MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16095.720335/2011-37

Processo nº	16095.720335/2011-37
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**3401-010.107 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	23 de novembro de 2021
Recorrente	UMICORE BRASIL LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/01/2008, 31/10/2008

PIS/Cofins. Direito Creditório. Ouro Ativo-Financeiro. Incabível.

Não incide PIS (ou a Cofins) sobre a receita decorrente da venda de ouro ativo-financeiro de uma Instituição Financeira para a Indústria ou comércio, e, consequentemente, não gera direito creditório o valor da aquisição do bem (ouro financeiro), mesmo que venha a ser depois aplicado como insumo na atividade da empresa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Data do fato gerador: 31/01/2008, 31/10/2008

PIS/Cofins. Direito Creditório. Ouro Ativo-Financeiro. Incabível.

Não incide a Cofins (ou PIS) sobre a receita decorrente da venda de ouro ativo-financeiro de uma Instituição Financeira para a Indústria ou comércio, e, consequentemente, não gera direito creditório o valor da aquisição do bem (ouro financeiro), mesmo que venha a ser depois aplicado como insumo na atividade da empresa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidos Fernanda Vieira Kotzias e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Fez sustentação oral, o patrono do contribuinte, Dr. Natanael Martins OAB/SP nº. 60.723 - MFT, Martins Franco Teixeira – Advocacia Empresarial.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias – Relator/Presidente.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luís Felipe de Barros Reche, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Gustavo Garcia Dias dos Santos, Fernanda Vieira

Kotzias, Mauricio Pompeo da Silva, Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Ronaldo Souza Dias (Presidente).

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** (fls. 1539 e ss) interposto contra decisão contida no Acórdão nº **14-63.790 - 4ª Turma da DRJ/RPO** de 24/01/17 (fls. 1489 e ss), que considerou improcedente a Impugnação (fls. 1299 e ss) interposta contra os Autos de Infração (fls. 1284 e ss), que constituíram crédito tributário, a título de PIS e de Cofins, nos montantes de R$172.981,78 (PIS, multa e juros) e de R$803.443,31 (COFINS, multa e juros), referentes a **janeiro e outubro** de 2008.

I - Do Auto de Infração e da Impugnação

O relatório da decisão de primeiro grau (fls. 388 e seguintes) resume bem o contencioso até então, aqui se o transcreve nas partes mais importantes:

> Neste processo está se discutindo a glosa de créditos em todos os meses do ano 2008 das contribuições da Cofins e do PIS (fls. 461 a 466), que geram por consequência, após sua recomposição e apuração, débitos das citadas contribuições apenas nos meses de janeiro e outubro de 2008 (fl. 1.296, 1.281, 1.289 e 1.283), sendo necessária a lavratura de Autos de Infração para constituição de crédito tributário (Cofins fls. 1.291 a 1.297, e PIS fls. 1.284 a 1.290), conforme Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades Fiscais (TCIF, fls. 1.258 a 1.279) e planilhas anexas (fls. 1.280 a 1.283, em formato PDF), cuja ciência ocorreu em 21/12/2011 (flS. 1.295 e 1.288). Glosas essas relacionadas apenas pela 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).
>
> (...)
>
> No TCIF a autoridade fiscal assim relatou, parcialmente, o presente lançamento (com destaques nossos):
>
> *[...]*
>
> ***5-DO CREDITAMENTO IRREGULAR NA COMPRA DE OURO***
>
> *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,*

Documento nato-digital

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 politica cambial do Pais, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (art. Io , Lei n° 7.766, de 11/05/89). Em relação ao caso em questão, não restam dúvidas de 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 do 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 financeiro, logo em seu artigo 1º:

[...]

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 artigo 4º e 8º da Lei 7.766/89:

Documento nato-digital

[...]

Destaque-se que a operação praticada pelo Contribuinte, onde adquiriu 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) não significa que toda a operação de alienação do ativo tenha sido submetida à tributação.

Documento nato-digital

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, extraindo 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 reposta 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 do 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 da 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:

Documento nato-digital

Art. lº Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa das referidas contribuições.

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 n° 0957, de 22/07/1999 publicado no DOU de 10/08/1999, Seção I, p 1, cujo texto, em parte, está transcrito a seguir:

"A Constituição pretérita estabelecia que o ouro estava sujeito ao imposto único sobre minerais - IUM, nas operações realizadas com o ouro antes da industrialização. Com a industrialização, o ouro se submetia ao IPI e ao ICM: a operação de industrialização, ou a produção de mercancia, tendo por base o ouro industrializado, o ICM.

A Constituição de 1988 inovou: não há imposto único sobre minerais. Em estado natural, ou industrializado, o ouro está sujeito, nas operações mercantis, ao ICMS. Todavia, se utilizado com ativo financeiro, estará o ouro sujeito ao IOF. (C.F., art. 153, § 5º; art. 155, § 2°, X, c) .

Desaparecida essa condição - utilização como ativo financeiro - submeter-se-á ao ICMS, nas operações mercantis. (José Alfredo Borges, "As e o regime Jurídico Receita do ICMS ao Ver. Jurídica da da Fazenda Estadual - operações com Ouro da Repartição da Município", in Procuradoria-Geral Minas Geral", 13/9)

Com propriedade, pois, escreveu o então Juiz Ari Pargendler, no voto que embasa o acórdão recorrido, 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".

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 N° 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

Documento nato-digital

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. [...]

6- DAS GLOSAS EFETUADAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

***Diante de todo o exposto, consideramos que não cabe o crédito das Contribuições efetuadas na aquisição de ouro, quando adquirido de empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários e consequentemente procedemos às glosas dos referidos créditos** e cujas planilhas "Demonstrativo das Glosas de Crédito de PIS e COFINS Sobre Aquisição de Ouro Financeiro", por trimestre, fazem parte do presente Termo de Constatação e Verificação de Irregularidades Fiscais.*

Nos meses onde os créditos reconhecidos não foram suficientes para fazer frente aos débitos do mês, as diferenças entre esses valores foram constituídas através de Autos de Infração dos quais o presente Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades Fiscais é parte integrante.

As glosas de créditos de PIS/COFINS apropriados sobre aquisições de ouro financeiro estão relacionadas nas folhas 461 a 466, e os dois períodos que estas glosas geraram débitos constam dos demonstrativos de folhas 1.280 a 1.283, vide linhas "Glosa" ou que geraram débitos a lançar, conforme linha "Valor a ser constituído via Auto de Infração".

Por sua vez o contribuinte apresentou sua impugnação (fls. 877 a 912) em 19/01/2012, com extensos arrazoados nos seguintes tópicos: l. 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

Documento nato-digital

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 nºs 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 (janeiro e outubro de 2008), 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 TVIF 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 pleiteado pela impugnante 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 França 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 negocial 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: [...]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: [...]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

Documento nato-digital

Juiz Ari Pargendler, nos autos da arguição de inconstitucionalidade n° 92.04.09625-0/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.***

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 ouro, mas sim a destinação dada a referido bem 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.*

Documento nato-digital

Destaque-se que a Coimpa especificamente citada pela d. fiscalização, foi responsável pela aquisição de 44,51% do total das vendas realizadas em 01 e 10/08 para a ZFM (doc. 10), sendo que os demais 55,49% referem-se a clientes não relacionados à Impugnante. Isso demonstra, indiscutivelmente, que existe propósito negocial (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 Umicore 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. A Impugnante é 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).

Documento nato-digital

Ademais, temos que:

a) No exercício de 2008, a Coimpa adquiriu 56,71% do ouro em lingotes vendidos pela Umicore, enquanto que empresas não relacionadas responderam por 43,29% das vendas (doe. 10). Já nos meses autuados (janeiro e outubro), o percentual foi de 44,51% para a Coimpa e 55,49% 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;

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 consequente 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 de todas as alegações citadas ao longo do presente petitório.

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, 8 e 9 - 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. 10 - Planilha relativa aos adquirentes dos lingotes fabricados pela Umicore, valores e percentuais; Doc. 11 - Jogo de notas fiscais fatura de saída, que subsidiam a planilha indicada como doc. 10 e comprovam as informações lá constantes; e Doc. 12 - Auto de infração e imposição de multa.

Documento nato-digital

O contribuinte ainda juntou de forma extemporânea e sem previsão legal (em 03/08/2012, fls. 1.468 a 1.470, e anexos fls. 1.471 a 1.478) uma manifestação, tratando de acórdão do CARF **em relação a crédito presumido do IPI** de uma indústria de jóias.

É o relatório.

II – Da Decisão de Primeira Instância

O Acórdão de 1º grau julgou improcedente a Impugnação, argumentando, em resumo, que:

(...)

Iniciamos a análise no contexto do contribuinte. Como se observa abaixo, se trata, na época, de uma pessoa jurídica constituída sob a forma de Sociedade Limitada, que possui três sócios, sendo o majoritário (com 99,9999988% das quotas) uma pessoa jurídica domiciliada em Luxemburgo, um sócio (com 0,0000006% das quotas) alemão e outro sócio (com 0,0000006% das quotas) sueco, residentes no Brasil:

(...)

Desta forma, fica demonstrado que o contribuinte tem atividade em diversas outras áreas (que geram a maior parte de suas receitas) além da atividade em discussão com o ouro, mas também outro metais (preciosos ou não) como o irídio, a platina, a prata, o paládio, o ródio, o rutênio, o cobre e o níquel, dentre outros, também e relevante é a fabricação de catalizadores automotivos, produtos químicos, petroquímico etc, e recicla materiais. Quanto ao ouro, ele o obtém também da reciclagem e faz o seu refino.

Quanto ao produto objeto da discussão, o ouro (ou do inglês *gold*) pode ser aglomerado em Lingotes[1] ou em barras de ouro (ou do inglês *Bullion*). Sendo "Au" o seu símbolo atômico na tabela periódica.

Abaixo um estudo da UFRGS com algumas informações sobre o ouro e seus usos:

(...)

Abaixo outro trabalho referente ao ouro elaborado pelo Instituto dos Museus e da Conservação (normas de inventário), ligado ao Ministério da Cultura, com apoio de diversos órgãos e entidades, inclusive com colaboração do Centro de Formação Profissional da Indústria de Ourivesaria e Relojoaria, que também traz informações sobre o uso do ouro:

(...)

Após os esclarecimentos acima sobre o ouro, o que são os quilates / milésimos, da impossibilidade de a "olho nu" quantificar o material, havendo muito engano quanto a sua cor e qualidade, que ele se encontra na natureza normalmente em estado puro em forma de pepitas, da necessidade das ligas, **observa-se que a indústria de jóias não se utiliza do ouro puro, em que pese ser um metal estável, ele é muito mole e não resistente em estado próximo da pureza, motivo pelo qual ele deve ser ligado com outros metais mais duros**. Pelo princípio da verdade material, efetuamos novas pesquisas / consultas.

A seguir consulta na TIPI da classificação do ouro (71.08), sendo que na posição 7108.12.90 (classificação utilizada pelo contribuinte em suas NF de entrada de ouro em discussão, compra para industrialização) seria de ouro em outras forma brutas que não

Documento nato-digital

em bulhões e deu saída como 7108.13.90. Também demonstramos parte da classificação dos artefatos de joalheria e de ourivesaria (71.12 1 71.14):

(...)

Abaixo reprodução parcial de uma nota fiscal eletrônica de entrada emitida pelo contribuinte (com destaques nossos), onde consta expressamente que a base legal para não incidência do ICMS foi o art. 7º, inciso XI, do Decreto nº 45.490/2000 (Estado de São Paulo/SP):

(...)

Abaixo o conteúdo da citada base legal, ou seja, **o contribuinte reconhece que o ouro adquirido não era mercadoria, já que aplicou a ele a norma de não incidência do ICMS sobre o ouro ativo financeiro / instrumento cambial**:

Artigo 7.º- O imposto não incide sobre *(Lei Complementar federal 87/96): [...]****XI- a operação com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;***

Por outro lado, abaixo consta dados das notas fiscais de negociação e de remessa do ouro ativo financeiro adquirido pelo contribuinte da S.K. DTVM Ltda. (dentre outras), que se coadunam com o art. 3º da IN SRF nº 49/2001:

(...)

Uma Sociedade Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (DTVM) é regida pela Resolução nº 1.120 (e alterações posteriores) do Banco Central do Brasil (BCB), abaixo parcialmente transcrito, destaques nossos, **que não prevê a venda de ouro mercadoria**:

(...)

Desta forma, não há dúvida alguma que o contribuinte adquiriu o ouro como ativo financeiro de sociedades DTVMs (que se aplicam as mesmas regras de instituições financeiras, e são fiscalizadas pelo BCB e pela CVM), e não como mercadoria, mesmo porque, se o fosse como mercadoria, teria ocorrido na operação anterior a tributação pelo ICMS, pelo PIS e pela Cofins, nos moldes da não cumulatividade, bem como não teria sido emitida notas fiscais de remessa de ouro nos moldes da IN SRF nº 49/2001 pelas DTVMs.

Também não há dúvida quanto a DTVMs se enquadrarem como instituições financeiras. O que significa dizer que a compra de ouro pela contribuinte se deu de pessoas jurídicas integrante do sistema financeiro, portanto nenhuma dessas aquisições de ouro em discussão se deu como mercadoria, mas como instrumento financeiro, ou seja, tais pessoas jurídicas destinaram o ouro ao contribuinte como tal (instrumento financeiro).

As NFs de entrada de ouro emitidas pelo contribuinte e glosadas pela autoridade fiscal (**se deram apenas pela sua filial 0006-84**, sediada em Guarulhos/SP), juntamente com as notas fiscais de remessa do ouro e ainda as de negociação desse metal, que se encontram juntadas aos autos às folhas 481 a 642 (esparsas) e 874 a 1.026, e todas nos mesmos moldes das acima. Ocorre que como se vê nas notas fiscais de aquisição emitidas pelo próprio contribuinte ele declara a entrada de ouro como mercadoria, como se vê nas descrições do produto.

(...)

Analisamos das notas fiscais de entrada (aquisição) emitidas pela filial 0006 do contribuinte em que ele declara tratar-se de "compras para industrialização" alocados na

Documento nato-digital

linha de bens utilizados como insumo nos Dacons. Não observamos entradas de ouro de pessoas jurídicas ou pessoas físicas do exterior. O contribuinte também presta serviço com ouro ativo financeiro, para mineradoras de ouro e/ou para pessoas físicas;

Não localizamos saída alguma de ouro para o mercado externo, exportação, ou seja, ele foi todo vendido para o mercado interno (não havendo que se falar em crédito rateado para o ME deste ouro, outra falha na apuração do contribuinte);

O contribuinte vende praticamente a totalidade do ouro para pessoas jurídicas sediadas na Zona Franca de Manaus e em Áreas de Livre Comércio, vide fls. 1.392 a 1.393, emitiu suas NF informando que a tributação do PIS e da Cofins se dá por alíquota zero, pelas normas da legislação estadual do ICMS há isenção, do IPI (cuja alíquota é zero) se dá por suspensão, **aqui se demonstra o "ganho" que quer ter o contribuinte ao se creditar de algo que não gerou débitos efetivos em operações anteriores sobre o ouro ativo financeiro, e que praticamente também não gera débitos na operação de venda do mesmo ouro:**

Dentre os adquirentes da Zona Franca de Manaus do ouro mercadoria vendido pelo contribuinte (filial 0006), a Coimpa Industrial Ltda. (da qual da contribuinte é controladora) concentrou em 2008 o percentual de 44,51% dessas aquisições.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CF/88) restringiu a tributação (de impostos) do ouro a apenas o IOF (abreviação para Imposto sobre Operações Financeiras**4**, e sua tributação se dá em uma única vez) se este fosse definido como ativo financeiro / instrumento cambial, não permitindo incidir sobre ele o ICMS e o IPI que são tributos que incidem sobre a mercadoria, e que caberia a lei definir quando o ouro será assim considerado, e que o seria devido desde a operação de origem (destaques nossos):

(...)

Ou seja, a CF/88 determinou que o ouro, assim definido não será considerado uma mercadoria, mas um ativo financeiro / instrumento cambial, como seria no caso das ações. **A CF/88 tratou do ouro quando for usado (destinado) como um ativo financeiro, por isso a incidência pura e simples do IOF, e essa é uma condição mais vantajosa, pois não há incidência sobre o ouro de outros impostos (como se verá nem das contribuições), ou seja, o ouro mercadoria tem custos diferentes do ouro ativo financeiro.**

Por outro lado a Lei nº 7.766/1989, veio a regular o que dispõe o art. 153 da CF/88 (destaques nossos):

(...)

Por outro lado fica evidente pelos citados dispositivos o seguinte:

a) **A destinação está apenas relacionada a ser ele utilizado no mercado financeiro como ativo financeiro / instrumento cambial** (**não** como uma mercadoria, mas como se fosse uma "moeda"). **Não tem nada a ver com o destino físico dado a ele,** não importa o que será feito com o ouro, se ele está em estado bruto ou refinado, se passará por um processo industrial ou não, se está em custódia, sendo transportado, depositado ou não, **isso em nada altera a destinação dada pela Lei e pela CF/1988**.

b) É evidente que a sua pureza define o seu valor em peso, quanto mais puro maior o valor, pois mais ouro possui em relação ao peso, portanto, refinar apenas agrega valor ao ativo financeiro, ou seja, um quilo do ativo com pureza de 50%, significa que você adquiriu 500 gramas de ouro ("equivaleria a uma moeda que representa metade do seu peso em ouro"), já um quilo do ativo com pureza de 999,9%, significa que você

Documento nato-digital

adquiriu 999,9 gramas de ouro ("equivaleria a uma moeda que representa praticamente o seu peso em ouro"), e assim sucessivamente;

c) Para ser definido como ativo financeiro / instrumento cambial o ouro deve ter sido destinado **ao mercado financeiro** (**e não há dúvidas de que o ouro adquirido pelo contribuinte o foi destinado a esse mercado**), e, conforme § 2º do art. 1º da citada lei, **pois isso se dá através da formalização de um compromisso feito por uma instituição financeira autorizada**. **Portando a destinação como tal não se dá por qualquer pessoa jurídica, ou ao seu bel prazer**, apenas pelo Banco Central ou uma instituição financeira autorizada, como é o caso das DTVMs, e isso é constatado pelas notas fiscais emitidas por elas;

d) Pela CF/88 o ouro definido como ativo financeiro / instrumento cambial **deixa de ser tratado como mercadoria**, para fins de imposição tributária de impostos, como o ICMS e o IPI, desta forma não há mais tributação sobre o mesmo sob a forma de mercadoria, pois deixou de assim ser considerado pela CF/88. Por outro lado, o ICMS e o IPI continuam a incidir sobre o ouro mercadoria, que é aquele que não teve formalizado o compromisso citado no item anterior. **Ocorrendo essa destinação**, **por uma instituição financeira autorizada, não será mais considerado mercadoria desde sua origem, e, portanto, as transações com ouro ativo financeiro / instrumento cambial serão consideradas meras operações financeiras (art. 13), e neste contexto, também não há tributação do PIS e da Cofins**;

e) Veja que essa previsão constitucional de alterar a condição do ouro de mercadoria para ativo financeiro / instrumento cambial também se relaciona a ordem financeira e econômica do Pais, bem como altera a percepção das competências, a abrangência da atividade de uma instituição financeira e as definições de crimes do sistema financeiro6, conforme artigos da CF/88 abaixo relacionados. Além disso, prescreve um benefício, se ele for assim destinado, o de não ser alcançado pelos impostos normais que incidem sobre as mercadorias, **o que o tornaria mais oneroso para os fins econômicos**, mas como uma simples "moeda" em si, não haveria tributação desses impostos sobre o mesmo. A CF/88 deu essa condição ao ouro ativo financeiro / instrumento cambial por entender importante para o País e sua economia:

(...)

f) Esse ativo financeiro / instrumento cambial poderá ser negociado em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhados, **ou no mercado de balcão**, que **sempre será considerado uma operação do mercado financeiro;**

g) É evidente que o ouro ativo financeiro / instrumento cambial é mais barato que o ouro mercadoria, pois a carga tributária é menor de um em relação ao outro, esse fato já foi abordado pela autoridade fiscal em seu Termo de Constatação e Intimação Fiscal, e também demonstrado por nós na análise das NF;

h) **As pessoas jurídicas que transacionaram o ativo financeiro / instrumento cambial com o contribuinte estão sujeitas ao regime cumulativo das contribuições da Cofins e do PIS, e nelas a tributação não se dá sobre o ouro mercadoria, mas a tributação da pessoa jurídica se dá sobre receitas de intermediação financeira**;

i) A aplicação do art. 13 da citada lei, que define a tributação da operação como financeira, renda variável, veja abaixo:

(...)

Pela Solução de Consulta abaixo, abstrai-se que **se o ouro for conceituado como um ativo financeiro (não sendo uma mercadoria) aplica-se a alíquota zero no caso das contribuições da Cofins e do PIS, para todos da cadeia produtiva que com ele transacionarem (desde sua extração, operações de tratamento, refino, transporte,**

Documento nato-digital

depósito ou custódia, conforme art. 1º da Lei nº 7.766/89), e que estejam no regime não cumulativo (**que não é o caso das Instituições Financeiras, como as DTVMs, estas não tributam o ouro como insumo/mercadoria, a tributação de suas receitas pode até nem gerar tributação, como já prescreveu a autoridade fiscal em seu TCIF**):

(...)

Abaixo informações extraídas do site da Parmetal, **em que fica claro a possibilidade de recompra do ouro vendido por ela**, e de que a mesma não possui inscrição estadual, por ser isenta, ou seja, não opera com ouro mercadoria, diferentemente do grupo Marsam (conforme pesquisas no parágrafo seguinte):

(...)

Já no site da Marsam, constata-se que aquele que quer adquirir o ouro mercadoria o grupo Marsam dispõe de uma pessoa jurídica que lida com a venda de ouro mercadoria, entretanto em seu site é expresso que a venda como mercadoria se dará da seguinte forma: "**Na comercialização do ouro mercadoria, são embutidos os impostos federais do PIS e da COFINS além do ICMS**", desta forma, poderemos sem sobra de dúvida declarar que se o contribuinte adquirir esse ouro mercadoria da Marsam Metais S/A poderá se creditar desses tributos, por outro lado, se ela adquirir como ativo financeiro / instrumento cambial não poderá se creditar desses tributos:

(...)

Insta notar ainda que no site da Umicore Brasil, ao selecionarmos a Coimpa, todos os contatos devem ser feitos **através da unidade Guarulhos**, local em que a Coimpa não tem filial registrada, em que pese constar no site o seu telefone em Manaus (sede):

(...)

RECEITAS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - INTERMEDIAÇÃO FINANCEIRA:

Em que pese tratado pela autoridade fiscal em seu termo, abaixo transcrevemos parte do Parecer PGFN/CAT/Nº 2773/2007, sobre o PIS/PASEP e COFINS, que trata da base de cálculo das contribuições devidas pelas instituições financeiras e seguradoras após o julgamento do RE 357.950-9/RS, **onde fica claro que as Instituições Financeiras tem como receita apenas e simplesmente serviços para fins tributários, e destes a receita pelo serviço de intermediação financeira**, não tendo receitas pela venda de mercadorias, conotação esta dada ao ouro ativo financeiro / instrumento cambial apenas pelo contribuinte, ao considerá-lo insumo desde a sua aquisição:

(...)

Abaixo consulta na internet que fizemos quanto a DRE (Demonstração de Resultado do Exercício) da F.D'Gold DTVM de quem o contribuinte adquiriu ouro ativo financeiro, em que só há registro de receitas sobre intermediação financeira, como já tratado pela autoridade fiscal em seu TCIF:

(...)

Em que pese não termos localizado as DREs dos anos sobre auditoria, essas DREs demonstram de fato que as DTVMs apenas declaram receitas de intermediação financeira, e como se vê, em valor bem módicos (demonstrando não ter sentido algum entender que o ouro vendido por eles gerou tributação do PIS e da Cofins e que o contribuinte teria a quantidade de créditos que suplantem todos os seus débitos das contribuições de todas as outras atividades da pessoa jurídica e ainda restem créditos

Documento nato-digital

para abater outros tributos devidos pela referida pessoa jurídica**, seria um benefício fiscal que extrapola qualquer razoabilidade, além é claro de estar gerando tratamento desigual com pessoas jurídicas que vendem o ouro mercadoria cujo custo será muito maior, veja o caso da Marsam Metais S/A), o que se coaduna com as informações do termo lavrado pela autoridade fiscal.**

(...)

Resta claro, portanto, que o ouro ativo financeiro / instrumento cambial não tem sua tributação pelas contribuições da Cofins e do PIS, **apenas as receitas de serviços financeiros da pessoa jurídica conceituada como instituição financeira (podendo a ele estarem relacionados, diga-se de passagem, se não houver prejuízos nesta operação), e isso é muito diferente da tributação efetiva sobre o seu valor pelas citadas contribuições** se fosse considerado como uma mercadoria (onde incidiria sobre seu valor total). **Aqui reside um outro ponto crítico dos créditos peticionados sobre o ouro adquirido pelo contribuinte como ativo financeiro / instrumento cambial das DTVMs, pois o contribuinte aplica sobre todo o seu valor os créditos que entende ter DIREITO (que de fato como demonstrado não incidiram), gerando as distorções tão relevantes na sua apuração, a ponto dele ter um benefício fiscal que lhe concede créditos superiores a toda sua atividade geradora de débitos das citadas contribuições, já que o ouro considerado como mercadoria tem um valor absurdamente maior do que em relação às operações financeiras a ele relacionadas e tributadas pelas instituições financeiras**. As Leis de regência das contribuições são claras, os bens utilizados como insumo devem ter sido tributados, mas este fato não ocorreu com o ouro adquirido como ativo financeiro / instrumento cambial.

(...)

Por todo já exposto acima, uma instituição financeira, pura, nunca irá vender o ouro como mercadoria, primeiro porque não consta em suas atribuições prescritas no ordenamento jurídico pátrio que ela possa fazê-lo, segundo porque ela não é contribuinte do ICMS, ou mesmo do PIS e da Cofins não cumulativos, e por estes fatos se ela vender ouro mercadoria está burlando as citadas normas, e desta forma o ouro vendido não poderia gerar crédito algum.

ALARGAMENTO DO CONCEITO DE INSUMO PARA O OURO ATIVO FINANCEIRO / INSTRUMENTO CAMBIAL E DA IRREGULARIDADE NA SEGREGAÇÃO DOS CRÉDITOS PARA O ME (MERCADO EXTERNO):

Em que pese já tratado acima dos conceitos do ouro e de nosso entendimento sobre a aquisição do ouro pelo contribuinte como ativo financeiro / instrumento cambial e não como mercadoria (insumo), aqui vamos tratar sobre outro foco.

O objetivo último das contribuições em tela é garantir os recursos financeiros necessários à efetivação do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento da seguridade social, princípio supremo estabelecido no art. 194 da Constituição Federal que, por sua vez, é essencialmente ligado a um dos objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme consagra o inciso I do art. 3º da Carta Maior.

Acrescente-se que as contribuições sociais são tributos especiais e, por isso, são regidas por princípios também especiais, diferentes dos princípios peculiares aos tributos em geral (comuns), porque elas não possuem como principal finalidade a arrecadação de recursos financeiros para o sustento de máquina estatal. As contribuições sociais visam precipuamente à realização de políticas públicas sócio-econômicas, por meio da prestação positiva de direitos sociais fundamentais, para garantir o bem-estar dos cidadãos.

Documento nato-digital

É justamente para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF/1988), que são cobradas as contribuições sociais como o PIS e a Cofins. Caso contrário, todo o sistema da Seguridade poderia sofrer graves desequilíbrios financeiros.

Com o advento da EC nº 42/2003, os comandos constitucionais pertinentes à não-cumulatividade das contribuições ao PIS e à Cofins assim passaram a prescrever sobre o tema:

(...)

Desta forma, a redação do § 12 veio a consolidar a não-cumulatividade das contribuições sociais, já prevista na legislação infraconstitucional, **trazendo a possibilidade de o legislador ordinário eleger os setores da economia que se sujeitariam ao regime não-cumulativo das contribuições**. Como se verá adiante, **a atividade financeira não foi englobada pelas Leis de regência da não cumulatividade como passível de gerar créditos da não cumulatividade.**

Assim, por determinação constitucional, o desenho jurídico da não-cumulatividade para as contribuições ficou a cargo do legislador ordinário, a quem caberá identificar os critérios, situações e condições para a fixação da regra da não-cumulatividade, tal como disposto nas Leis 10.637/02 e 10.833/03.

As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 (transcreveremos parte desta vigente nas datas dos fatos geradores, sendo que aquela tem normativos semelhantes, destaques nossos) instituíram a cobrança não-cumulativa do PIS e da Cofins, respectivamente. Essa nova sistemática de tributação, aplicável (de regra) somente para as pessoas jurídicas optantes pelo lucro real (salvo as instituições financeiras, art. 10, inciso I), baseia-se no cálculo das contribuições aplicando-se a alíquota correspondente sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica e deduzindo-se créditos calculados pela aplicação das mesmas alíquotas a dispêndios efetuados, todos taxativa e exaustivamente relacionados nas normas instituidoras:

(...)

Não se pode estabelecer similaridade entre a não cumulatividade das contribuições da Cofins e do PIS, com as prescritas na CF/1988 para o IPI e o ICMS11, pois para estas a regra da não cumulatividade é obrigatória e abrange toda a cadeia, **já as prescritas para as citadas contribuições não, como já visto acima (§ 12 do art. 195), assim como existem pessoas jurídicas que continuam na sistemática da cumulatividade**, que diga-se de passagem é a grande maioria das pessoas jurídicas (instituições financeiras, dentre outros prescritos no art. 10 da Lei 10.833/2003).

Permitir que o conceito de insumo seja ampliado irrestritamente, com a inclusão de um bem recebido como ativo financeiro / instrumento cambial como sendo um insumo, equivale ao desvirtuamento da base de cálculo das contribuições ora *in foco*, e ao esvaziamento da responsabilidade social destas empresas para com a seguridade social, em flagrante afronta aos ditames legais e constitucionais, inclusive a prescrição do art. 150, § 6º da CF/1988:

(...)

Quanto à possibilidade de ampliação do termo insumo para o ouro ativo financeiro / instrumento cambial no âmbito da não cumulatividade e dos gastos que dão direito a crédito, que, de acordo com o art. 111 do Código Tributário Nacional (CTN), interpreta-se literalmente a lei que disponha sobre exclusão ou suspensão de crédito tributário, e o seu art. 97 dispõe que somente a lei pode reduzir tributos e definir as hipóteses de exclusão e extinção do crédito tributário, assim, não cabe estender o direito de

Documento nato-digital

aproveitamento de créditos da não cumulatividade a itens não previstos expressamente na legislação de regência.

Também se observa que o crédito presumido prescrito na lei nº 9.363/96, conforme o art. 14 da Lei 10.833/03 acima transcrito, não se aplica ao contribuinte, não havendo que se falar em similaridade ou eventuais acórdãos paradigmas.

Conclui-se que a concessão de créditos em valores superiores ao permitidos e enumerados pelas Leis nºs 10.833/2003 e 10.637/2002 (de regência das contribuições da Cofins e do PIS respectivamente) utilizando-se de ampliação indevida do conceito de insumo (base de cálculo), e que serão deduzidos dos débitos de tais contribuições (fato gerador - faturamento mensal, art. 1º das citadas leis), afronta o § 6º do art. 150 da CF/1988 retro citado, que além de ser excepcional, somente é justificável constitucionalmente se objetivar a proteção de um outro bem jurídico também estabelecido no ordenamento constitucional de igual ou maior relevância e, também, desde que não haja o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro. **O que aqui não ocorre**.

Agora já podemos responder a algumas perguntas:

1) Se uma pessoa física ou jurídica adquirir esse ativo financeiro / instrumento cambial no mercado de balcão de uma DTVM e decidir levá-lo para seu estabelecimento ou sua casa, ele passa automaticamente (como se "num passe de mágica") a ser considerado mercadoria, como se a destinação dada pela CF/88 e pela Lei de regência não "valessem mais"? **A nosso ver, a destinação foi dada antes pela DTVM, e ao vendê-lo como tal não é o adquirente na operação de entrada (compra) que altera essa destinação, a lei permite a DTVM vendê-lo em mercado de balcão para um pessoa jurídica qualquer (comercial ou mesmo industrial) ou até mesmo para uma pessoa física**.

2) Quando o ouro é destinado ao mercado financeiro (**e não há dúvidas de que o ouro adquirido pelo contribuinte o foi destinado a esse mercado**), seria plausível discutirmos qual a sua pureza, se em bruto ou refinado, se quem está com sua posse o está efetuando uma atividade industrial de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia? É evidente que não, a lei já nos deu esta resposta;

3) Poderia a FD' Gold DTVM Ltda. ou a Dillon S/A DTVM terem destinado o ouro como mercadoria ao contribuinte? Entendemos que não, pois elas sequer possuem inscrição estadual, conforme consultas ao Sintegra tratados acima em nota de rodapé, para operar com mercadoria (e pagar o ICMS e o IPI como tal, e como é uma instituição financeira pura, não paga PIS e Cofins sobre o ouro mercadoria pelo regime não-cumulativo).

4) Poderia uma operação de compra desse ativo financeiro ser "adulterada" para se enquadrar como uma compra de mercadoria? É evidente que não poderia ser enquadrada como um aquisição de mercadoria, pois, quem a destinou, destinou como ativo financeiro, e quem fez isso foi uma Instituição Financeira que emitiu os documentos legais neste sentido, notas fiscais prescritas na IN 49/2001. Além do mais o contribuinte que o adquiriu poderia a qualquer momento vendê-lo como ativo financeiro / instrumento cambial novamente para uma DTVM (recompra) ou como mercadoria como o fez. **Essa situação só ficou definida pela operação seguinte, que foi a de venda como mercadoria, conforme NF de saída, antes não;**

5) Quando e como o ouro poderia deixar de ser ativo financeiro / instrumento cambial, se foram obedecidos os ditames constitucionais e legais para o considerar ativo financeiro / instrumento cambial? Como vimos nunca essa alteração de condição do ouro se dará por uma instituição financeira pura, é necessário que uma pessoa jurídica comercial ou industrial faça a alteração dessa condição destinando o ouro como mercadoria para só então iniciar a regra da não cumulatividade prescrita na CF/1988 ao ouro mercadoria, e isso só ocorreria na primeira operação tributada do ouro como

Documento nato-digital

mercadoria (não há operação anterior que gerou tributo sobre o ouro mercadoria, assim não há crédito anterior, quer seja do ICMS, do IPI, do PIS ou da Cofins), e apenas a partir dessa venda, com a aplicação das normas legais e vigentes dos tributos incidentes sobre as mercadorias (ICMS, IPI, PIS e Cofins), ele poderá ser considerado como tal, "mercadoria", pois o adquirente resolveu "retirar" o ativo financeiro / instrumento cambial do mercado financeiro, e negociá-lo como mercadoria, neste caso será a primeira destinação para fins mercantis que se opera com a sua primeira venda como mercadoria (nunca com a compra, a compra não destina nada, a operação de refino não deu destino diverso ao ouro, apenas o concentrou, a destinação diversa deu o contribuinte Umicore ao vendê-lo como mercadoria, conforme comprovam suas NF de saídas, e não suas NF de entrada).

Isso fica evidente também quando analisamos que não há porque beneficiar (de benefício fiscal) quem deu destino diverso ao ouro ativo financeiro / instrumento cambial prescrito na CF/1988. Quem retirar o ouro dessa condição mais vantajosa prescrita na CF/1988 deverá arcar com suas consequências, pois o custo deste ouro que teve até então incidência apenas do IOF (destinação incentivada), deverá agora agregar o custo dos outros tributos e contribuições, desta forma, com a agregação de todos os tributos e contribuições esse ouro que foi dado destino diverso do prescrito na CF/1988 terá um custo maior, portanto, esse fato por si tem o objetivo de tornar inviável economicamente essa prática que desnaturou a destinação incentivada dada pela CF/1988, já que o ouro ativo financeiro / instrumento cambial foi eleito mais importante para o País e para sua economia, do que o ouro mercadoria.

O contribuinte apresentou um laudo, parcialmente reproduzido

(...)

Como se observa, o Laudo trata do ouro puro produzido pela Umicore e é claro quanto ao processamento do ouro em lingotes **de apenas 1 kg, com a pureza de 99,99%,** inclusive trata da qualidade "**good for delivery**". Entretanto, a simples análise das NFs juntadas referente as NF de saídas **se verifica que o contribuinte deu saída de ouro em lingotes** ["Ouro em lingotes (JIM)"] **cuja descrição da mercadoria não especifica a sua pureza**, além de ter dado saída ao ouro sobre outra forma que nem confere com o do laudo, como "Lamina ouro".

No caso do ouro em lingotes, as quantidades dos mesmos nem sempre são múltiplos de 1.000 gramas (ou 1 kg) como consta do laudo, veja, por exemplo o caso da NF juntada na fl. 1.399 (dentre diversas outras, fls. 874 a 1.026, vide também parte da relação juntada pelo contribuinte às fls. 1.392 a 1.393) contendo "ouro em lingotes" em nome da Ciala emitido em 28/10/2008 com um total de 2,700 kg, e existem diversas outras notas com quantidades que não conferem com o laudo acima, e fica evidenciado desta forma que o processo produtivo constante do item 3.2 do laudo não espelha a realidade das vendas.

Elaboramos as tabelas seguintes para demonstrar que as bases de cálculo dos créditos do contribuinte relacionados ao ouro em discussão (linha 02 - bens utilizados como insumo - ficha 16A - Cofins ou 06A - PIS), constante dos Dacons são muito relevantes em relação a todas as outras que geram créditos para o contribuinte, conforme se vê abaixo as bases de cálculos desses créditos em discussão correspondem a 26,09% do ano 2008 (índice indicado por B, calculado com a junção das fichas 16A e B e 06A e B, que tratam de bases de cálculo de créditos gerados do mercado interno e das importações), se analisarmos apenas as fichas 16A ou 06A esse índice é de 59,21% (índice indicado por A) o que também denota ser desarrazoado seu entendimento:

(...)

Por outro lado, se analisarmos nos Dacons quanto representou as aquisições do ouro em discussão (filial 0006) em relação às vendas totais da pessoa jurídica, outra não é a

Documento nato-digital

> conclusão final, pois o percentual é baixo (7,11%) em relação aos percentuais relevantes de créditos peticionados (59,21% da base de cálculo dos créditos das fichas 06A/16A), sendo "A" e "B" dados extraídos dos Dacons (tabelas acima):
>
> (...)
>
> De toda forma, conforme prescrição legal já transcrita acima, o bem (ouro) para gerar crédito das contribuições da Cofins e do PIS deverá ter sido tributado em operações anteriores, fato que não ocorreu com o ouro ativo financeiro / instrumento cambial, conforme já explanado acima, e não importa se a pessoa jurídica que o vendeu efetua pagamentos das citadas contribuições sobre outras operações tributáveis, pois a instituição financeira é tributada pelas contribuições sociais por meio de suas receitas de intermediação financeira, e não pela venda do ouro ativo financeiro / instrumento cambial, e a condição que possibilita a apuração de créditos é de que o bem tenha sido tributado e não a pessoa jurídica.
>
> (...)
>
> Por todo exposto, voto pela improcedência da impugnação, e com a consequente manutenção integral do crédito tributário lançado, devido a glosa de créditos calculados com base no ouro ativo financeiro / instrumento cambial adquiridos.

III – Do Recurso Voluntário

No Recurso Voluntário, a recorrente recuperou parte substancial de sua argumentação contida na Impugnação. Em síntese do próprio Recorrente, os pontos suscitados são os seguintes:

> 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, ainda que sobre o valor da intermediação financeira.
>
> 2) O crédito de PIS/Cofins sobre aquisição do ouro ativo financeiro, no momento de sua destinação como insumo industrial, está fundado na base legal que determina a incidência das contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, e permite o desconto do crédito calculado, dentre outros, sobre a aquisição de bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda.
>
> 3) O ouro adquirido pela Recorrente é insumo empregado diretamente em seu processo industrial.
>
> 4) A não-cumulatividade do PIS e da Cofins não pode ser tratada como se de IPI e ICMS fosse, conforme fez a decisão recorrida.
>
> 5) A destinação dada ao bem. na operação que originou o fato gerador, foi de mercadoria (insumo de processo industrial).
>
> a. A destinação somente pode ser definida a partir da perspectiva do comprador, único na relação que determina qual será o destino do bem.
>
> 6) O Banco Central não define a destinação do ouro.
>
> 7) As operações realizadas com contribuintes localizados na Zona França de Manaus de modo algum permite a acumulação de créditos inexistentes.

Vale ainda destacar os seguintes excertos da fundamentação da Recorrente:

Documento nato-digital

(...)

A Recorrente é indústria que utiliza ouro como insumo. Situação atípica, que "transforma ativo financeiro em mercadoria (insumo de processo industrial)", distanciando-se da regra geral das operações com ouro.

Relevante pontuar, também, que a Constituição Federal desonerou de determinados impostos os ativos financeiros por razões extrafiscais, mas igualmente correto é o fato de que a Recorrente entrou nessa cadeia porque não há ouro "mercadoria" disponível no mercado, já que as mineradoras exportam quase toda a sua produção, e em menor volume destina-a ao mercado financeiro.

(...)

No que importa à questão sub judice, são necessários os seguintes requisitos à apuração de créditos:

(i) Que os bens adquiridos sejam utilizados como insumo na produção de bens da adquirente; e

(ii) Que os bens adquiridos tenham se sujeitado ao pagamento do PIS e da Cofins.

No entendimento da 4ª Turma de Julgamento, nenhum dos dois requisitos teria sido cumprido, visto que. supostamente, (i) os bens só poderiam ser considerados insumos se adquiridos como mercadorias e (ii) não teria havido recolhimento de PIS e Cofins sobre o fato gerador da venda, mas apenas da intermediação financeira, o que impediria o desconto de créditos:

(...)

Ao afirmar que somente o ouro "mercadoria" geraria créditos de PIS e de Cofins, os julgadores restringiram a letra da lei, que, em sentido contrário, permite a apuração de créditos relativos a **todo e qualquer bem utilizado** como insumo no processo produtivo ou na prestação de serviços.

(...)

Ou seja. a sistemática não-cumulativa do PIS-Cofins foi instituída para se evitar a cobrança em cascata, que puniria injustamente contribuintes com cadeias produtivas mais extensas.

(...)

Perceba-se: ainda que a Receita Federal do Brasil utilize conceito mais restrito de insumo. não há qualquer menção à necessidade de que o bem adquirido seja mercadoria, como quis fazer crer a DRJ.

(...)

Ora, em nenhum momento a Constituição exonerou as operações com ouro financeiro da incidência de *outros tributos*, mas, exclusivamente, da incidência de outros impostos, que ordinariamente gravam operações relativas à circulação de mercadorias e de produtos industrializados. Nesse diapasão, vale lembrar que a CF, quando desejou conceder imunidade às contribuições sociais, foi expressa[4].

Dessa forma, considerando que a base imponível da Contribuição ao PIS e da Cofins é o faturamento, assim entendida 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, sujeita-se, indiscutivelmente, à incidência de tais contribuições em todas as etapas de sua

Documento nato-digital

cadeia. Essa é a única conclusão possível de se construir a partir da Constituição Federal.

(...)

O ouro é ativo financeiro somente quando aplicado no mercado financeiro, ou seja, quando seu fim for o mercado financeiro. Por isso, é a destinação que confere natureza jurídica ao ouro, e não a origem da operação de compra e venda perpetrada. Se o vendedor é instituição financeira, se é contribuinte de ICMS, se opera no mercado de balcão, são elementos totalmente irrelevantes para se averiguar o direito ao crédito do ouro como insumo no processo industrial da Recorrente.

E por isso que o entendimento da DRJ abandona a importância da destinação, para valorar exclusivamente o vendedor da operação, que integra apenas um dos polos da relação jurídica que originou o fato gerador. Tal abandono mostra-se presente no esforço da decisão de (i) desvirtuar a lei, (ii) focar em apenas um dos polos da relação jurídica e não nela como um todo (o que é fundamental, pois a relação não se estabelece/caracteriza a partir da perspectiva de apenas um de seus polos) e (iii) usar, a seu favor, argumentos econômicos para demonstrar seu "inconformismo" com a situação posta.

(...)

No caso concreto, a Recorrente comprou o bem de DTVMs e o retirou do mercado financeiro, para ele não retomando. Passou por DTVMs (o que. até então, significou que sua destinação seria o mercado financeiro), mas. no curso das operações, ela foi alterada para a indústria. Mas *é somente essa última etapa que se apresenta relevante ao caso concreto, pois é a única que tipifica a destinação das operações que geraram os créditos glosados.*

Nesse sentido, mesmo com a interveniência de uma instituição financeira 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 questão, portanto, é indiscutível que se está diante da aquisição de insumos até então tidos como ativos financeiros que. em razão da destinação a eles dado, ingressou num ciclo de mercancia, passando a ostentar a qualidade de *mercadorias.*

Isso tudo não significa, entretanto, que *se uma pessoa física ou jurídica adquirir o ativo financeiro/instrumento cambial no mercado de balcão e de uma DTVM, e decidir levá-lo para seu estabelecimento ou sua casa, ele passe automaticamente (como se "num passe de mágica") a ser considerado mercadoria, como se a destinação dada pela CF/88 e pela Lei de regência não "valessem mais".* Esse foi o questionamento colocado pela decisão recorrida (fls. 44), que desconsidera a situação atípica da Recorrente, indústria voltada ao refino e industrialização do ouro. que utiliza o metal em seu processo industrial, e não qualquer pessoa física ou jurídica que, apenas excepcionalmente, poderia alterar a destinação do ouro.

(...)

O fundamento legal que autorizou a contribuinte a descontar créditos de PIS e Cofins calculados sobre a aquisição de ouro. eis que utilizado como insumo na fabricação de bens destinados à venda, é o já citado art. 3º, inciso II, das Leis n° 10.637/2002 e n° 10.833/2003, respectivamente, que assim dispõem:

(...)

Documento nato-digital

Portanto, verifica-se que o ouro, ainda que considerado ativo financeiro, deve ser entendido como um bem. Logo, tendo em vista que o resultado das operações com ouro apurado pelas DTVMs está sujeito à incidência de PIS e de Cofins, ao adquirente desse bem é incontroverso o direito ao respectivo crédito.

Mas não é só isso. Para a Recorrente, o ouro é também um insumo, o que deixa ainda mais evidente e incontestável o direito ao crédito.

(...)

O legislador assegurou aos contribuintes o direito ao crédito de Contribuição ao PIS e de Cofins sobre bens de modo geral, e não apenas sobre mercadorias, o que demonstra que a *mens legis* dessa norma é efetivamente conceder o crédito sobre todos os insumos da cadeia de produção. Faz-se essa pequena ressalva inicial apenas para registrar que o ouro adquirido pela Recorrente se enquadra perfeitamente nesse conceito, já que a empresa tem por objetivo social a industrialização de metais preciosos, e o ouro, no caso concreto, é a matéria prima por excelência.

(...)

Ora. "ouro mercadoria" ou "'ouro ativo financeiro" é uma qualidade do produto em razão da destinação a ele dada, e nada tem que ver com a incidência ou não incidência do PIS e da Cofins. senão para efeitos de determinação do regime de tributação aplicável: regime cumulativo ou não cumulativo. Enquanto "ouro ativo financeiro" e em poder de instituição financeira, como são as DTVMs, o ouro sujeita-se sim à tributação já que a receita derivada de sua alienação compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins. como típica receita operacional de negociação com ativo de renda variável.

(...)

Portanto, apesar de sujeitas a um regime diferenciado, há incidência de PIS/COFINS nas vendas feitas pelas DTVMs e, nessa medida, o direito ao crédito nas cadeias posteriores caso o bem adquirido seja utilizado pelo adquirente como insumo em seu processo de industrialização.

O fato de a alíquota e/ou a base de cálculo ser eventualmente diferenciada/reduzida da comumente aplicável a grande parte dos contribuintes é completamente irrelevante para fins de incidência, tendo em vista que o valor devido foi apurado segundo os termos da lei. É isso, portanto, que importa: havendo subsunção, a norma incide, e havendo incidência na etapa anterior, o direito ao crédito é assegurado.

(...)

Desse modo, ocorrendo incidência na etapa anterior, assiste à Recorrente o direito de descontar créditos em relação à aquisição do ouro utilizado por ela como insumo. A vedação ao crédito das contribuições sociais ocorre apenas nas situações em que há alíquota zero definida pelo legislador. Existindo a sujeição ao pagamento das contribuições, independentemente do *quantum debeatur* recolhido, faz-se mister o reconhecimento do direito creditório.

(...)

Assim sendo, se o objeto de tributação da contribuição ao PIS e da Cofins é a totalidade das receitas, evidentemente que a base de créditos para desconto das contribuições deve ser *(i)* a totalidade dos gastos que contribuem à formação desta materialidade tributável, ou *(ii)* ao menos a integralidade dos gastos listados nos artigos 3º das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003.

(...)

Documento nato-digital

> Registre-se, nesse contexto, outro equívoco da Fazenda ao citar o Decreto n° 5.442/2005 como afirmação de que sobre receitas da espécie haveria a aplicação da alíquota zero do PIS e da Cofins, eis que se trata de regra aplicável, unicamente, a pessoas sujeitas ao regime não-cumulativo ou misto de tributação, jamais a instituições financeiras.
>
> Então, se é inquestionável a sujeição das operações com ouro ativo financeiro à contribuição ao PIS e à Cofins, o que autorizaria a fiscalização glosar os créditos da Recorrente?
>
> A resposta é uma só: o fato de as DTVMs calcularem tais contribuições sobre uma base imponível diferenciada das demais pessoas jurídicas.
>
> (...)
>
> No âmbito de suas atividades, a Recorrente 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.
>
> (...)
>
> Assim, não há razão para se questionar as transações realizadas pela Recorrente com empresas situadas na ZFM, 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 Recorrente 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.
>
> (...)

A Recorrente cita legislação, jurisprudência e doutrina e, ao final, requer "*seja dado integral provimento ao recurso voluntário, a fim de que seja reformada a decisão recorrida e cancelados os autos de infração combatidos*".

Voto

Conselheiro Ronaldo Souza Dias, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade; assim, dele conheço.

Mérito

A controvérsia gravita em torno de crédito da não-cumulatividade apurado sobre o valor de aquisição de bem para fins de insumo, no caso especial de o bem ser ouro adquirido de uma DTVM.

Documento nato-digital

A Autoridade Fiscal da Unidade de origem entendeu inexistir crédito no caso, basicamente porque a aquisição do ouro pelo contribuinte não está sujeita ao pagamento da contribuição. Argumenta em síntese que *não há incidência de PIS (ou Cofins) sobre a receita decorrente da venda pela DTVM do bem ouro ativo financeiro, porque tal receita não compõe a base de cálculo daquela contribuição para as instituições financeiras. No caso, a incidência da contribuição se dá tão somente sobre as receitas das DTVMs decorrentes do serviço de intermediação financeira*.

A Recorrente, porém, alega que "*apesar de sujeitas a um regime diferenciado, há incidência de PIS/COFINS nas vendas feitas pelas DTVMs e, nessa medida, o direito ao crédito nas cadeias posteriores caso o bem adquirido seja utilizado pelo adquirente como insumo em seu processo de industrialização*."

No que pese a ampla discussão conceitual acerca do tema, notadamente, a respeito da qualificação jurídica do mesmo bem (ouro), ora como "ativo financeiro", ora como mercadoria comum, o ponto central aqui é determinar se a legislação ampara crédito das contribuições não-cumulativas apurado nas circunstâncias do caso, isto é, a compra de ouro ativo-financeiro empregado depois como insumo na indústria.

Cite-se aqui a síntese realizada pela própria Recorrente (vide RV, fl. 6), para servir de balizamento à análise neste julgamento:

> No que importa à questão *sub judice*, são necessários os seguintes requisitos à apuração de créditos:
>
> 1 - Que os bens adquiridos sejam utilizados como insumo na produção de bens da adquirente; e
>
> 2 - Que os bens adquiridos tenham se sujeitado ao pagamento do PIS e da Cofins.
>
> No entendimento da 4ª Turma de Julgamento, nenhum dos dois requisitos teria sido cumprido, visto que. supostamente, (i) os bens só poderiam ser considerados insumos se adquiridos como mercadorias e (ii) não teria havido recolhimento de PIS e Cofins sobre o fato gerador da venda, mas apenas da intermediação financeira, o que impediria o desconto de créditos.

Se admitido que o bem (ouro) adquirido das DTVM foram utilizados pelo contribuinte – *como a própria Fiscalização o admite* – como insumo em sua atividade industrial, resta a discussão do segundo ponto. E aqui vale fazer uma digressão a respeito da disciplina legal.

A distinção entre ouro-ativo-financeiro e ouro-mercadoria fora introduzida no atual ordenamento jurídico brasileiro pela própria CF/88, para o fim de instituir tributação diferenciada para o primeiro:

> Art. 153
>
> (...)
>
> § 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:

Documento nato-digital

O regime de tributação do ouro-financeiro distingue-se do regime de tributação ouro-mercadoria, a partir da regra constitucional acima citada. Nesse sentido, o ouro-mercadoria segue o regime comum de tributação válido para qualquer mercadoria, com todos os impostos incidindo normalmente (*não incide obviamente IOF!*), segundo o que determina a lei específica de cada imposto; já o ouro-financeiro segue o regime de tributação previsto para as instituições financeiras, não incidindo os outros impostos exceto IOF. Outra diferença jaz no campo das contribuições (PIS/Cofins), em que o regime de tributação do ouro-mercadoria é o regime **não-cumulativo**, mas para o ouro ativo-financeiro é o **regime cumulativo**, com leis regentes distintas: Lei nº 10.637/02 e Lei nº 10.833/03, de um lado, e Lei nº 9.718/98, de outro.

Observe-se abaixo a regulamentação legal do dispositivo constitucional mais acima citado (art. 153, § 5º da CF/88) pela Lei nº 7.776/89, que justamente dispõe sobre o ouro, ativo financeiro, e sobre seu tratamento tributário, especialmente o art. 1º e seu parágrafo 2º:

> Lei nº 7.766 de 11 de maio de 1989
>
> 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**.
>
> (...)
>
> § 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**.

Deriva-se destes excertos que o contribuinte quando compra ouro de uma DTVM, isto é, de uma instituição financeira, não está adquirindo mercadoria, mas um ativo financeiro, em razão do simples fato de que essas instituições não comercializam mercadorias. E, por conseguinte, o adquirente não adquire uma mercadoria para o fim de empregar como insumo, mas um ativo financeiro que depois o redireciona para o seu estoque e daí o emprega como insumo. A própria formalidade da transação comprova de que se trata de uma aquisição de ouro ativo financeiro, pois os documentos fiscais são aqueles específicos previstos na IN SRF 49/01 para as Instituições financeiras que operam com ouro ativo-financeiro. Cita-se abaixo excertos deste diploma normativo:

> O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 190 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 227, de 3 de setembro de 1998, e tendo em vista o disposto na Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989, e considerando a necessidade de estabelecer normas para **o controle fiscal das operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial**, resolve:
>
> Art. 1º **Instituir documentário fiscal para uso exclusivo nas operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial**, e estabelecer normas para impressão, emissão e escrituração do referido documentário.
>
> Parágrafo único. O **termo "instituição financeira",** empregado nesta Instrução Normativa, compreende todas as pessoas jurídicas autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Documento nato-digital

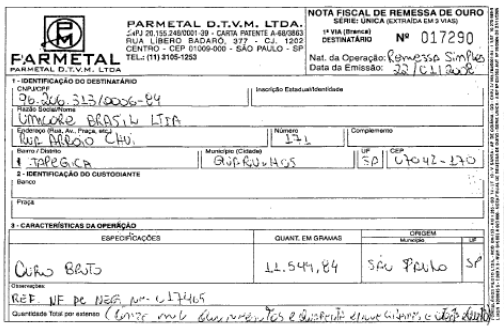
As DTVM – não há dúvida - são instituições financeiras, pois são instituídas e reguladas pelo BCB (e ainda pelo CMN), conforme Resolução BCB 1120:

> RESOLUÇÃO Nº 1.120
>
> O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada nesta data, tendo em vista as disposições do art. 4º, incisos VIII e XIII, da referida Lei, do art. 10 da Lei nº 4.728, de 14.07.65, e do art. 15, § 1º, da Lei nº 6.385, de 07.12.76,
>
> R E S O L V E U:
>
> I - **Aprovar o Regulamento anexo, que disciplina a constituição, a organização e o funcionamento das sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários**.
>
> (...)
>
> IV - O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários poderão adotar as medidas julgadas necessárias à execução desta Resolução.

O documentário fiscal instituído para **uso exclusivo** nas operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial, pela IN SRF 49/01 é o que consta no seu art. 3º:

> Art. 3º Constitui o documentário fiscal a que se refere o art. 1º:
>
> I - Nota Fiscal de Aquisição de Ouro - modelo 1;
>
> II - Nota Fiscal de Remessa de Ouro - modelo 2;
>
> III - Nota de Negociação com Ouro - modelo 3;
>
> IV - Guia de Trânsito de Ouro, Ativo Financeiro - modelo 4.
>
> V - Nota Fiscal de Aquisição de Ouro Ativo Financeiro ou Instrumento Cambial - Modelo 5; e (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1083, de 08 de novembro de 2010)
>
> VI - a Nota Fiscal de Venda de Ouro Ativo Financeiro ou Instrumento Cambial, exclusivamente pelo Bacen ou pelas instituições por ele autorizadas a realizar exportação de ouro ativo financeiro ou instrumento cambial.
>
> (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1083, de 08 de novembro de 2010)

Observe-se, por exemplo, as Notas Fiscais de Remessa de Ouro, fls, 482 e seguintes.



PARMETAL D.T.V.M. LTDA.
CNPJ 20.155.248/0001-09 - CARTA PATENTE A-66/1983
RUA LIBERO BADARÓ, 377 - CJ. 1202
CENTRO - CEP 01009-000 - SÃO PAULO - SP
TEL.: (11) 3105-1253

PARMETAL
PARMETAL D.T.V.M. LTDA

NOTA FISCAL DE REMESSA DE OURO
SÉRIE: ÚNICA (EXTRAÍDA EM 3 VIAS)
1ª VIA (Branca) DESTINATÁRIO Nº 017290
Nat. da Operação: Remessa Simples
Data da Emissão: 22/12/2008

1 - IDENTIFICAÇÃO DO DESTINATÁRIO
CNPJ/CPF: 96.246.323/0006-64
Inscrição Estadual/Identidade:
Razão Social/Nome: UNILEVER BRASIL LTDA
Endereço (Rua, Av., Praça, etc.): RUA ARNALDO CHU.
Número: 171
Complemento:
Bairro / Distrito: JAPERI
Município (Cidade): GUARULHOS
UF: SP
CEP: 07042-270

2 - IDENTIFICAÇÃO DO CUSTODIANTE
Banco:
Praça:

3 - CARACTERÍSTICAS DA OPERAÇÃO

ESPECIFICAÇÕES	QUANT. EM GRAMAS	ORIGEM Município	UF
OURO BRUTO	11.549,84	SÃO PAULO	SP

Observações:
REF. NF DE NEG. Nº 017405
Quantidade Total por extenso: (onze mil [illegible])

Aliás o ponto já havia sido descrito pela Autoridade Fiscal, e não havendo controvérsia quanto ao fato (vide relatório acima):

> 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 Negociação do 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

A consequência tributária deste fato - aquisição de ouro ativo financeiro -, é que os impostos (ICMS, IPI) não incidem na operação por força do mandamento constitucional, e mesmo as contribuições não incidem sobre as receitas derivadas dessas vendas, porque as instituições financeiras, embora sejam contribuintes do PIS/Cofins submetem-se ao regime cumulativo, e de forma especial, participando na base de cálculo de tais contribuições apenas as receitas de serviços, não receitas obtidas com a própria venda do ouro ativo-financeiro.

A Cofins a que se submete as instituições financeiras afasta-se de modo apreciável da Cofins a que se obrigam as pessoas jurídicas em geral, a começar pelos diferentes diplomas legais que regem a incidência dos mencionados tributos em cada caso: Lei nº 10.833/03 e Lei nº 9.718/98. Mais ainda: num caso a Cofins é não-cumulativa, noutro é cumulativa. . E, ainda mais: as alíquotas são distintas, 7,6% no caso da contribuição não cumulativa, e 3% na contribuição cumulativa.

> **Lei nº10.833, de 29 de Dezembro de 2003.**
>
> Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a **incidência não cumulativa**, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)(Vigência)
>
> § 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do **caput** do art. 183 da Lei nº6.404, de 15 de dezembro de 1976.(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)
>
> § 2º A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no **caput** e no § 1º.
>
> (...)
>
> Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).
>
> (...)
>
> Art. 10. **Permanecem** sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, **não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:**
>
> I - **as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º**, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;
>
> (...)

Documento nato-digital

> **Lei nº 9.718/98 (Cofins cumulativa)**
>
> (...)
>
> §6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no§ 1ºdo art. 22 da Lei nº8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)
>
> I- no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, **distribuidoras de títulos e valores mobiliários**, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito:
>
> (...)

A verdade é que há, na transação em foco (venda de ouro ativo financeiro para indústria que o utilizará depois como insumo), uma espécie de transição de regimes por conta da qualificação jurídica que a LEI aplica ao mesmo bem. Em todo o caso, da operação de extração até a venda do ouro com impurezas pela DTVM ao fabricante de lingotes de ouro puro (caso do contribuinte) as operações são qualificadas como financeiras, e, por esta razão, **não incide a Cofins não-cumulativa na receita auferida com a específica venda do ouro**, em outras palavras, a receita correspondente não está sujeita ao pagamento da contribuição,. É certo que no campo de incidência do PIS/Cofins das instituições financeiras estão os serviços bancários e de intermediação financeira, não venda de mercadorias, conforme Parecer PGFN/CAT/ nº 2773/2007:

> **PARECER PGFN/CAT/Nº 2773/2007**
>
> (...)
>
> h) serviços para as instituições financeiras abarcam as receitas advindas da cobrança de tarifas (serviços bancários) e das operações bancárias (intermediação financeira);
>
> i) serviços para as seguradoras abarcam as receitas advindas do recebimento dos prêmios;
>
> j) as afirmações contidas nas letras "h" e "i" decorrem: do princípio da universalidade na manutenção da seguridade social (*caput* do art. 195 da CR/88), do princípio da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CR/88), do item 5 do Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30.12.94 (art. 98 do CTN), do inc. III do art. 2º da LC nº 116, de 2003 e dos arts. 3º, § 2º e 52 do CDC.
>
> 66.Têm-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 357.950-9/RS e dos demais recursos que foram julgados na mesma assentada.

E, por decorrência de todas as razões acima, incide no caso a vedação constante do §2º do art. 3º da Lei nº 10.833/03, porque o valor da aquisição do bem (ouro ativo financeiro) não se sujeita ao pagamento da contribuição:

> Lei nº 10.833/03

Documento nato-digital

> art. 3º (...)
>
> § 2º **Não dará direito a crédito o valor**:(Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)
>
> I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e(Incluído 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)

Em síntese: da extração até a mencionada operação de venda, aqui em foco, não incide a Cofins não cumulativa, depois disso passa a incidir em todas as transações. A venda da DTVM para a contribuinte, ora Recorrente, é a última operação ainda presidida pelo regime das instituições financeiras, já a venda da contribuinte, ora Recorrente, para um cliente seu será a primeira no regime geral das demais pessoas jurídicas, vale dizer, no regime não-cumulativo, inclusive com apuração de créditos sobre a venda do ouro, agora devidamente qualificado como ouro mercadoria. Enfim, não incide PIS/Cofins sobre a receita decorrente da venda de ouro ativo-financeiro de uma Instituição Financeira para a Indústria ou comércio, e, consequentemente, não gera direito creditório o valor da aquisição do bem (ouro financeiro), mesmo que venha a ser depois aplicado como insumo na atividade da empresa.

A Jurisprudência do CARF, embora ainda incipiente, vem se consolidando no sentido aqui defendido. Em ambos os acórdãos abaixo citados, a Recorrente é a mesma destes autos (UMICORE), e nos dois casos acordaram os membros do Colegiado, **por maioria de votos**, negar provimento ao recurso voluntário:

> **Acórdão n.º 3301-004.675 de 23/05/18 (***Relatora Conselheira Liziane Angelotti Meira Nessa, acolhido por maioria)*
>
> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP
>
> Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/201
>
> 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**.

> **Acórdão n.º 3402-005.581 de 25/09/18 (***Relator Conselheiro Pedro Sousa Bispo, acolhido por maioria)*
>
> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS
>
> Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

Documento nato-digital

> 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.

Vale citar alguns excertos deste último acórdão (*3402-005.581*), alinhados com o entendimento aqui adotado:

> 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*:
>
> (...)
>
> **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 consequentemente insumo, para aplicação no seu processo produtivo de purificação do ouro.

Documento nato-digital

> 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**.
>
> (...)
>
> 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:

Registra-se, por último, que, dos dois acórdãos citados, a contribuinte recorrera à CSRF, mas, em ambos o Recurso Especial NÃO fora conhecido, por ausência de comprovação "*de divergência jurisprudencial, mediante a apresentação de Acórdão paradigma em que, enfrentando questão fática equivalente, a legislação tenha sido aplicada de forma diversa*" (Ac. 9303-010.237 e 9303-010.239).

Do exposto, **VOTO** por conhecer do Recurso, negando-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias

Documento nato-digital