



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

Processo nº 13656.000282/2005-03
Recurso nº 172.219 Voluntário
Acórdão nº **3803-01.477 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 6 de abril de 2011
Matéria COFINS NÃO-CUMULTIVA - CRÉDITOS - DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente ABALCO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2004 a 31/12/2004

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.

CRÉDITO. NÃO-CUMULATIVIDADE. SOCIEDADE CONSORCIADA. APROVEITAMENTO. ADMISSIBILIDADE.

Sociedade consorciada, na sua atuação em prol dos objetivos do consórcio, assume, em nome próprio, as obrigações e responsabilidades perante terceiros, cabendo-lhes, do mesmo modo, exercer os direitos decorrentes dos atos jurídicos que celebra, ainda que de interesse comum.

Notas fiscais emitidas contra consórcio de sociedades, ente carente de personalidade jurídica, são irregulares e inábeis para a comprovação de aquisições de bens e serviços utilizados como insumos, para fim de creditamento da contribuição não-cumulativa pela sociedade consorciada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a oreliminar arguida e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente e Relator

Participaram ainda do presente julgamento os Conselheiros Belchior Melo de Sousa, Hércio Lafetá Reis e Andréa Medrado Marzé.

Relatório

Abalco S/A apresentou, em 31/03/2005, Declaração de Compensação de débito de IRPJ, código de receita 2362, do período de apuração 31/03/2005, no valor de R\$130.084,12, com crédito de COFINS oriundo da incidência não-cumulativa referente a dezembro de 2004, no valor de R\$534.520,87 (fl. 01). A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Poços de Caldas por meio da decisão de fls. 865/873 resolveu reconhecer o direito creditório de apenas R\$469.049,73 e homologar a compensação declarada. A autoridade administrativa competente para examinar o pleito entendeu que o consórcio da qual participava o interessado era sociedade de fato e não atenderia aos requisitos legais para configurar como consórcio, razão pela qual considerou que todas as aquisições feitas no mercado nacional não poderiam constituir base de cálculo para efeito de crédito de COFINS.

O declarante não se conformou e apresentou reclamação, fls. 865/873, que recaiu sobre a glosa procedida pela Autoridade Administrativa – AA no importe de R\$65.471,14, resultado da diferença entre o valor solicitado no demonstrativo denominado "CRÉDITOS DA COFINS" de fl. 02 e o valor reconhecido à fl. 872 (R\$534.520,87 - R\$469.049,73), que se refere ao crédito da COFINS, apurado sob o regime de incidência não-cumulativa, oriundo das atividades exercidas no âmbito do Consórcio Alumiar. A 2ª Turma DRJ/JFA julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente. O Acórdão nº 09-19.296, de 14 de maio de 2008, fls. 923 a 932, teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

No desenvolvimento da relação processual, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto a fato constitutivo do seu direito.

CONSÓRCIO DE EMPRESAS. REQUISITOS. EMPREENDIMENTO DETERMINADO. DESCARACTERIZAÇÃO.

O objeto do consórcio deve ser necessariamente identificado e limitado, sob o risco de configuração de uma sociedade de fato.

A exploração das atividades de refino de Alumina e também de redução de Alumínio primário 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.

RESSARCIMENTO DE CRÉDITO DA COFINS NÃO-CUMULATIVA. INADMISSIBILIDADE DO PEDIDO.

Inadmissível o Pedido de ressarcimento de crédito COFINS sob o regime de incidência não-cumulativa por empresa que não se enquadra nos pressupostos legais para fruição do benefício fiscal.

Solicitação Indeferida

Cuida-se agora de recurso contra a decisão da DRJ/JFA-2ª Turma. O arrazoadado de fls. 934 a 962, após protestar pela tempestividade de seu apelo, prestar esclarecimentos a respeito do consórcio que formou com Alcoa Alumínio S.A., BHP Billinton Metais S.A. e Alcan Alumina Ltda. com a finalidade específica de refinar e reduzir alumina, sintetizar os fatos relacionados com a demanda, argúi, em sede de preliminar, a nulidade do Despacho Decisório, em face da presunção efetuada no sentido de que o Consórcio Alumar não teria sido constituído para atender a um caso concreto, ferindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na medida em que a presunção não é meio de acusação legítimo em nosso ordenamento jurídico, cabendo à Fiscalização munir-se das provas necessárias à comprovação das acusações feitas em torno do não preenchimento dos requisitos para o creditamento.

Aduz que a diligência indeferida pela decisão recorrida é essencial para que se comprovem as alegações da Recorrente, sob pena de o Fisco Federal pautar-se em meras presunções.

No mérito, discorre sobre a natureza jurídica do consórcio para lembrar que a legislação comercial referente aos consórcios apenas determina a previsão do empreendimento como objeto do contrato, sem qualificá-lo ou até mesmo delimitar sua abrangência, não cabendo analisar se o Consórcio Alumar apresenta uma finalidade condizente com o termo "determinado empreendimento", já que a lei somente impõe que o empreendimento conste como objeto do contrato de consórcio. Argumenta que a AA não é o ente competente para analisar se a finalidade do Consórcio Alumar preenche ou não os requisitos legais necessários. Insiste na sua regularidade e que foi constituído de acordo com a legislação comercial.

Quanto ao fato de o Consórcio Alumar ter sido constituído com duração até 2050, com possibilidade de renovação por períodos sucessivos de um ano, e a conclusão de que o prazo contratual não guarda qualquer relação com os negócios jurídicos a serem pactuados no âmbito da atividade do consórcio, invoca os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 - Lei das S.A. – asseverando que eles apenas prescrevem que o contrato do consórcio deve estipular constar sua "duração", não havendo qualquer limite tempo, nem de prorrogação, e que se a lei não impõe restrições quanto ao empreendimento e duração, não cabe ao aplicador do direito tributário modificar e muito menos limitar institutos do direito privado, sob pena de afronta ao artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Lançando mão da doutrina de Darcy Arruda Miranda Jr. e de Modesto Carvalhosa, digressiona sobre as sociedades de fato para concluir ser evidente a impropriedade da afirmação de que o Consórcio Alumar é uma sociedade de fato, vez que teria demonstrado que referido consórcio foi constituído regularmente por intermédio de contrato e em

conformidade com a legislação comercial. Rechaça veementemente a possibilidade de o Fisco analisar aspectos de direito privado contidos na legislação comercial relacionados ao Consórcio Alumar e a imposição de limites ao empreendimento do consórcio e nem a sua duração, se a própria lei assim não o fez.

Na continuação, discorre sobre os consórcios na legislação brasileira e sobre os objetivos do Consórcio Alumar, que é a realização do empreendimento de refino de alumina e a redução de alumínio primário no Estado do Maranhão, com duração prevista até 2050, tudo para concluir que não se trata de sociedade de fato. Lembra que o Ato Declaratório nº5/2006, da SRRF-3ªRF, expressamente reconheceu a existência e regularidade do Consórcio e que inexistiu qualquer questionamento em torno da regularidade do CNPJ do Consórcio. Diante da inexistência de qualquer comprovação de prejuízo ao erário causado pelas atividades do Consórcio Alumar, é inviável desconsiderá-lo para efeitos de apuração da COFINS.

Invoca ainda a Solução de Consulta nº 219, de 2001, da SRRF/6ª RF, decisões administrativas de primeira instância do TFR-2ª Região e do STJ e a Instrução Normativa RFB nº 834, 26 de março de 2008, para pugnar pelo direito ao crédito de COFINS proporcionalmente à participação detida no consórcio, de maneira que (i) a COFINS relativa às operações correspondentes às atividades do consórcio seja apurada pelas pessoas jurídicas consorciadas, de maneira proporcional à participação detida no consórcio e (ii) as pessoas jurídicas consorciadas tenham direito aos créditos de COFINS relativos aos custos, despesas e encargos vinculados às receitas das operações do consórcio proporcionalmente à sua participação no consórcio. Acrescenta que, conforme foi demonstrado nos autos, por meio da petição de fls. 261/467 e do laudo técnico de fls. 820/832, a recorrente possui 5,37% dos ativos destinados ao Consórcio e 18,9% sobre a refinaria de alumina.

Pleiteia a conversão do julgamento do presente processo administrativo em diligência, para que o Fisco Federal, na hipótese de entender que os fatos e documentos trazidos acima não são suficientes, o que se alega apenas para fins de argumentação, possa averiguar os aspectos delineados acima, a exemplo do que já fez o Segundo Conselho de Contribuintes, por ocasião do julgamento dos recursos interpostos nos autos dos processos administrativos 13656.000504/2001-56, 13656.000503/2001-10, 13656.000495/2001-01, 13656.000086/2001-05, 13656.000117/97-08, 13656.000550/2002-36, 13656.000738/2004-46, 13656.000083/2003-25.

Transcrevo na íntegra as conclusões do recurso:

(i) as DD. Autoridades Administrativas entendem que o Consórcio Alumar é uma sociedade de fato, sob o fundamento de que o "fornecimento proporcional de bauxita, a partilha de alumina, a partilha do alumínio produzido e uma correspondente participação nos custos de produção da alumina e do alumínio não pode ser caracterizada como um empreendimento determinado";

(ii) a r. decisão recorrida deixou de reconhecer parcela do crédito pleiteado na presente Declaração de Compensação (R\$ 65.471,13), sob o fundamento de que - tal crédito decorre das atividades da Recorrente no Consórcio Alumar;

(iii) a D. Fiscalização glosou os créditos sem realizar as devidas diligências para verificar se o Consórcio Alumar preenche os requisitos dessa figura jurídica, baseando-se, tão somente, em mera presunção, o que por si só já enseja a nulidade da r. decisão recorrida;

(iv) o consórcio de empresas representa a comunhão de interesses e de atividades diversos para atender a específicos projetos empresariais, servindo para agregar diferentes meios para a consecução de um único fim;

(v) a Recorrente e as empresas ALCOA, BHP e ALCAN constituíram um consórcio operacional, o Consórcio Alumar, objetivando um empreendimento determinado, que é refinar e reduzir Alumina no Maranhão;

(vi) trata-se de consórcio operacional, formado "para a execução de um empreendimento empresarial comum, através da somatória de aptidões e de recursos das consorciadas, mediante o desenvolvimento de um projeto próprio, que é a específica finalidade desse negócio associativo";

(vii) a constituição do Consórcio Alumar preencheu os requisitos previsto na legislação comercial, pois a duração e o empreendimento estão previstos no contrato;

(viii) as DD. Autoridades Administrativas sempre reconheceram a existência e a regularidade do Consórcio Alumar. Tanto é verdade que o Ato Declaratório nº 5/2006 declarou alfandegado o "Terminal Portuário Alumar" que será administrado "pelas empresas integrantes do Consórcio Alumínio do Maranhão (Consórcio Alumar)";

(ix) a existência do Consórcio Alumar apenas contribui para aumentar a arrecadação da União, uma vez que a consecução do empreendimento no Maranhão implica na geração de receitas e na sua consequente tributação, nas empresas consorciadas;

(x) em face da ausência de personalidade jurídica do consórcio, as empresas consorciadas submetem as receitas decorrentes da atividade desenvolvida no âmbito do consórcio à tributação pela COFINS, proporcionalmente à participação detida no empreendimento; por outro lado, as empresas consorciadas têm direito aos créditos de COFINS relativos aos custos, despesas e encargos vinculados às receitas das operações do consórcio, sempre observando sua participação no consórcio;

(xi) nesse sentido, a IN RFB 834/08 veio por confirmar o entendimento já firmado da Receita Federal, permitindo expressamente que os créditos de COFINS sejam computados e apurados pelas pessoas jurídicas consorciadas, proporcionalmente à sua participação no empreendimento;

(xii) tendo em vista a inexistência de aprofundamento da Fiscalização no sentido de demonstrar que o Consórcio Alumar causa prejuízo ao erário, é absolutamente descabido qualquer ato de sua descaracterização para fins fiscais.

Conclui, requerendo a conversão do julgamento em diligência, ou provimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 934 a 962 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-JFA-2ª Turma nº 09-19.296, de 14 de maio de 2008.

Preliminar de nulidade

A recorrente inquina de nulidade o procedimento, por cerceamento do direito de defesa, na medida em que a AA teria presumido que a associação entabulada entre a recorrente e as sociedades Alcoa Alumínio S.A., BHP Billinton Metais S.A. e Alcan Alumina Ltda. não seria um consórcio.

A DRF-Poços de Caldas não chegou a tal conclusão por presunção - suposição que se tem por verdadeira até prova em contrário, mas por interpretação do contrato social do Consórcio Alumar à luz dos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 1976. Ainda que se queira dar a essa operação intelectual o nome de presunção, o recorrente não demonstrou, e eu não vislumbrei, como a tal “*presunção*” teria prejudicado sua defesa.

O foi intimado de todos os atos processuais e exerceu plenamente o contraditório, tanto em sede de Manifestação de Inconformidade quanto de recurso voluntário. O Acórdão recorrido, a seu turno, articulou as razões de defesa opostas pelo manifestante e fundamentou sua decisão.

Rejeito a preliminar.

Mérito

Sob a consideração de que o negócio jurídico pactuado entre Abalco S.A. e as sociedades Alcoa Alumínio S.A., BHP Billinton Metais S.A. e Alcan Alumina Ltda. não se subsumiria à associação tipificada pelos arts. 278 e 279 da Lei das S.A., a DRF/PCS indeferiu o pedido de ressarcimento de créditos de COFINS não-cumulativa e não homologou as compensações. Implicitamente, a AA retirou da recorrente a legitimidade para pleitear em nome próprio créditos que seriam da titularidade da sociedade de fato.

Os dispositivos interpretados pela AA estão abaixo transcritos com grifos para maior clareza:

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.

Valendo-se de subsídios doutrinários e jurisprudenciais, a DRF/PCS entendeu que (fl. 869, negrito no original):

*“...decorre o consórcio de um contrato firmado entre sociedades, com atividades em comum e complementares, que objetivam 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.*

Debruçando-se sobre a Alteração e Consolidação do Contrato do Consórcio ALUMAR, datada de 01/01/1995, e registrada na JUCEMA sob nº 271295, por meio da qual Alcoa Alumínio S.A.- CNPJ 23.637.697/0001-01, Billiton Metais S.A. — CNPJ 42.105.890/0001-46, Alcan Alumínio do Brasil S.A. - CNPJ 60.561.800/0001-03 e Abalco S.A.- CNPJ 00.434.317/0001-36 estabeleciam um Consórcio, a DRF/PCS pinçou o seu objeto (fl.36):

"(...) a aquisição, montagem e construção de instalações para Refino de Alumina, e de Instalações para Redução de Alumínio (...), assim como a operação de tais instalações, com base em fornecimento proporcional de bauxita (...), partilha da alumina produzida por Akoa, Billiton, Alcan e Abalco (...), a partilha do alumínio produzido por Akoa e Billiton"

E o prazo de sua duração (fl. 136):

"Prazo de Vigência. O presente Contrato permanecerá em vigor até 31 de março de 2050 e, a partir desta data, será renovado por períodos de um ano".

Tudo para concluir que a amplitude do objeto empreendido pelo consórcio (aquisição, montagem e construção de instalações para Refino de Alumina, e de Instalações para Redução de Alumínio assim como a operação de tais instalações, com base em fornecimento proporcional de bauxita, a partilha da alumina, a partilha do alumínio produzido e uma correspondente participação nos custos de produção da alumina e do alumínio) e o prazo definido contratualmente, apesar de determinado, não poderiam ser caracterizados como um empreendimento determinado, para fins de respaldar a constituição de um consórcio de empresas nos termos da legislação comercial, configurando a associação como sociedade de fato.

A propósito dos consórcios, antes mesmo da Lei das S/A, Pontes de Miranda, no Tratado de Direito Privado,¹ já lecionava:

§ 5.386

"O consórcio supõe a com - sorte, o pôr-se em comum a sorte de duas ou mais empresas. O elemento cosorcial 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 interesse 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

¹ Parte Especial, Tomo LI, Borsoi, RJ, 1966, págs. 331 e seguintes.

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 Rocha²:

"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 Sabage³, 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 101-86.540, 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

² "Os consórcios de empresas e seu trato tributário". Revista Dialética de Direito Tributário nº 83.

³ "Grupo de Sociedades e Consórcios". Texto extraído do sítio Jus Navigandi em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2518/grupo-de-sociedades-e-consorcios/4>

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 social⁴, 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.

(a) 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.

⁴ Extraído do sítio <http://www.alumar.com.br/Institucional>.

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 subseqüentes 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.

Nesse contexto, emerge o direito da recorrente de apurar créditos de COFINS na forma do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e de eventualmente aproveitá-los conforme autorizado no §1º do art. 6º da mesma Lei. São hábeis para a comprovação desses créditos – **somente** - as notas fiscais de entrada de bens e serviços utilizados como insumo, emitidas contra Abalco S/A e já constantes dos autos. Não comporão a base de cálculo dos créditos as notas fiscais emitidas contra o Consórcio Alumar, justamente, porque, enquanto ente despersonalizado, não pode figurar em relações jurídicas negociais. Aliás, as notas fiscais em que isso ocorreu são irregulares e imprestáveis para qualquer fim fiscal.

Conclusão

Com essas considerações, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando à autoridade incumbida da execução desta decisão que admita no cálculo do crédito de Cofins não-cumulativa, apurados na forma do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, se ainda não fez, das aquisições de bens e insumos representadas por notas fiscais emitidas contra Abalco S/A e já constantes dos autos, autorizando seu aproveitamento, se for o caso, na forma do § 1º do art. 6º da mesma Lei.

Sala das Sessões, em 6 de abril de 2011

Alexandre Kern

Processo nº 13656.000282/2005-03
Acórdão n.º 3803-01.477

S3-TE03
Fl. 1.209



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

Processo nº: 13656.000282/2005-03
Interessada: ABALCO S/A

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 4º do art. 63 e no § 3º do art. 81 do Anexo II, c/c inciso VII do art. 11 do Anexo I, todos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, fica um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 3803-01.477, de 6 de abril de 2011, da 3ª Turma Especial da 3ª Seção.

Brasília - DF, em 6 de abril de 2011.

[Assinado digitalmente]
Alexandre Kern
3ª Turma Especial da 3ª Seção - Presidente

Ciente, com a observação abaixo:

- ☐ Apenas com ciência
- ☐ Com embargos de declaração
- ☐ Com recurso especial

Em ____/____/____

