributária menor, logicamente o ouro ativo financeiro/instrumento cambial tem um preço mais barato que o ouro mercadoria.

As instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central a operarem com o ouro ativo financeiro, tais como as DTVMs, por sua vez, estão sujeitas ao regime cumulativo das Contribuições para o PIS e COFINS, incidindo essas contribuições sobre as receitas de serviços bancários (cobranças de tarifas) e as de intermediação financeira. Quanto a tributação das contribuições em comento nesse ramo de atividade, reproduz-se o Parecer PGFN/CAT/Nº 2.773/2007, que trata da base de cálculo dessas contribuições devidas pelas instituições financeiras e seguradoras após o julgamento do RE 357.9509/RS, no qual fica claro que as instituições financeiras tem como receita apenas serviços para fins tributários, e destes a receita pelo serviço de intermediação financeira, não tendo receitas pela venda de mercadorias, *in verbis*:

*Segundo a Nota da Cosit, após a decisão do STF, diversos questionamentos foram levantados sobre a aplicação da referida decisão às instituições financeiras e às seguradoras, **sob o argumento de que tais entidades não possuem “faturamento”, propriamente dito**, pois argumentam as entidades que a palavra faturamento teria acepção própria, tecnicamente construída, e corresponderia, taxativamente, ao conjunto de receitas obtidas pela pessoa jurídica na venda de mercadorias e na prestação de serviços. Não se confundiria, nem se equipararia, com receitas outras, como as receitas financeiras das pessoas jurídicas que se dedicam à indústria, ao comércio ou à prestação de serviços.*

*3.Entretanto, continua mencionada Nota, resta equivocado o entendimento dado pelas instituições financeiras, com base no argumento referido, no sentido de que deverão recolher os tributos em pauta apenas sobre as tarifas de emissão de extratos ou de talões de cheque, entre outras assemelhadas, considerando-as unicamente como receitas de serviços. **Sabe-se que a maior parte das receitas das instituições citadas decorre de atividades estritamente financeiras.** As instituições alegam que não importa que essas receitas sejam consideradas operacionais, visto que o conceito de faturamento não é maleável a ponto de sofrer ampliações em função da natureza das atividades do contribuinte, conforme já decidido pelo STF.*

4.O argumento utilizado pelas empresas de seguros não é diferente, neste caso tais empresas dizem que a receita de prêmios de seguros também não se enquadra no conceito de

¹ Alexandre, Ricardo. Direito tributário I Ricardo Alexandre - 11. ed. rev. atual. e ampl. - Salvador - Ed.JusPodivm, 2017.

faturamento por não se tratar de venda de serviços, de mercadorias e de serviços e mercadorias. A Nota da Cosit prossegue afirmando:

8. Portanto, são frágeis os argumentos das instituições financeiras e seguradoras no que tange à não incidência dessas contribuições sobre suas receitas financeiras, sem que antes seja examinada a natureza jurídica dessas receitas em relação às suas atividades.

9. Com efeito, o enquadramento da atividade de bancos e de seguros no setor terciário da economia (serviços) é contemplado no Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), firmado durante a rodada de negociações multilaterais promovidas no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (GATT 1994) – Rodada Uruguai, promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

9.1. O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) pode ser subdividido em dois grandes blocos. O primeiro é o próprio texto do Acordo contendo as regras e as obrigações aplicáveis a todos os Membros da OMC. O segundo é composto pelos anexos que tratam de problemas específicos de alguns setores. São eles: o anexo referente ao movimento de pessoas físicas fornecedoras de serviço, o anexo sobre os serviços de transportes aéreos e os de transportes marítimos, o anexo sobre serviços financeiros, e, finalmente, os anexos concernentes a telecomunicações.

9.2. O Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS (em anexo), em seu item 5, efetua as seguintes determinações:

5. Definições:

Para os fins do presente Anexo:

*Por serviço financeiro se entende todo serviço financeiro oferecido por um prestador de serviço de um Membro. Os serviços financeiros incluem os serviços de seguros e os relacionados com seguros e todos os serviços bancários e demais serviços financeiros (excluídos seguros). **Os serviços financeiros incluem as seguintes atividades:***

Operações comerciais por conta própria ou para clientes, seja em bolsa, em mercado não cotado (over-the-market) ou, em outros casos, no que se segue:

instrumentos do mercado monetário (inclusive cheques, letras de câmbio, certificados de depósito); divisas; produtos derivados, tais como, mas não exclusivamente, futuros e opções;

instrumentos do mercado cambial e monetário, tais como “swaps” e acordos a prazo sobre juros; valores mobiliários negociáveis; outros instrumentos e ativos financeiros negociáveis, inclusive metal; [...]

10. Assim, entende-se que, sendo essas atividades caracterizadas como serviços, as receitas delas provenientes são receitas de serviços, e, portanto, integrantes do faturamento.” [...]

33. Com efeito, o conceito de serviços não se limita àqueles assim caracterizados na legislação e na doutrina especificamente bancárias, na qual as atividades das instituições financeiras, em geral, discriminadas entre operações bancárias (em síntese, relacionadas à intermediação financeira) e serviços bancários (estes, em síntese, relacionados à prestação direta de serviços pelas instituições a seus usuários, clientes ou não, e normalmente remunerados sob a forma de tarifas).

[...]

h) serviços para as instituições financeiras abarcam as receitas advindas da cobrança de tarifas (serviços bancários) e das operações bancárias (intermediação financeira); [...]

66. Tem-se, então, que a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros pode ser classificada como serviços para fins tributários, estando sujeita à incidência das contribuições em causa, na forma dos arts. 2º, 3º, caput e nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, exceto no que diz respeito ao “plus” contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, considerado inconstitucional por meio do Recurso Extraordinário 357.9509/RS e dos demais recursos que foram julgados na mesma assentada.

A Fiscalização, ainda, discorreu de forma detalhada sobre as especificidades da sistemática de tributação do PIS e COFINS no ramo de atividade das instituições financeiras. Reproduzem-se os trechos principais:

A tributação das atividades financeiras pela Contribuição para o PIS e pela COFINS incide sobre suas receitas, assim consideradas conforme a definição do Plano de Contas Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF). Uma característica da atividade financeira, que é refletida no COSIF, é a de reconhecer como receita o produto da intermediação financeira, que, na essência, é o objeto social dessas instituições. Assim, nos casos em que estas instituições transacionam com valores mobiliários, ou quaisquer outros ativos financeiros, é pacífico que o valor registrado a título de receita é o ganho ou a renda auferida na transação, seja ela de compra ou venda do ativo. O valor do ativo transacionado não compõe o conceito da receita das instituições financeira, como ocorre na empresa comercial ou industrial.

Diante disto, quando os artigos 1º, 2º, da Lei nº9.718/98, definem a incidência do COFINS sobre a Receita Bruta da pessoa jurídica, o interprete deve entender, no caso de uma instituição financeira, que esta incidência se dá sobre o valor da receita auferida (fato gerador), tomando esta conforme as normas de contabilidade bancária assim a definem, e não sobre o valor da transação realizada, A propósito, esta transação, estritamente considerada pode nem resultar em receita, uma vez que pode haver perda na alienação de qualquer ativo.

Dito isto, não pode ser aceita a argumentação no sentido de que a operação de venda de ouro financeiro por instituição financeira será uma operação sujeita ao pagamento das contribuições. E isto se opera pelo simples fato de que esta operação (a alienação de ativo financeiro) não é enquadrada no conceito de receita pelo COSIF.

É oportuno lembrar que a forma de tributação pelo PIS e pela COFINS das instituições financeiras é disciplinada pelo art.95, da Instrução Normativa SRF nº247/2002.

Basicamente, este dispositivo prevê que a base de cálculo mensal das contribuições das instituições financeiras seja apurada com o apoio da planilha prevista no anexo I da Instrução Normativa, onde as receitas das instituições financeiras, ao final de cada mês, seguindo a planificação contábil do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), são enumeradas. Entre estas receitas, podemos encontrar a denominada "Rendas de Aplicações em Ouro", código 7.1.5.70.00-2.

Segundo as instruções do Banco Central do Brasil, a função desta conta é registrar os ajustes positivos nas aplicações temporárias em ouro, que constituam receita efetiva da instituição no período. A tributação dessa receita não se confunde de maneira nenhuma com a tributação da transmissão de propriedade do ativo financeiro. O fato de um eventual rendimento auferido na alienação do ouro financeiro (eventual porque pode ser que haja perdas nesta tipo de operação, também) não significa que toda a operação de alienação do ativo tenha sido submetido à tributação.

Destarte, conclui-se que na instituição financeira (DTVM) que recebe o ouro compromissado com natureza de ativo financeiro e o aliena a um investidor, a tributação do ouro não se dá sobre o valor do bem ouro alienado, mas tão somente sobre a receita de serviço de intermediação, incidindo sobre o ganho apurado entre a operação de compra e a de venda, se por ventura apurado, pois também se é possível apurar perda na operação.

No caso ora analisado, torna-se evidente que o produto (ouro) adquirido pela Recorrente, na sua origem, era, de fato, um ativo financeiro que possuía, pela Constituição e lei regulamentadora, características próprias bem distintas das do ouro mercadoria, mormente com relação as instituições autorizadas a operá-lo, documentação lastreadora das operações e sua forma de tributação privilegiada.

Depreende-se dos fatos até aqui narrados, que a Recorrente comprou um ativo financeiro e posteriormente, por vontade própria, transformou-o em mercadoria, e conseqüentemente insumo, para aplicação no seu processo produtivo de purificação do ouro. Ressalta-se que o produto adquirido foi um ativo financeiro da DTVM e não uma mercadoria, como faz crer a Recorrente. Em uma etapa posterior foi que o Contribuinte concretizou o seu *animus* de transformá-lo em mercadoria nova, quando então a utilizou como insumo.

Entendo, assim, que a situação explicitada não gera direito a crédito porque a Recorrente, de forma originária, fez surgir a mercadoria que não existia nas operações anteriores, posto que o produto adquirido (ouro ativo financeiro) possuía características

próprias, distintas das mercadorias, não havendo que se falar em direito a crédito. Se a Recorrente optou pela transformação do ouro ativo financeiro em mercadoria isso deverá vir acompanhado das consequências tributárias que esse fato vier a gerar, com a regência das normas impositivas do ICMS, do IPI, do PIS e da Cofins, e só a partir da primeira venda como mercadoria poderá o adquirente do ouro, então mercadoria, beneficiar-se dos créditos por ventura gerados, em conformidade com as leis de regência, **antes não**.

Ademais, ainda que se entenda que a empresa adquiriu um insumo, o que se admite apenas para efeito de argumentação, também este não faria jus ao crédito, por não ser possível aplicar a não cumulatividade nessa operação discutida por inexistência de crédito na operação anterior.

Como se sabe, o princípio da não cumulatividade tem por finalidade limitar a incidência tributária nas cadeias de produção e circulação mais extensas, fazendo com que, a cada etapa da cadeia, o tributo somente incida sobre o valor adicionado nessa etapa. A não cumulatividade se materializa por meio da previsão de creditamento das aquisições antecedentes de uma cadeia de produção/comercialização. Se não há incidência na etapa antecedente, pela lógica da sistemática, não há direito a creditamento, a não ser que haja um claro propósito do legislador no sentido de incentivar uma determinada atividade. Porém, mesmo nesse último caso, o benefício deve ser expressamente previsto em lei.

Nessa direção, há expressa vedação à apropriação de créditos das referidas contribuições, nos termos do art. 3º, § 2º, II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, a seguir reproduzido:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

[...]

§ 2º Não dará direito a crédito o valor: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

[...]

*II da aquisição de bens ou serviços **não sujeitos ao pagamento da contribuição**, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição. (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)*

(negritos nossos)

No caso concreto, restou comprovado que o bem adquirido pela Recorrente (ouro ativo financeiro), além de não ser mercadoria no momento da aquisição, também não se sujeitou o bem, ouro ativo financeiro, a incidência das contribuições ao PIS e a COFINS ao longo da sua cadeia, desde a extração até a negociação do ativo financeiro pela DTVM, o que torna inviável a possibilidade de creditamento dessas contribuições na operação de aquisição do bem.

A essa mesma conclusão chegou a Conselheira Relatora Liziane Angelotti Meira Nessa no acórdão nº 3301004.675, da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, que, em julgamento dos mesmos elementos fático-jurídicos da própria Recorrente, mas de período de apuração diferente, concluiu pela impossibilidade de creditamento na operação de aquisição do ouro na forma aqui discutida, conforme sintetizado na ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

*OURO ATIVO FINANCEIRO / INSTRUMENTO CAMBIAL.
CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.*

Quando se adquire ouro na forma de ativo financeiro / instrumento cambial não se está adquirindo uma mercadoria (um insumo). A instituição financeira não deu destino diverso ao ouro ativo financeiro, nem poderia. A alteração dessa condição vantajosa, para que o ouro seja considerado uma mercadoria, deverá vir acompanhado das consequências tributárias que esse fato vier a gerar, com a regência das normas impositivas do ICMS, do IPI, do PIS e da Cofins, e só a partir da primeira venda como mercadoria poderá o adquirente do ouro então mercadoria se beneficiar dos créditos por ventura gerados, em conformidade com as leis de regência, antes não. Sobre o bem ouro ativo financeiro não houve incidência da contribuição do PIS.

Por fim, cabe informar à Recorrente que as conclusões tomadas no acórdão nº3302-001.492, de lavra do ilustre Conselheiro Gileno Gurjão, não tem relação com o caso ora analisado. pois lá foi discutido o direito a ressarcimento de crédito presumido de IPI na exportação previsto na Lei nº 9.363/96, no qual não é imprescindível a incidência das contribuições em comento sobre as aquisições de insumos para a requerente fazer jus ao ressarcimento (REsp nº 993.164 - MG), enquanto no presente caso, em não havendo previsão legal de regra ou benefício especial de creditamento, o Contribuinte para ter direito a crédito deve adquirir o bem a ser utilizado como insumo necessariamente com incidência das referidas contribuições, nos termos estabelecidos nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Além do mais, conforme já anteriormente indicado no presente voto, o ouro adquirido nessa situação é ativo financeiro e não mercadoria (insumo), posição divergente, portanto, daquela do ilustre Relator no citado acórdão.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator

Declaração de Voto

1. Com a devida vênia, ousou divergir do bem fundamentado voto do I. Relator do caso, o que passo a fazer nos seguintes termos.

2. Antes, todavia, de apresentarmos nossas conclusões, mister se faz nesse instante elucidar dois pontos que são fundamentais para o deslinde da presente contenda.

3. Primeiramente, insta registrar que não há dúvida quanto ao tratamento contábil atribuído pelas DTVM's, de quem a recorrente adquire o ouro aqui questionado, na presente operação; tais empresas tratam a operação com ouro como se ativo financeiro fosse, submetendo, pois, tal operação à incidência de IOF, bem como ao PIS e à COFINS no regime cumulativo. Tanto é verdade que a declaração prestada pelas DTVM's na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD contribuições - é no sentido de tratar como "rendas com títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros" aquelas receitas decorrentes das aplicações com ouro.

4. Também não existem dúvidas quanto ao objeto social da recorrente² nem quanto ao destino dado ao ouro por ela adquirido das DTVM's. É inconteste nos autos o seu emprego como insumo para fins de industrialização. Nesse sentido, inclusive, é o teor de parte do Termo de Relatório Fiscal (fls. 839 e s.s.):

(...).

Diante das características descritas, conclui-se que as operações de aquisição de ouro de DTVMs são tipicamente operações financeiras, não podendo ser confundidas com aquisições ordinárias de matéria-prima, mesmo considerando que o comprador assim as classifique em seus registros contábeis e fiscais, e que as utilize de fato em seu processo produtivo. Mesmo que o propósito do comprador, no momento da realização da operação, seja a utilização do ouro como matéria-prima, a operação em si, considerada as partes intervenientes, e principalmente as regras de controle do Sistema Financeiro Nacional, é tipicamente de natureza financeira. Vale dizer que diante do fato do fornecedor de ouro ser instituição financeira, e das características dos documentos fiscais emitidos na operação, o Contribuinte não pode deixar de admitir que tenha praticado uma operação tipificada financeira, independentemente do "animus" em relação à utilização do produto adquirido.

(...).

5. Aliás, do trecho alhures transcrito, é possível perceber que a fiscalização não nega a possibilidade do ouro ser juridicamente tratado como mercadoria e não como ativo financeiro, nos exatos termos do art. 155, § 2º, inciso X, alínea "c" da Constituição Federal. Todavia, no presente caso em concreto, a fiscalização afasta esta possibilidade uma vez que aqui (i) o ouro foi adquirido de instituição financeira na qualidade de ativo financeiro, o que (ii) estaria devidamente comprovado nos documentos fiscais emitidos pelas DTVM's e que materializaram a operação em análise. Logo, o ulterior tratamento fiscal e contábil dado pela

² Industrialização de metais preciosos, inclusive ouro, conforme cláusula 5a do se contrato social (fls. 19 e s.s.).

recorrente não seria hábil para desnaturar tal operação jurídica e, por conseguinte, transmutar a qualidade do ouro adquirido pela recorrente de ativo financeiro para mercadoria.

6. Assim, sob uma perspectiva estritamente formal, assiste razão à fiscalização, bem como ao bem fundamentado voto do d. Relator do caso. Acontece que, a depender de determinadas particularidades fáticas do caso em concreto, a forma deve ceder espaço à essência do ato jurídico praticado, sob pena de se prestigiar um indevido formalismo exacerbado.

7. Tratando de tal questão sob uma perspectiva contábil, o que se afirma aqui é que os registros contábeis não têm o condão de criar uma realidade jurídica, já que a contabilidade deve limitar-se a registrar fatos e não criá-los. Ao encontro de tal assertiva, é a mudança sofrida nos últimos anos no sentido de promover a convergência da contabilidade brasileira às regras internacionais. Aliás, a respeito do tema, assim se pronuncia a Comissão de Valores Mobiliários por intermédio do seu parecer de orientação n. 37/2011, *in verbis*:

(...)

Dois conceitos interrelacionados são essenciais para o entendimento dessa nova realidade contábil: (i) a representação verdadeira e apropriada; e (ii) a primazia da essência sobre a forma. A contabilidade somente cumprirá sua função essencial de fornecer informações úteis ao processo de tomada de decisão de seus usuários se refletir verdadeiramente a realidade econômica subjacente. Para que essa representação apropriada (true and fair view) possa ser alcançada, é importante observar a primazia da essência econômica sobre a forma jurídica dos eventos econômicos.

Dessa forma, com a mudança iniciada com a edição da Lei 11.638, de 2007, resgata-se a característica fundamental das demonstrações contábeis, que devem representar fidedignamente a realidade dos efeitos econômicos das transações, independentemente do seu tratamento jurídico.

(...) (grifos nosso).

8. Logo, um eventual equívoco nos registros contábeis das DTVM's para fins de materialização da operação fiscalizada não pode ser capaz de desnaturá-la em sua substância.

9. Pois bem. Feitos tais esclarecimentos convém repisar que as DTVM's indevidamente registraram que as operações aqui fiscalizadas (de venda de ouro para a recorrente) geraram receitas que foram rubricadas como "rendas com títulos e valores mobiliários e instrumentos e instrumentos financeiros". Além disso, submeteram tal operação ao IOF e ao PIS e a COFINS não cumulativos, na medida em que deram saída de tais bens na qualidade de ativos financeiros.

10. Acontece que tais empresas erraram em seus registros contábeis, uma vez que deveriam ter apontado as operações aqui tratadas como realizadoras de receita bruta, nos termos do art. 12, inciso I do Decreto n. 1.598/77, já que decorrentes de venda de ouro como

mercadoria, operação esta que foge do espectro das suas atividades empresariais ordinárias e que, portanto, não pode ser originária de receita operacional³.

11. Tal equívoco contábil, entretanto, não é suficiente para, *a priori*, desnaturar a operação realizada entre as DTVM's e a recorrente como uma operação de venda de ouro mercadoria e não de ouro como ativo financeiro. Todavia, para efetivamente precisar se **no específico caso sob julgamento** o ouro adquirido pela recorrente é de fato mercadoria, mister se faz destacar o parecer emitido pela *Deloitte Brasil Auditores Ltda.* (fls. 1.228/1.244).

12. Conforme se observa do sobredito parecer, a Auditoria independente analisou os seguintes documentos fiscais e contábeis da recorrente para o período objeto da autuação:

(i) escrituração contábil digital (ECD);

(ii) escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD Fiscal);

(iii) escrituração fiscal digital contribuições (EFD Contribuições);

(iv) demonstrativo de apuração de contribuições sociais (DAICON); e, ainda

(v) notas fiscais de entrada (por amostragem e aleatórias) do ouro adquirido pela recorrente junto as DTVM's.

13. Depois de analisar tal documentação, assim concluiu o citado parecer:

(...).

O ouro adquirido junto às DTVMs pela Umicore foi tratado contabilmente como estoque de matéria-prima. Do ponto de vista fiscal, as transações foram apresentadas como entrada de mercadoria para insumo de produção;

O ouro, mesmo que inicialmente tenha sido classificado pela DTVM como ativo financeiro, deve ser classificado como mercadoria pelo adquirente industrial, quando for destinado para produção como matéria-prima, e, nesse sentido, sua classificação como insumo do processo industrial, sob os aspectos contábeis e fiscais, reflete aquela que melhor expressa sua natureza. Ou seja, havendo destinação diferente do mercado financeiro, o ouro adquirido passa a ser tratado como "ouro mercadoria". Assim, no caso específico da Umicore, do ponto de vista contábil e fiscal, a classificação do ouro como insumo é aquela que melhor expressa sua natureza;

Quando da entrada do ouro na Umicore, a mesma emite nota fiscal de entrada eletrônica de emissão própria registrando-a como compra de ouro para industrialização, haja vista que a Sociedade utilizará o ouro adquirido como matéria-prima na produção de lingotes que serão revendidos futuramente. Este procedimento atende o disposto estabelecido no art. 136 da

³ Segundo o CPC 30, vigente à época dos fatos, apenas as atividades ordinárias de uma empresa se enquadram no conceito de receitas operacionais, conforme se observa do citado pronunciamento abaixo transcrito:

"Receita é o ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período observado no curso das atividades ordinárias da entidade que resultam no aumento do seu patrimônio líquido, exceto os aumentos de patrimônio líquido relacionados às contribuições dos proprietários."

Regulamento do ICMS, o qual estabelece a necessidade do contribuinte emitir nota fiscal no momento em que entrar no estabelecimento, real ou simbolicamente, mercadoria ou bem. Assim, é possível afirmar que o procedimento adotado pela Umicore de emitir nota fiscal de entrada está em consonância com aquilo disposto na legislação fiscal vigente. No que tange ao CFOP utilizado na nota fiscal de entrada, entendemos que o mesmo reflete a destinação pretendida da matéria prima pela Umicore e, portanto, o CFOP utilizado pela Sociedade está condizente com a natureza da transação realizada pela Sociedade;

A Umicore, com base em seu relatório de produção, demonstra a entrada do ouro bruto como insumo e sua remessa para o processo de refino, bem como é possível identificar o ingresso no estoque de produto acabado; e

As entradas de ouro entre outubro de 2006 e dezembro de 2012, em sua totalidade, foram destinadas ao processo industrial como insumo, não tendo sido dada qualquer outra destinação diversa, tal como ativo financeiro.

(...) (g.n.).

14. Percebe-se, pois, que segundo o citado parecer contábil, a *integralidade* do ouro adquirido pela recorrente junto as DTVM's no período fiscalizado foi utilizado na qualidade de insumo para a sua produção, o que, conjugado com os equívocos quanto aos registros contábeis perpetrados pelas DTVM's, desvela a verdadeira natureza da operação empresarial aqui debatida: a aquisição de ouro mercadoria e não de ouro ativo financeiro.

15. Tais conclusões são reforçadas quando se observa as notas fiscais emitidas pelas DTVM's para a recorrente (fls. 684/806), tal como a exemplarmente colacionada abaixo:

 FD'Gold DTVM LTDA Av. Paulista, 1.159 - 13º and. - sala 1.314 Cerqueira Cesar - São Paulo - SP FONE: 11 3549.5070 / 3549.5072 CNPJ: 08.673.569/0001-20		NOTA FISCAL DE REMESSA DE OURO SÉRIE: U - 01 (EXTRAÍDA EM 5 VIAS) 0427 Data da Emissão: 06/01/09 1ª Via Branca 2ª Via Antecipada 3ª Via Reca 4ª Via Junt 5ª Via Verde	
NATUREZA DA OPERAÇÃO Dígitais Remessa			
1 - IDENTIFICAÇÃO DO DESTINATÁRIO CNPJ 96.206.313/0006-84		Inscrição Estadual	
Razão Social Unicoes Brasil Ltda			
Endereço (Rua, Av., Praça, etc) Rua Américo Chi		Número 171	Complemento
Bairro/Distrito Itapicica	Município (Cidade) Guarulhos	UF SP	CEP 07042-110
2 - IDENTIFICAÇÃO DO CUSTODIANTE Banco Praça			
3 - CARACTERÍSTICAS DA OPERAÇÃO			
ESPECIFICAÇÃO	QUANTEM GRAMAS	VALOR EM R\$	ORIGEM Município
NNO Nº 0453	4.235,30	225.626,27	Dos Paulo SP
NNO Nº 0455	1.910,10	96.519,97	Dos Paulo SP
TOTAIS	6.145,40	322.146,24	
Quantidade Total por Extensão <i>Reis em 2 quantos e cinco gramas e quantos</i>			
OBS.: Operação efetuada pelo POSTO DE COMPRA do Município de SÃO PAULO - SP			

16. Ao se analisar o campo "característica da operação" da nota fiscal alhures o que se observa é a transferência do ouro mercadoria, inclusive com a indicação da quantidade de gramas que está sendo transferida da DTVM para a recorrente. Se de fato a operação fosse de venda de ouro como ativo financeiro, o que seria transmitido da DTVM para a recorrente seria um direito, materializado em um título e lastreado em ouro, mas não o metal precioso propriamente dito.

17. Diante deste quadro e, em especial, levando em consideração as particulares circunstâncias fáticas que gravitam em torno do caso em julgamento, resta claro que a recorrente de fato adquiriu ouro mercadoria e, como tal, faz jus a manutenção dos créditos indevidamente glosados pela fiscalização.

18. Nesse sentido, ousou divergir do d. Relator do caso para **dar integral provimento** ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

19. É como voto.

(assinado digitalmente)

Diego Diniz Ribeiro