



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

Processo nº 10320.001005/2002-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-001.545 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de abril de 2012
Matéria COMPENSAÇÃO/RESSARCIMENTO DE IPI
Recorrente BILLITON METAIS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002

CONSÓRCIO DE EMPRESAS. REQUISITOS. EMPREENDIMENTO
DETERMINADO. CARACTERIZAÇÃO. PRAZO.

Empreendimento, identificado no ato constitutivo de consórcio operacional como a construção do parque industrial, o refino de bauxita e a redução de alumina para a obtenção do alumínio, tem grau de determinação suficiente para fim de respaldar a constituição de um consórcio de sociedades nos termos da legislação comercial.

Não há falar em perpetuação de empreendimento que tem prazo determinado em 50 (cinquenta) anos, ainda que renovável.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para reconhecer a legitimidade do consócio para pleitear o ressarcimento do crédito presumido de IPI, determinando-se o retorno dos autos à origem para análise do pedido de ressarcimento. O Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz votou pelas conclusões, pois entende que a solução correta seria anular o processo a partir do despacho da Delegacia da Receita Federal.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Liduína Maria Alves Macambira, Domingos de Sá Filho, Robson José Bayerl, Raquel Motta Brandão Minatel e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Por bem descrever os fatos que tratam o presente julgado, adoto e transcrevo o relatório da decisão recorrida, fls. 644/651:

Trata o presente processo do pedido de compensação de fl. 106 no valor de R\$ 2.640.177,20. Segundo discriminado no pedido de fl. 105, que retificou o formulário de fl. 01, o crédito utilizado na compensação trata-se de crédito presumido do IPI com amparo na Lei 9.363/96 e Portaria MF 38/97, relativo ao 1º trimestre de 2003, apurado segundo disposições da Lei nº 10.276/2001 (regime alternativo).

A DRF/São Luis entendeu ser incompetente para a verificação da legitimidade dos créditos, em razão da obrigatoriedade de apuração centralizada do crédito presumido (fls. 28/30), remetendo o processo para a Derat/Rio de Janeiro.

Por sua vez, a Diort/Derat/RJO indeferiu a solicitação sem exame do mérito (fls.33/39), ao constatar que o pedido não fora apresentado por período trimestral, conforme legislação de regência, e também pelo fato da empresa não ter juntado aos autos as cópias do Livro de Registro de Apuração do IPI relativas ao período de apuração do crédito e ao período do estorno do montante solicitado em ressarcimento.

A partir desse ponto várias decisões foram proferidas, anulando-se as decisões anteriores, sempre com ciência e manifestação da contribuinte. Nesse ínterim, a contribuinte retificou tanto o pedido de compensação, reduzindo o valor do débito (fl.106), quanto o pedido de ressarcimento (fl.105), retificações essas que foram deferidas pela DIORT/Derat/Rio de Janeiro por intermédio do Despacho Decisório de fls. 244/251, em razão do que, a partir de então, este processo deve ser tratado como pedido de compensação de débito da matriz, no valor de R\$2.640.177,20, utilizando crédito presumido apurado pela matriz também no valor de R\$2.640.177,20.

Contra esse último Despacho Decisório a contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 256/266 Solicitou, preliminarmente, a nulidade desse despacho, sob o fundamento de decurso do prazo para homologação tácita da compensação. No mérito, defendeu seu direito ao crédito presumido, não se conformando em ver seu pleito denegado em virtude dos erros formais cometidos no preenchimento dos pedidos.

Diante da retificação do pedido, o processo foi baixado em diligência com o objetivo de apurar o crédito presumido de forma centralizada, nos termos do Despacho de fls. 289/290. Em resposta, a fiscalização elaborou a informação fiscal de fls. 430/431, mas não apurou qualquer montante do benefício.

Allegou que a Billiton Metais não poderia ser beneficiária do

crédito presumido por não se enquadrar no conceito de empresa produtora e exportadora (art. 1º da Lei 9.363/96), dado que a industrialização dos produtos exportados ocorreu no âmbito do Consórcio Alumar, e não em estabelecimento da Billiton. Aduziu, citando representação fiscal elaborada pela DRF/Poços de Caldas, que o empreendimento Alumar não poderia, segundo a legislação de regência, ser constituído sob a forma de consórcio, tratando-se, em verdade, de uma sociedade de fato.

Ao tomar ciência da informação fiscal, a contribuinte apresentou a manifestação de fls. 438/453. Em resumo, a Manifestante apresentou as seguintes alegações:

- i. que “o Consórcio Alumar tem por objeto um empreendimento determinado”;
- ii. “que o Consórcio Alumar reveste a natureza de consórcio operacional que, após a conclusão da construção do parque industrial, tem como objetivo o desenvolvimento coordenado e conjunto de uma atividade industrial de transformação de recursos minerais”;
- iii. que o Consórcio Alumar também atende ao requisito legal de prazo de duração determinado;
- iv. que a Billiton, enquanto integrante do Consórcio Alumar, faz jus crédito presumido, pois produz e exporta mercadorias nacionais e, para isso, adquire, no mercado interno, MP, PI e ME.

Retornaram os autos a esta DRJ. Sob o entendimento de que, no caso da Billiton, não haveria motivos para não enquadrá-la como empresa produtora e exportadora, segundo fundamentos expostos no Despacho de fls. 474/478, o processo foi novamente encaminhado à Defic/Rio de Janeiro para que a fiscalização procedesse à apuração do crédito presumido.

Em atendimento à nova solicitação o auditor fiscal verificou os documentos e informações apresentadas pela contribuinte e apurou o valor do crédito presumido, segundo demonstrativo de fl. 614.

Devidamente cientificada da apuração elaborada pelo auditor fiscal, a contribuinte apresentou a manifestação de fls. 620/627. Desta feita, insurgiu-se contra a exclusão da energia elétrica na apuração do benefício. Alegou que o alumínio é produzido mediante o processo de eletrólise, no qual a energia elétrica é consumida em ação direta sobre o produto em fabricação.

A 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora, mediante Acórdão nº 09-28.969, de 09 de abril de 2010, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, sob os fundamentos conforme ementa a seguir transcrita:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/05/2012 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, Assinado digitalmente em 2

8/05/2012 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 28/05/2012 por LIDUINA MARIA ALVES MAC

AMBIRA

Impresso em 06/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002

CONSÓRCIO DE EMPRESAS. EMPREENDIMENTO DETERMINADO. DESCARACTERIZAÇÃO.

O objeto do consórcio deve ser necessariamente identificado e limitado, sob o risco de configuração de uma sociedade de fato. A elaboração do parque industrial, a exploração das atividades de Refino de Bauxita e também de Redução de Alumina, para a obtenção do Alumínio, não pode ser caracterizada como um empreendimento determinado, para fins de respaldar a constituição de um consórcio de empresas nos termos da legislação comercial. É necessário que o empreendimento seja determinado quanto ao contrato ou negócio jurídico especificamente envolvido. Ademais, da perpetuação do empreendimento, no tempo, e do constante incremento de produção não planejado no empreendimento original, depreende-se o ânimo definitivo, inerente às pessoas jurídicas constituídas com o propósito de continuidade e obtenção crescente de lucro.

APROVEITAMENTO CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. INADMISSIBILIDADE.

Inadmissível o aproveitamento de Crédito Presumido de IPI por empresa que não se enquadra nos pressupostos legais para fruição do benefício fiscal.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 31/03/2002

COMPENSAÇÃO. PRAZO PARA HOMOLOGAÇÃO. RETIFICAÇÃO.

Admitida a retificação da declaração de compensação, o prazo para homologação é contado a partir da data da entrega da declaração retificadora.

Cientificada da decisão em 27/05/2010, fls. 655, a recorrente interpôs Recurso Voluntário em 24/06/2010, fls. 656/674, alegando em síntese:

a) O Consórcio Alumar:

- a recorrente é pessoa jurídica regularmente constituída que se dedica à produção e comercialização de alumina e alumínio e para desenvolvimento de suas atividades no Brasil, constituiu o Consórcio DE Alumínio do Maranhão – ALUMAR, juntamente com as sociedades Alcoa Alumínio S/A, Alcan Alumínio do Brasil S/A e Abalco S/A; sendo implementado em julho de 1980;

b) O fundamento exclusivo da não-homologação da compensação:

- o fundamento exclusivo para a não homologação da compensação reside na consideração de consideração de : "Muito embora a forma adotada ela Billiton, Alcoa, Alcan e Abalco seja a de um consórcio, o empreendimento e seu prazo de realização extrapolam o conceito legal de tal associação”;

- a recorrente, não concordando com a descaracterização do Consórcio Alumar, tece considerações sobre a natureza jurídica do consórcio visando de demonstrar a improcedência dos fundamentos apontados no relatório da decisão recorrida;

c) O Consórcio Alumar tem por objeto um empreendimento determinado:

- o Consórcio Alumar tem por objeto um empreendimento determinado, modalidade contratual regulada nos artigos 278 e 270 da Lei nº 6.404, de 1976 – Lei das S/A; para a lei brasileira, o elemento essencial do conceito de consórcio reside na sua finalidade que a execução de determinado empreendimento; vem rebatendo que a lei não define o conceito de empreendimentos, mas a experiência do direito comprado revela que ele consiste num objetivo econômico a ser perseguido na produção, industrialização ou comercialização de bens ou/serviços, de que exemplos: (i) a produção de bens que possam ser repartidos, em espécie, entre os membros do consórcio; (ii) o fornecimento a terceiros de bens iguais ou complementares; (iii) a pesquisa ou exploração de recursos naturais; e (iv) a execução de contratos com terceiros, tais como empreitada, prestação de serviços, construção.”

d) o consórcio Alumar como consórcio operacional para execução de negócios jurídicos relativos à atividade industrial determinada:

- não há onde se encontrar a alegada indeterminação do contrato ou negócio jurídico desenvolvido, eis que o Consórcio ALUMAR é um consórcio operacional constituído para execução de um empreendimento determinado consistente na prática de negócios jurídicos relacionados com a exploração de uma atividade industrial de transformação de recursos minerais;

e) Existência de prazo de duração determinado:

- refuta a alegação segundo a qual o prazo estabelecido no contrato, bem como a possibilidade prorrogação prevista conduziria à perpetuidade do empreendimento, ressaltando que a lei não exige a fixação de um prazo determinado, apenas impõe que conste do instrumento contratual do consórcio sua duração (art. 279, III da Lei das S/A), não lhe impondo ser o prazo determinado ou determinado; mas isso não sucede no caso concreto eis que o prazo de duração do Consórcio Alumar é determinado, no caso 31/03/2050, período longo, mas adequado para o fim a que se destina;

f) a incorreta caracterização do Consórcio como sociedade de fato:

- ainda que se admita o caráter amplo e dourado do empreendimento desenvolvido pelo Consórcio Alumar torne-o um consórcio atípico, essas características não autorizam o fisco a sua recharacterização como sociedade de fato; isso só seria possível caso pudesse apontar no consórcio um desvio de sua essência mais profunda – “ e que o diferencia das sociedades — que e o intuito de imputação dos efeitos jurídicos diretamente às pessoas dos consorciados, consequência direta da ausência de personalidade jurídica”; o direito brasileiro acolheu uma visão contratualista do instituto do consórcio, decorrente da inexistência de personalidade jurídica e da singularidade das obrigações, afirmadas no art. 278, § 1º da Lei das S/A; acrescenta que : “é precisamente da inexistência de uma atividade comum que resulta a inexistência de um lucro (ou perda) comum a partilhar entre os consorciados; sendo o exercício da atividade dos consorciados individual (embora coordenado), os resultados desta são atribuíveis também individualizadamente a cada um.”; é certo que o art.

- o art. 279, inciso V da Lei das S/A estabelece que do contrato de consórcio devem constar “ *normas sobre o recebimento de receitas e partilha dos resultados*”, porém tal partilha respeita não a um resultado comum, inexistente, mas à divisão entre os consorciados dos resultados auferidos individualmente por cada um;

- no caso concreto do Consórcio Alumar tal divisão encontra-se pormenorizadamente, o que também configura a ilegalidade da caracterização como sociedade de fato;

g) Efeitos da caracterização do Consórcio Alumar como Sociedade de Fato

- a decisão recorrida não reconheceu o seu direito creditório ao fundamento de que o Consórcio Alumar seria uma sociedade de fato, haja vista não ter por objeto um empreendimento determinado; concluindo que: *"a tal sociedade de fato sujeita-se a todas as conseqüências legais e tributárias, entre elas — no caso de que aqui se trata — a total separação das receitas e despesas entre a BHP Billiton Metais S/A e a sociedade de fato denominada “ Consórcio Alumar”, com o cálculo e o reconhecimento a cada uma destas empresas, se for o caso, do direito à redução do IR e adicionais”*.

f) cita jurisprudência acerca da matéria, que realça a impossibilidade de descaracterização de consórcio regularmente constituído com fundamento quase que exclusivo na questão do prazo de duração do empreendimento, citando por exemplo acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes (Acórdão 107-08961); em seguida, traz acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas, acórdão nº 05-7562 que trata de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica; no sentido que a extensão do prazo não se confunde com a determinação do empreendimento; as razões de direito da recorrente estão em perfeita sintonia com a jurisprudência e doutrina pátria, razão pela qual deve anulado o acórdão recorrido.

No pedido requer seja o recurso voluntário conhecido e provido para reformar o acórdão 09-28.969 reconhecendo-se a **existência do Consórcio Alumar** e, conseqüentemente, a extinção dos créditos tributários objeto do processo administrativo nº 10320.001.005/2002-61 e apensos.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liduína Maria Alves Macambira, Relatora

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado o processo trata de pedido de compensação com créditos presumidos de IPI, apurado de acordo com o disposto no art. 1º da Lei nº 9.363, de 13 de dezembro de 1996. A lide gira em torno da legitimidade da recorrente para pleitear o ressarcimento do referido crédito alegado.

Da leitura dos autos, observa-se que muitos procedimentos fiscais foram realizados até a decisão da DRJ/JFA que resultou no indeferimento do pleito da ora recorrente.

Esse órgão colegiado já se manifestou em outros processos da recorrente nos quais se discute a mesma matéria e em outros nos quais participam outros integrantes do

Consórcio Alumar. A matéria tem apresentado divergência em seus julgados, conforme pude constatar em pesquisa ao sistema *e-processo*. Inclusive essa turma já se pronunciou dando provimento ao recurso em 28 de fevereiro de 2011, no acórdão 3403-00818, em processo de um membro do Consórcio Alumar.

Pois bem. Da leitura dos autos vê-se que a questão sob análise reside na possibilidade de uma pessoa jurídica integrante de um consórcio pleitear, em seu nome, ressarcimento de crédito presumido de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e na possibilidade dos elementos necessários à caracterização dos consórcios a fim de se ter o Consórcio Alumar como regular ou não.

A julgadora do voto vencedor assim fundamentou as razões de decidir:

Muito embora a forma adotada pela Billiton, Alcoa, Alcan e Abalco seja a de um consórcio, o empreendimento e seu prazo de realização extrapolam o conceito legal de tal associação. Não pode o consórcio ter ânimo definitivo ou se expandir além de limites originalmente definidos, seja no tempo ou na quantificação e qualificação do empreendimento. A configuração do Consórcio Alumar o faz confundir-se com uma empresa comum, cujos objetivos precípuos, entre outros, são a continuidade (existência da empresa indefinidamente no tempo) e a geração de lucro, por meio da execução e expansão de sua atividade. É o que faz o chamado Consórcio Alumar, quando vai além do que a legislação admite como consórcio.

Nesse caso, há de se entender que não sendo consórcio, embora registrado como tal, a Alumar é uma sociedade de fato, que tem como um dos sócios a Billiton.

(...)

Em síntese: decorre o consórcio de um contrato firmado entre sociedades, com atividades comuns e complementares, objetivando juntar esforços para a realização de um determinado empreendimento; tem caráter mercantil, mas não objetiva a distribuição de lucros, até porque não possui personalidade jurídica e, conseqüentemente, não dispõe de capital próprio; a sua duração deve ser curta e determinada, coincidente sempre com o término de sua finalidade específica; a personalidade jurídica das consorciadas não se confunde com o consórcio, pois a finalidade daquelas deve ser muito mais abrangente, com tempo de duração longo e indeterminado.

Infere-se da leitura do Termo de Alteração do Contrato do Consórcio Alumar, cópia às fls. 235/238, que a Alcoa Alumínio SA, CNPJ nº 23.637.697/0001-01, a Billiton Metais SA, CNPJ nº 42.105.890/0001-46, a Alcan Alumínio do Brasil SA, CNPJ 60.561.800/0001-03 e a Abalco SA., CNPJ nº 00.434.317/0001-36, estabeleceram um consórcio na forma da Alteração e Consolidação do Consórcio Alumar (Contrato do Consórcio Alumar), datada de 1º de janeiro de 1995 e registrada na Junta Comercial do Estado do Maranhão sob nº 6203/95, em 27 de dezembro de 1995.

O Consórcio Alumar, conforme trecho extraído do mencionado contrato, tem por objeto (fls. 123/124):

“(…) O objeto do Consórcio e o objetivo das Consorciadas em constituí-lo são de dedicar-se aos Empreendimentos descritos no Artigo I deste instrumento, através de, entre outras atividades, processar bauxita, transformando-a em alumina no Empreendimento de alumina, e alumina em alumínio no Empreendimento de redução de Alumínio, utilizando-se de instalações construídas e/ou possuídas pelas Consorciadas ou em seu nome, no Estado do Maranhão, Brasil, (...)”.

Verifica-se daí que dada a abrangência da finalidade da constituição do consórcio em discussão, qual seja, o processamento da bauxita, transformando-a em alumina e a alumina em alumínio, não pode ser caracterizada como um empreendimento determinado. Na verdade, é determinado apenas quanto à natureza do empreendimento, mas não quanto ao contrato ou negócio jurídico especificamente envolvido. O objeto do consórcio deve ser necessariamente identificado e limitado, sob o risco de configuração de uma sociedade de fato.

A amplitude do objeto empreendido pelo consórcio em litígio não se coaduna com as prescrições legais e o prazo definido contratualmente, apesar de determinado, não guarda qualquer relação com os negócios jurídicos a serem pactuados no âmbito da atividade do consórcio. Decorre disso a possibilidade de ser reiteradamente prorrogado, e que de fato está previsto no contrato celebrado: “O presente contrato permanecerá em vigor até 31 de março de 2050 e, a partir desta data, será renovado por períodos de um ano” (fls. 213).

A SOCIEDADE DE FATO E O CRÉDITO PRESUMIDO

A perquirir os efeitos tributários decorrentes da conclusão de que o Consórcio Alumar não o é de fato (consórcio), pois que se caracteriza como uma sociedade de fato.

O art. 60 da Lei nº 9.069, de 1995, assim estipula:

Art. 60. A concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais.

O ato acima, embora mencione a necessária comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais para que possa usufruir benefícios fiscais do Estado, é de se entender de maneira ampliada. Não é apenas a existência pura e simples de débitos em face de créditos tributários declarados e não pagos ou de lançamentos de ofício inadimplidos pelos contribuintes que deve impedir a fruição do incentivo. Isso porque conceder benefício fiscal significa concessão de toda a sociedade, pois que a renúncia fiscal demanda que todos contribuam mais para adequar os recursos escassos disponíveis ao objetivo de cumprimento dos deveres do Estado. É sim do interesse de todos, Estado e sociedade brasileira, que a empresa que requeira benefício fiscal, seja por

meio de ressarcimento em espécie, ou de dedução em sua escritura fiscal de débitos de IPI, aja dentro dos estritos preceitos legais.

Na forma como ocorre no presente caso, infere-se que a Billiton, na qualidade de sócia de uma sociedade de fato, não obedece as determinações legais para a fruição do benefício fiscal denominado crédito presumido de IPI, instituído pelo art. 1º da Lei nº 9.363, de 1996, mormente porque não atende ao preceito da Lei nº 9.069, de 1995, expresso no seu art. 60.

Ora, se é o Consórcio Alumar uma sociedade de fato, a responsabilidade da Billiton no feito é inquestionável e, por conseguinte, não é possível excluí-la das responsabilidades legais decorrentes dessa irregularidade, uma vez que integra a sociedade de fato. Assim sendo, a Billiton não atende os requisitos para fruição de benefício fiscal, o que vai ao encontro da conclusão extraída ao final do voto relativo ao já citado Acórdão 09-14.720- 2ª Turma DRJ/JFA, 09/10/2006, verbis:

Desse modo, tem-se por procedente a constatação da autoridade fiscalizadora de não ser regular, na forma da legislação comercial, a constituição do consórcio de empresas, ora sob apreciação.

Destaca-se que em face da irregularidade na constituição do grupo consorcial em questão, é dever da Administração Tributária perquirir a respeito dos efeitos fiscais daí diretamente decorrentes, que no caso em tela é a imputação da ilegitimidade da requerente para pleitear o crédito presumido de IPI requerido no presente processo.

De acordo com o voto vencedor, a recorrente BHP Billiton Metais S/A, e os outros membros Alcoa Alumínio S.A., Abalco S.A. e Alcan Alumina Ltda não se subsumiriam à associação tipificada como consórcio nos termos dos arts. 278 e 279 das Lei das Sociedades por Ações, retirando, portanto, das mesmas, a legitimidade para pleitear eventual crédito presumido de IPI. Sendo o Consórcio Alumar uma sociedade de fato, a titularidade pertencer-lhe-ia.

Dispõem os arts. 278 e 279 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 1976) que:

CAPÍTULO XXII

Consórcio

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, do qual constarão:

I – a designação do consórcio se houver;

II – o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III – a duração, endereço e foro;

IV – a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V – normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI – normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII – forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII – contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

Trago a colação para compor o presente julgado trechos do voto do conselheiro Alexandre Kern, presidente da 3ª Turma Especial dessa seção de julgamento, quando do julgamento do processo 13656.000282/2005-03, tendo como recorrente uma empresa do Consórcio Alumar, no caso a empresa Abalco S/A.

(...)

A propósito dos consórcios, antes mesmo da Lei das S/A, Pontes de Miranda, no Tratado de Direito Privado já lecionava:

§ 5.386

“O consórcio supõe a com - sorte, o pôr-se em comum a sorte de duas ou mais empresas. O elemento consorcial resulta de ligação negociai no tocante a determinada atividade econômica, ou atividades econômicas conexas.

Hão de existir disciplina e organização que permitam a comunidade no tratamento dos interesses e nos resultados.

§ 5.388

O consórcio é, necessariamente, negócio jurídico causal. Tem de haver referência à mesma atividade econômica ou a atividade econômica conexa, para que resultem a função comum e o

interêsse comum. Quando há exigência de mesmidade ou de conexidade do que se há de prestar, a causa aparece, para que a consortilidade possa existir.

(...)

A empresa consorciada pode ser pessoa jurídica ou pessoa física. O que é essencial é que haja mesmidade ou conexidade de atividade das empresas. Bem assim, que o laço consórtil não retire a independência das empresas que se consorciam.

§ 5.389

Cumpre prestar atenção a que o consórcio não tem finalidade de lucro, mas sim de lucros dos consorciados.”

A Lei nº 6.404, de 1976, ao disciplinar a figura do consórcio, introduziu o contrato que pode ser firmado entre sociedades, com vistas a executar determinado, específico empreendimento, não sendo conferida a tal associação de sociedades personalidade jurídica, o que afasta a possibilidade de existir, entre os consorciados, qualquer vinculação ou relação no plano vertical. Nos termos da doutrina de João Luiz Coelho da Rocha:

“O consórcio, não sendo sujeito de direito, não pode assumir obrigações enquanto tal. São as empresas consorciadas que assumem as obrigações e responsabilidades perante terceiros, cabendo-lhes, do mesmo modo, exercer os direitos decorrentes dos atos jurídicos que celebram, ainda que de interesse comum. A repartição desses direitos, tal como a das obrigações, por assim dizer, será assunto do trato interno, de caráter obrigacional, entre os consorciados”

Na definição de Fabrício Muniz Sabage⁷, o consórcio é uma “...comunhão de interesses e atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam”.

O consórcio, dito operacional, quando visar a acumular meios para a consecução de um fim comum, ou instrumental, quando almejar somar recursos para contratarem com terceiros a execução de determinados serviços, obras ou concessões, decorre de contrato firmado entre sociedades, com atividades comuns e complementares; tem caráter mercantil, mas não objetiva a distribuição de lucros, até porque não possui personalidade jurídica e, conseqüentemente, não dispõe de capital próprio; a sua duração deve ser curta e determinada, coincidente sempre com o término de sua finalidade específica; a personalidade jurídica das consorciadas não se confunde com o consórcio, pois a finalidade daquelas deve ser muito mais abrangente, com tempo de duração longo e indeterminado.

A propósito da finalidade, a jurisprudência do Conselho de Contribuintes já vaticinou que o consórcio deve ser constituído para executar empreendimento determinado, constando obrigatoriamente de seu contrato, o objeto do empreendimento e

o prazo de duração previsto para sua execução, e que a prática de atos negociais diversificados, por prazo de duração indeterminado, ainda que sob a roupagem consorcial, não atendem os requisitos estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976.

A esse respeito, colaciono a ementa do Acórdão nº 10186.540, de 18 de maio de 1994.

I.R.P.J - LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO. O lançamento tributário deve ser formalizado contra o sujeito passivo na relação jurídico-tributária.

CONSÓRCIO. NATUREZA. OBJETO. Por consórcio se denomina a sociedade não personificada, cujo objeto é a execução de determinado e específico empreendimento. Inocorrendo a unicidade do empreendimento, como também constatado que o contrato é por prazo indeterminado, o acordo firmado entre as sociedades não pode ser reconhecido como de natureza consorcial. Trata-se, na essência, de Sociedade de Fato.

Preliminar argüida que se acolhe, por configurado erro na identificação do sujeito passivo.

Ao caso concreto: o Consórcio Alumar, conforme trecho extraído do seu contrato sociais, tem por objeto:

a) Objeto Social:

“Artigo 1. Objeto e descrição do consórcio. Pelo presente contrato, a Alcoa, Billiton, Alcan e Abalco estabelecem um Consórcio, que tem por objeto a aquisição, montagem e construção de instalações para o Refino de Alumina, e de Instalações para a Redução de Alumínio, juntamente com instalações de apoio, nas vizinhanças de São Luís, Estado do Maranhão, República Federativa do Brasil, assim como a operação de tais instalações, com base em fornecimento proporcional de bauxita, a partilha de alumina produzida por Alcoa, Billiton, Alcan e Abalco, a partilha de alumínio produzido por Alcoa e Billiton e uma correspondente participação nos custos de produção da alumina e do alumínio

(...).

3.02. Objeto. Fiscalização e Poderes do Consórcio.

Objeto. O Objeto do Consórcio e o objetivo das Consorciadas em constituí-lo são de dedicar-se aos Empreendimentos descritos no artigo 1 deste instrumento, através de, entre outras atividades, processar bauxita, transformando-a em alumina no Empreendimento de Refino de Alumina e alumina em alumínio no Empreendimento de Redução de Alumínio, utilizando-se de instalações construídas e/ou possuídas pelas Consorciadas ou em seu nome, no Estado do Maranhão, Brasil, e assim, dando o direito a cada Consorciada de receber uma participação (se houver) da alumina e do alumínio produzidos, até o limite dos seus respectivos Direitos de Alumina e Direitos de Alumínio, com cada Consorciada responsabilizando-se por sua respectiva participação nos custos e despesas determinados e alocados de

acordo com os termos e condições do presente Contrato, incorridos com as referidas construção e propriedade, assim como com a produção da alumina e do alumínio (fls. ...)”;

A DRF/PCS vislumbrou aí uma abrangência de finalidade o processamento da bauxita, transformando-a em alumina e a alumina em alumínio – que desnaturaria o consórcio enquanto obrigatoriamente voltado a um empreendimento determinado. No seu entender, corroboraria essa conclusão o prazo definido contratualmente (até 31 de março de 2050) e a possibilidade de ser reiteradamente prorrogado por períodos de um ano.

A recorrente, a seu turno, rechaça a competência de a Receita Federal do Brasil analisar a regularidade do Consórcio Alumar. Segundo ela, não é atribuição do Fisco Federal manifestar-se sobre aspectos de Direito Comercial, modificar ou restringir conceitos de direito privado contidos na legislação que disciplina a constituição de consórcio.

Não me parece que o Fisco tenha assim procedido. A SAORT/DRF/PCS, por meio do parecer que fundamentou o Despacho Decisório, tratou apenas de confrontar as nuances do caso concreto com legislação de regência dos diversos institutos inerentes ao pleito de ressarcimento e compensação, nos termos de seu mister regimental. Se para tanto articulou os conceitos do direito privado, fê-lo sem modificá-los.

Embora não retire do Fisco a competência para analisar a regularidade do contrato, como pretendeu a recorrente, não compartilho das conclusões a que chegou. De um lado, mesmo amplo, não se pode afirmar que o empreendimento não tenha algum grau de determinação. Ainda que se admita como amplo um empreendimento que abarque toda a siderurgia do alumínio, a atuação do consórcio se limita a esse metal, não se cogitando do processamento de minério de ferro, por exemplo. Ou ainda, se o empreendimento atua na siderurgia, não avança sobre etapas subsequentes de manufatura de bens compostos por esse metal. Vê-se que há, efetivamente, algum grau de limitação no empreendimento. No que pertine ao prazo, a sua fixação em 50 (cinquenta) anos, pode ser exorbitante, a depender do volume das reservas de bauxita comercialmente disponíveis. Ou poderá ser estreitíssimo, se se tratar de empreendimento cujo investimento demande soma de recurso financeiro substancial, que implica longo prazo de maturação.

Enfim, parece-me que os ditames da Lei nº 6.404, de 1976, não autorizam as subjetivizações praticadas pela ciosa repartição fiscal para chegar às suas conclusões. Julgo que atos de constituição do Consórcio Alumar satisfizeram os requisitos dos arts. 278 e 279 da Lei da S/A, não se tratando pois de uma sociedade de fato.

Todavia, como já se disse, o consórcio não é sujeito de direito por não ter personalidade jurídica e, portanto, não tem legitimidade para figurar em pólo de relações jurídicas negociais, apurar receitas, despesas ou créditos, apresentar declarações,

enfim, não é sujeito de direitos para quaisquer efeitos. São as sociedades consorciadas que assumem as obrigações e responsabilidades perante terceiros, cabendo-lhes, do mesmo modo, exercer os direitos decorrentes dos atos jurídicos que celebram, ainda que de interesse comum. A repartição desses direitos, tal como a das obrigações, por assim dizer, será assunto do trato interno, de caráter obrigacional, entre os consorciados. Desta forma, as empresas se unem em um empreendimento determinado, sem prejuízo da intangibilidade da personalidade jurídica e do patrimônio de cada uma delas.

Concordo plenamente com o entendimento do nobre conselheiro Alexandre. O tempo de duração, no caso específico 50 (cinquenta) anos, é determinado, embora longo, mas isso não é motivo para descaracterizar o consórcio; outro ponto, há uma delimitação do objeto que reside no processamento da bauxita, transformando-a em alumina e a alumina em alumínio. Tem-se, portanto, definido o objeto do consórcio e o seu tempo de duração. Os dispositivos legais que tratam de consórcio não fazem restrições quanto à duração do consórcio. Meu entendimento é que o objeto do consórcio encontra-se identificado e limitado, não havendo razão para que seja visto como uma sociedade de fato.

O empreendimento, identificado no ato constitutivo de consórcio operacional como a construção do parque industrial, o refino de bauxita e a redução de alumina para a obtenção do alumínio, tem grau de determinação suficiente para fim de respaldar a constituição de um consórcio de sociedades nos termos da legislação comercial.

Se a lei não limita, não vejo como descaracterizar mencionado consórcio, sob os fundamentos apontados na decisão recorrida.

Ora, se a fiscalização concluiu ser o Consórcio Alumar uma sociedade de fato, deveria lhe ter exigido os tributos devidos mediante constituição do lançamento já que o mesmo passaria a sujeitar-se as obrigações tributárias próprias das sociedades com personalidade jurídica.

Lembrando as lições do Mestre Pontes de Miranda, trazidas à baila pelo conselheiro Alexandre Kern: primeiro, a empresa consorciada pode ser pessoa jurídica ou pessoa física, no caso específico a recorrente é uma pessoa jurídica; segundo, o que é essencial é que haja mesmidade ou conexidade de atividade das empresas, vê-se que há conexidade nas atividades desenvolvidas pelas consorciadas; terceiro, o laço *consórtil* não retirou a independência das empresas que se consorciaram.

Com efeito, depreende-se dos documentos acostados aos autos que as empresas consorciadas utilizam de seus ativos que possuem em consórcio para a produção da alumina e do alumínio. A produção no período dos créditos solicitados deu-se dentro do complexo Alumar. Cabendo-lhe ao final da produção, a retirada de cada uma consorciada na proporção que lhe cabe segundo estabelecido no contrato. Ademais, os custos da produção são arcadas pelas consorciadas no processo produtivo e elas obtêm receitas em nome próprio, realizando inclusive exportações.

Ora, não possuindo o Consórcio Alumar personalidade jurídica não é sujeito de direitos para efeitos fiscais, a mesma não apura receitas, despesas ou créditos. Portanto, não tem legitimidade para pleitear eventual crédito. Ao contrário, sendo as aquisições de matéria primas, produtos intermediários e materiais de embalagem realizadas pelas empresas consorciadas, ensejam-lhes sim o direito a apuração de créditos em conformidade com o

disciplinado em lei. Assim sendo, a recorrente tem legitimidade para compor a relação jurídico-tributária para pleitear eventual crédito presumido de IPI.

A arguição de que não pode a recorrente utiliza-se do benefício fiscal por não preencher os requisitos na Lei nº 9.363, de 1996, no caso específico de ser empresa produtora e exportadora, não coaduna com esse entendimento. No caso em estudo, são as empresas consorciadas que produzem, no entanto, tal produção ocorre no complexo da Alumar. As aquisições de MP, PI e ME foram efetuadas pela empresa Billiton no mercado interno como atestou a fiscalização, sendo o custo apurado por critério de rateio, com exceção das aquisições de combustíveis cujas notas fiscais de aquisição estão em nome do Consórcio Alumar (fls. 608/609). Quanto às exportações realizadas pela Billiton, notas fiscais relacionadas à fl. 501, estas foram também reconhecidas pela fiscalização (fls. 608/609). Assim, a recorrente atende os requisitos exigidos na Lei nº 9.363, de 1993, por ser produtora e exportadora.

Quanto à questão da regularidade fiscal, também levantada, como impedimento para a concessão do benefício, na hipótese de consórcio regularmente constituído são as consorciadas que devem comprovar a quitação de tributos ou contribuições federais (art. 60 da Lei 9.069/95). Não consta dos autos qualquer menção à existência débitos fiscais, em aberto, em nome da recorrente, no caso concreto a Billiton, que impedisse o reconhecimento do direito ao crédito presumido tratado nestes autos.

Trago aos autos, os fundamentos do voto vencido no qual a relatora se pronunciou pela inexistência de qualquer óbice ao reconhecimento do crédito presumido de IPI pleiteado pela recorrente:

Portanto, seja considerando a Alumar como consórcio legalmente constituído, seja como sociedade de fato, não vejo como: a) deslocar o beneficiário do crédito presumido das consorciadas, ou sócias de fato, para a Alumar; b) negar o benefício por desatendimento às disposições do art. 60 da Lei 9.06/95.

Frise-se: a irrelevância, para mim, dessa discussão acerca da irregularidade na constituição do consórcio Alumar é apenas quanto à concessão do crédito presumido, considerando a forma como as operações aconteceram. Contudo, se a decisão final na esfera administrativa for pela irregularidade do consórcio, que sejam adotadas as medidas cabíveis para exigir que a Alumar opere como sociedade de empresas, incluindo alteração no cadastro CNPJ, apuração e lançamento de ofício dos impostos e contribuições que porventura deixaram de ser recolhidos, etc. Mas não há como obstar o reconhecimento do direito ora em discussão a medidas que, eventualmente, podem vir a ser tomadas.

Assim, diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer a legitimidade da recorrente para pleitear o ressarcimento e as compensações, devolvendo os presentes autos para que a DRF de origem, uma vez superado o óbice formal, examine e decida o pedido de ressarcimento como de direito.

Liduína Maria Alves Macambira

CÓPIA