



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

Processo nº 13656.000503/2001-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-004.287 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de junho de 2017
Matéria IPI
Recorrente ABALCO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/04/2001 a 30/06/2001

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI (LEI N. 9.363/96). CONSÓRCIO. PREVISÃO DE PRAZO DE DURAÇÃO LONGO E POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA PEDIDO DE RESSARCIMENTO.

O Consórcio, constituído com observância dos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, não possui personalidade jurídica e não perde essa condição pelo fato de seu prazo de duração ser longo e com possibilidade de prorrogação. Dessarte, é descabida a desconsideração do consórcio para qualificá-lo como sociedade de fato, devendo ser reconhecida a legitimidade ativa da participante do Consórcio para pleitear, em nome próprio, o ressarcimento, a restituição ou a compensação do crédito presumido de IPI previsto na Lei nº 9.363/96.

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 da recorrente para postular o crédito presumido de IPI, ficando a cargo da unidade local da RFB conferir a certeza e liquidez do crédito postulado. Sustentou pela recorrente, o Dr. Luiz Romano, OAB/DF 14.303

(Assinado com certificado digital)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente em exercício.

(Assinado com certificado digital)

Thais De Laurentiis Galkowicz - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Diego Diniz Ribeiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

O presente Processo Administrativo foi objeto da Resolução n. 204-00.484 (fls 968 a 980) depois de sua chegada ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"). Dessa forma, o caso já foi bem relatado pelo Conselheiro Júlio César Alves Ramos, antes de ser a mim redistribuído pelo fato de o Relator originário não mais integrar nenhuma das Turmas Ordinárias de julgamento da 3ª Seção. Desta feita, peço licença para tomar emprestadas as suas palavras sobre o histórico do processo

Veiculam os autos pedido de ressarcimento do crédito presumido de IPI instituído pela Lei nº 9.363/96 cumulado com pedidos de compensação, formalizado pelo estabelecimento matriz da empresa.

A postulante, cuja sede se encontra no município de Poços de Caldas - MG, informa que realiza a atividade de refino de alumina "em parque próprio, produzindo em atividade consorciada em razão de sua participação no consórcio ALUMAR".

Para tanto, adquire, em seu próprio nome, a matéria-prima básica do processo industrial - a bauxita -, bem como soda caustica e demais produtos intermediários e material de embalagem necessários. A alumina obtida dessa operação industrial de refino, que é tributada a alíquota zero pelo IPI, é parcialmente exportada para o exterior. Entende-se, desse modo, empresa produtora e exportadora com direito à fruição do benefício fiscal pleiteado.

A DRF em Poços de Caldas - MG remeteu os autos à DRF em São Luís - MA para que esta promovesse as diligências necessárias, uma vez que o estabelecimento onde se processam as operações industriais é por ela jurisdicionado.

Após idas e vindas entre as duas unidades cada uma entendendo caber à outra a competência para exame do direito postulado, prevaleceu entendimento firmado pela DISIT 6a RF no sentido de que esta caberia à DRF jurisdicionante do estabelecimento matriz. Dai porque, embora "algumas" centenas de quilômetros distante do estabelecimento onde, de fato, se processavam as operações e, portanto, onde estariam os livros e documentos fiscais a elas relativos, as diligências necessárias ao deslinde do processo foram executadas pela Seção de Fiscalização da DRF em Poços de Caldas.

Da descrição sucinta do processo de produção da Alumina elaborada pela empresa para atender a intimação específica da fiscalização consta:

“...o complexo industrial do Consórcio Alumar em São Luis - MA é constituído hoje por duas unidades de produção integradas;

(i) Refinaria e (ii) Redução.

A empresa Abalco S.A. participa no consórcio Alumar especificamente no empreendimento de refino de Alumina...

A área da Refinaria da Alumar compreende as áreas de (i) Porto; e (ii) Refinaria — área de produção da Alumina.

Da produção da Refinaria do Consórcio Alumar, a empresa Abalco S.A. faz jus a 18,9%, percentual correspondente a sua participação no empreendimento... (grifei)”

Portanto, a empresa participa da etapa produtiva que consiste na extração da Alumina do minério de bauxita que lhe é vendido pelas empresas mineradoras. Segundo o esquema, essa alumina ou é encaminhada a exportação ou remetida à etapa de redução da Alumina, do qual ela não participa.

Quanto a sua participação no consórcio, a empresa prestou esclarecimentos adicionais em que consignou: "...a produção da empresa Abalco S.A. ocorre em estabelecimento fabril (fabrica de alumina) que pertence à Abalco S.A. e às demais sociedades consorciadas do Consórcio Alumar no específico empreendimento de refinaria de alumina, do qual Abalco S.A. participa com 18,9%, sendo, portanto, esse o percentual da fração ideal de sua propriedade nesta fábrica".

E continua:

Importante complementar que Abalco S.A. é proprietária de 6,62% dos ativos das instalações de apoio, de 17,39% dos ativos das instalações portuárias e participa do custeio das áreas comuns do consórcio Alumar à razão de 5,37%.

(.)

Abalco S.A. compra diretamente parte dos insumos necessários a sua produção, tais como energia elétrica, bauxita, carvão, soda e óleo BPF (matérias-primas primárias).

Todo o processo de controle de custos com depreciação, seguros e faturamento é controlado diretamente pela Abalco S.A.

No que diz respeito à venda do produto acabado alumina, Abalco S.A. é a única responsável pela direta comercialização ou outra forma de disposição do percentual de alumina produzida no âmbito do Consórcio Alumar cuja propriedade lhe cabe por disposição contratual (18,9%).

A administração do Consórcio Alumar é responsável pelas aquisições, contabilização e escrituração em livros auxiliares próprios e subsequente rateio entre as sociedades consorciadas dos valores relativos a suprimentos, serviços, ativo fixo, folha de

pagamento dos empregados, materiais intermediários e similares. As vendas de sucatas e de ativo fixo são também efetuadas pela administração do Consórcio e seus respectivos valores contabilizados e escriturados em seus livros auxiliares e levados a rateio entre as sociedades consorciadas.

Referido rateio no âmbito contábil se dá pelo total do movimento do mês de cada conta contábil e no âmbito fiscal, a cada emissão de documento fiscal, os sistemas informatizados do Consórcio Alumar enviam aos livros de cada sociedade consorciada o registro daquela emissão, na exata fração ideal de participação da consorciada.

A empresa promoveu a juntada do instrumento de constituição do consórcio de cujas disposições destacam-se o item 2.08, que define os ativos comuns, e 2.21 que define a gerente de operações. Segundo o primeiro, no empreendimento de refino os ativos comuns consistem nas máquinas e equipamentos, terrenos ou direitos sobre os mesmos em que as

instalações de refino estejam situadas, bem como as instalações portuárias e o cais, equipamentos de controle do meio ambiente e instalações que foram adquiridas, montadas ou construídas como parte do empreendimento de refino, englobando, portanto, todas as instalações iniciais, adicionais e outros ativos utilizados nas atividades do Consórcio e nos quais as Consorciadas tenham participação, seja a título de propriedade, posse ou qualquer outro direito de uso, não incluindo, entretanto, nem a bauxita nem os produtos em processamento nem a alumina ou alumínio produzidos ou processados pelo Consórcio. O segundo item conceitua gerente de operações como a sociedade designada de acordo com o item 6.01 encarregada da administração operacional em nome das consorciadas, precipuamente em relação As atividades de produção do Consórcio, O item 6.01, por sua vez, designa como gerente de operações a Alcoa a quem competirá manter uma "estrutura organizacional identificável" e que tem direito ao uso e controle dos ativos comuns.

Dessa caracterização, resulta que a postulante entrega bauxita comprada por ela mesma, em seu próprio nome, no estabelecimento para cuja constituição contribuiu e, sem tomar parte de nenhuma forma em sua operação, recebe o produto elaborado, sobre o qual tem pleno direito de livre disposição. Para tanto, assume os custos de operação segundo rateio que também leva em conta seu percentual de participação nos ativos comuns.

Com base nessas informações prestadas e nos documentos que a subsidiaram entendeu a fiscalização da DRF em Poços de Caldas - MG ser incabível o pleito da empresa, exprimindo suas conclusões no Relatório que integra o Termo de Constatação Fiscal de fls. 234 a 239. Com fulcro nesse relatório o Delegado da DRF em Poços de Caldas proferiu despacho (fls. 240/241) denegando o pleito formalizado. Nele aduziu:

De acordo com os documentos acostados ao processo, acima referido, com base, especialmente, no relatório da fiscalização,

constante do Termo de Constatação Fiscal, resta comprovado que o Consórcio ALUMAR, onde se deu a produção do contribuinte, não reúne as condições legais para ser enquadrado na modalidade de consórcio, sendo, na verdade, uma sociedade de fato, uma vez que foi constituído com prazo indefinido e com um empreendimento que não se amolda a concepção da lei.

Por outro lado, como a produção do contribuinte ocorreu no âmbito do referido consórcio, uma vez que não possui parque industrial, não tem legitimidade para pleitear os referidos créditos.

*A empresa formalizou, então, manifestação de inconformidade endereçada à DRJ em Juiz de Fora - MG em que buscou atacar a fundamentação utilizada para negar o seu pleito. **Aí expressou que ambos os requisitos apontados pela autoridade anterior estavam perfeitamente cumpridos pelo consórcio, a saber, os empreendimentos eram específicos - aquisição, montagem e construção de instalações para o Refino de Alumina e de instalações para a Redução de Alumínio e sua subsequente operação, através da atividade de refino de alumina e sua redução eletrolítica em alumínio metálico; e o prazo de duração estava especificado.** Cumpriam-se desse modo, os requisitos formalizados nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76.*

Enfatiza, em seguida, que o consórcio não possui personalidade jurídica, motivo pelo que todas as receitas auferidas são das consorciadas a quem compete também a aquisição das matérias primas necessárias ao processo industrial. No caso dos autos, os créditos presumidos pleiteados originam-se de compras de insumos no mercado interno e de exportações dos produtos correspondentes.

A DRJ em Juiz de Fora - MG, entretanto, manteve o entendimento esposado pela DRF em Poços de Caldas - MG, ao considerar que o consórcio se tratava, em verdade de uma sociedade de fato. Com isso, entendeu que o estabelecimento onde se dá a produção não seria da empresa postulante e em consequência este não teria legitimidade para o benefício, dado que não seria empresa produtora e exportadora. Como fundamentação básica aduziu que a Lei nº 6.404/76 ao regular a figura do consórcio, estabeleceu que: "... o seu objetivo não será permanente, e visará sempre a benefícios individuais para as sociedades consorciadas, mantendo estas, total autonomia quanto a administração de seus negócios e obrigando-se nos estritos limites previstos no respectivo contrato social...". No caso em tela, afirma que a duração do empreendimento é indeterminada, o que resulta, no seu entender, do fato de que sua conclusão, embora prevista para o ano de 2050, pode ser prorrogada indefinidamente. Também que a abrangência do objeto empreendido pelo consórcio impede que o seu empreendimento possa ser considerado determinado. Segundo a decisão, ele "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". Por fim, salienta que "...a requerente...não junta qualquer documento que comprove o seu direito de pleitear, anexando aos autos, por exemplo, as notas fiscais de aquisição de matéria prima do período em questão", e que o Regime Especial de escrituração de livros fiscais obtido pelo consórcio junto a Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão expressamente aponta em sua cláusula segunda que a bauxita e a energia elétrica são adquiridas pela Alcoa Alumínio S/A, BHP Billiton e Alcan Alumina Ltda., sem referência a aquisições pela Abalco.

No recurso sob exame, a empresa volta a defender, sob os mesmos argumentos já apresentados à DRJ, a regular constituição do consórcio nos termos exigidos pelos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76 e que, não tendo ele personalidade jurídica, é dela a responsabilidade pelos pagamentos de todos os tributos que correspondem a sua participação. Contesta a afirmação da DRJ de que se trataria de uma sociedade de fato, porquanto desprovida de qualquer prova e baseada tão-somente em presunção e numa "conveniente" definição do que seja um empreendimento determinado, ao asseverar que na lei não existe a restrição que a decisão procura enunciar. Quanto à alegação de que não provará suas aquisições, defende-se aduzindo estar juntando, com o recurso, notas fiscais de compra das matérias primas e de exportação da alumina. Caso, ainda assim, não se convença esta Câmara reitera o seu pleito de diligências que comprovem o regular cumprimento das exigências da Lei nº 9.363/96.

Em julgamento datado de 19 de setembro de 2007 (Resolução n. 204-00.484), a 4ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes determinou a conversão do julgamento em diligência para que a autoridade fiscal apresentasse parecer conclusivo sobre: i) os totais, mês a mês, de aquisições de bauxita, soda cáustica e "demais produtos intermediários integrantes de seu processo produtivo", realizadas por cada uma das empresas do consórcio e transferidas para o estabelecimento consorciado; ii) o total de alumina produzido mês a mês no estabelecimento consorciado; iii) o montante entregue a cada empresa integrante do consórcio (em toneladas de alumina); e iv) as receitas bruta e de exportação mensais de cada uma das empresas integrantes.

O Relatório da Diligência requerida por este Conselho encontra-se em fls 1208 a 1216, tecendo seu juízo a respeito da questão, no sentido de não reconhecer o direito ao crédito pleiteado. Isto porque, no seu sentir: "a ABALCO não possui legitimidade para pleitear os créditos presumidos de IPI, nesses períodos, pois não tem parque industrial e, portanto, não pode ser considerada como empresa produtora. O fato de participar, como "sócia" da sociedade de fato ALUMAR, que é quem na verdade produz, não lhe dá condições de atender o que está determinado na lei, sem que se faça uma interpretação ampliativa do dispositivo legal." Já sobre o que foi efetivamente questionado na diligência solicitada, a Fiscalização se limitou a colocar que:

Juntamos ao processo, fls.491-525, a resposta da ABALCO, com as informações referentes às suas operações no consórcio. Em resposta a intimação efetuada pela fiscalização, as demais empresas integrantes do consórcio também apresentaram os

dados de suas respectivas operações, que foram juntadas, conforme abaixo:

- 1. ALCOA ALUMÍNIO S/A, fls. 526-560;*
- 2. BHP BILLITON METAIS S/A, fls. 561-579;*
- 3. ALCAN ALUMINA LTDA, fls. 580-594;*

O despacho do conselho não determina que a fiscalização elabore um parecer acerca dos dados juntados aos processos, no relatório da diligência. Por essa razão, apenas anexamos os dados que serão encaminhados para apreciação dos ilustres conselheiros.

Por fim, a Recorrente, devidamente intimada, peticionou nos autos sua manifestação (fls 1220 a 1230) a respeito do Relatório de Diligência Fiscal, contestando a conduta do Agente Fiscal, que simplesmente desviou o foco da discussão e não atendeu a diligência requisitada. Outrossim, reitera os argumentos de seu recurso voluntário, corroborados pelos documentos constantes dos presentes autos, que no seu sentir são todos capazes de garantir o crédito pleiteado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz

Os requisitos de admissibilidade do processo já foram anteriormente analisados e acolhidos, de modo que passo ao mérito do caso.

Cabe inicialmente consignar que a específica questão tratada nesse processo, vale dizer, o direito ao pleito (legitimidade ativa) do crédito presumido de IPI com base na Lei n. 9.363/96 pela Abalco S.A. é amplamente conhecida por este Tribunal Administrativo. Isto porque foram diversos os pedidos de ressarcimento elaborados pela Recorrente, os quais, portanto, deram origem a processos administrativos distintos.

No próprio Relatório de Diligência Fiscal, citado no relato acima, a repartição de origem fez constar que (fls 1208):

A presente diligência refere-se a diversos pedidos de ressarcimento de crédito presumido de IPI, solicitados pelo contribuinte nos processos, relacionados abaixo:

Processos Administrativos de Ressarcimento de Crédito Presumido do IPI		
Nº	Processo	Período
1	13656.000086/2001-05	01/2000 a 12/2000
2	13656.000495/2001-01	01/2001 a 03/2001
3	13656.000503/2001-10	04/2001 a 06/2001
4	13656.000504/2001-56	07/2001 a 09/2001
5	13656.000550/2002-36	10/2001 a 06/2002
6	13656.000083/2003-25	07/2002 a 09/2002

Assim, em relação à dúvida sobre o enquadramento da Recorrente (Abalco S.A.) como “estabelecimento produtor e exportador” (ponto nevrálgico do presente caso, já que foi o motivo do indeferimento do pedido pelo Delegado da DRF, em Poços de Caldas pelo Despacho de fls. 240/241), exigido pela legislação de regência do ressarcimento (artigo 1º, da Lei n. 9.363/96), o CARF debruçou-se em diversas oportunidades.

Colaciono abaixo ementas de decisões proferidas justamente em processos análogos ao presente, todos tendo como Recorrente a companhia Abalco S.A.:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI

Período de apuração: 01/07/2002 a 30/09/2002

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI COMO RESSARCIMENTO DE PIS E COFINS (LEI N. 9.363/96). CONSÓRCIO CONSTITUÍDO PARA CRIAÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL. PREVISÃO DE PRAZO DE DURAÇÃO LONGO E POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCARACTERIZAÇÃO PARA SOCIEDADE DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA DA PARTICIPANTE RECONHECIDA.

Não é dotado de personalidade jurídica o Consórcio constituído com observância dos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, não perdendo essa condição pelo fato de seu prazo determinado ser longo e com possibilidade de prorrogação, não podendo, portanto, pleitear o ressarcimento, a restituição ou a compensação de crédito fiscal em seu nome. Por isso é descabida a desconsideração do Consórcio para qualifica-lo como sociedade de fato, devendo ser reconhecida a legitimidade ativa da participante do Consórcio para pleitear, em nome próprio, o ressarcimento, a restituição ou a compensação do crédito presumido de IPI previsto na Lei nº 9.363/96, eis que constatado que produz em estabelecimento próprio, embora comum, e após destina seus produtos ao exterior. (Processo 13656.000504/2001-56, Data da Sessão 01/06/2011, Relator Julio Cesar Alves Ramos, Acórdão 3402-001.160)

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializado IPI

Período de Apuração: 01.01.2000 a 31.12.2000

Ementa: CONSÓRCIO. SOCIEDADE DE FATO.

Consórcio constituído com observância dos artigos 278 e 279 da Lei n. 6.404/76, não tem personalidade jurídica, e, não pode pleitear ressarcimento, restituição/compensação de crédito fiscal. O fato de ser instituído para execução de um determinado empreendimento com prazo determinado longo, não despersionaliza e tampouco autoriza entendimento de que trata de sociedade de fato. Recurso Provido. (Processo 13656.000086/2001-05, Data da Sessão 03/02/2011, Relator Domingos de Sá Filho, Acórdão 340300.818)

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/10/2001 a 30/06/2002

Ementa: EMBARGOS. ERRO MANIFESTO NO REGISTRO DO RESULTADO DO JULGAMENTO. CORREÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS. POSSIBILIDADE.

Havendo flagrante erro no registro do resultado do julgamento no voto anexado pelo relator (pela conversão em diligência), e estando o corpo do voto e o resultado registrado em Ata, assim como as anotações do presidente de turma, no sentido do provimento do recurso, cabível a correção do resultado erroneamente transcrito no voto, em sede de embargos.

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI COMO RESSARCIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E COFINS (LEI N. 9.363/96). CONSÓRCIO CONSTITUÍDO PARA CRIAÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL. PREVISÃO DE PRAZO DE DURAÇÃO LONGO E POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCARACTERIZAÇÃO PARA SOCIEDADE DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA DA PARTICIPANTE RECONHECIDA. Não é dotado de personalidade jurídica o Consórcio constituído com observância dos artigos 278 e 279 da Lei n. 6.404/76, não perdendo essa condição pelo fato de seu prazo determinado ser longo e com possibilidade de prorrogação, não podendo, portanto, pleitear o ressarcimento, a restituição ou a compensação de crédito fiscal em seu nome. Por isso é descabida a desconsideração do Consórcio para qualificá-lo como sociedade de fato, devendo ser reconhecida a legitimidade ativa da participante do Consórcio para pleitear, em nome próprio, o ressarcimento, a restituição ou a compensação do crédito presumido de IPI previsto na Lei n. 9.363/96, eis que constatado que produz em estabelecimento próprio, embora comum, e depois destina seus produtos ao exterior. (Processo 13656.000550/2002-36, Data da Sessão 21/02/2017, Relator ROSALDO TREVISAN, Acórdão 3401-003.413)

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/03/2001

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI COMO RESSARCIMENTO DE PIS E COFINS (LEI N. 9.363/96). CONSÓRCIO CONSTITUÍDO PARA CRIAÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL. PREVISÃO DE PRAZO DE DURAÇÃO LONGO E POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCARACTERIZAÇÃO PARA SOCIEDADE DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA DA PARTICIPANTE RECONHECIDA.

Não é dotado de personalidade jurídica o Consórcio constituído com observância dos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, não perdendo essa condição pelo fato de seu prazo determinado ser longo e com possibilidade de prorrogação, não podendo, portanto, pleitear o ressarcimento, a restituição ou a

compensação de crédito fiscal em seu nome. Por isso é descabida a desconsideração do Consórcio para qualificá-lo como sociedade de fato, devendo ser reconhecida a legitimidade ativa da participante do Consórcio para pleitear, em nome próprio, o ressarcimento, a restituição ou a compensação do crédito presumido de IPI previsto na Lei nº 9.363/96, eis que constatado que produz em estabelecimento próprio, embora comum, e após destina seus produtos ao exterior. Recurso Parcialmente Provido. (Número do Processo 13656.000495/2001-01, Relator(a) GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Acórdão 3402-002.218)

Ainda é possível encontrar decisões proferidas no mesmo sentido, com relação a outras empresas que constavam do Consórcio de Alumínio do Maranhão - Alumar (e.g. BHP BILLITON METAIS S.A., por meio dos Acórdãos 3101-000.903¹ e 3401-002.928²), formado pelas empresas ABALCO (Recorrente), ALCOA, RIO TINTO/ALCAN e BHP BILLITON.

Analisando esta jurisprudência, percebemos que os julgamentos amplamente autorizam o pleito da Recorrente, afastando o argumento da ilegitimidade ativa adotado pelos anteriores despachos decisórios e acórdãos da DRJ proferidos no bojo dos processos administrativos.

Em apertada síntese, o CARF entende que o Consórcio Alumar, constituído com base nos artigos 278 e 279 da Lei das S.A.,³ não detém personalidade jurídica, razão pela

¹ Ementa(s)

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados IPI

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/03/2001

CONSÓRCIO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. EMPREENDIMENTO DETERMINADO. DURAÇÃO DO CONTRATO.

A Lei 6.404, de 1976, prevê a possibilidade de as sociedades empresárias constituírem consórcio, mediante contrato, para execução de determinado empreendimento. Nesse contrato, são cláusulas inarredáveis apenas as que regulam os temas enumerados nos incisos do artigo 279 da mencionada lei: designação do consórcio, se houver; descrição do empreendimento que constitua o objeto do consórcio; duração, endereço e foro; definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; e contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Inexiste impedimento legal para prazo de duração de consórcio demasiadamente longo e com possibilidade de sucessivas prorrogações. O ordenamento jurídico também não proíbe que o objeto do consórcio (empreendimento) seja a implantação e a exploração de determinado parque industrial. Do âmbito das relações entre particulares, perante a ausência de lei impondo conduta diversa, o princípio da autonomia da vontade é soberano na constituição do consórcio. (....)

² Ementa(s)

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 01/07/2003 a 30/09/2003

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.

³ 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.

qual são as empresas consorciadas, entre as quais está a Recorrente, que possuem o direito ao gozo do crédito presumido do IPI, conforme o artigo 1º, da Lei n. 9.363/96, e não o consórcio em si.

Vejamos o porquê dessa conclusão.

Analisando a constituição societária do Consórcio Alumar (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 23.637.697/000101, Billiton Metais S.A. — CNPJ 42.105.890/000146, Alcan Alumínio do Brasil S.A. CNPJ 60.561.800/000103 e Abalco S.A. CNPJ 00.434.317/0001 36), podemos encontrar o seu objeto e seu prazo de duração:

“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

§ 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 não circulante, 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.

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. ...)”;(...)

"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". (...)

Sobre tal documentação, abaixo transcrevo o irretocável voto do Conselheiro João Cassuli Junior (Acórdão 340201.160) sobre o Consórcio Alumar, tomando-o como razão de decidir o presente caso como prevê o artigo 50, §1º da Lei n. 9.784/1999, uma vez que consolida o melhor entendimento sobre a natureza do empreendimento e suas consequências para fins tributários:

“Resta assentar se o consórcio ALUMAR, na forma como constituído, pode ser entendido como uma “extensão” da empresa Recorrente, sendo imperioso lembrar que é este estabelecimento quem “produz” ou “industrializa” o produto final a ser exportado.

(...) entendo que o fato de o consórcio possuir cunho operacional (estabelecimento produtivo) não lhe tira o amparo jurídico na qual tenha sido constituído, pois que o mesmo possui específico termo de duração, bem como foi estabelecido para o cumprimento de um empreendimento, o qual, sabe-se ter sido aquisição de ativos de alto custo, indispensáveis à atividade de produção das consorciadas.

O “empreendimento” requerido pelo art. 278, da Lei 6.404/1976, efetivamente é um estabelecimento industrial, cuja empresa é a produção de Alumina, a partir do processamento da bauxita. Portanto, o consórcio é de produção e não de venda conjunta.

Não identifico vedação para esse desiderato para o qual foi criado o referido consórcio.

No caso em tela, o Consórcio ALUMAR reveste-se da união e empreendimento das empresas que lhe deram vida, pois que, apesar de todas atuarem no mesmo ramo – e, portanto, concorrerem entre si – possuíam interesses comuns na viabilização de seus negócios, que por sua vez demandavam grande investimento de capital e infraestrutura, possível somente com o esforço conjunto de todas elas.

Desta feita, sob a condição jurídica de um consórcio, as empresas ABALCO (Recorrente), ALCOA, RIO TINTO/ALCAN e BHP BILLITON, angariaram os fundos necessários para dar vazão ao empreendimento almejando, sendo este “estabelecimento” (composto pelos ativos que isoladamente

nenhuma possuía condições de adquirir), o industrializador do produto comercializado por cada uma delas.

Vislumbro que o Consórcio é, na proporção definida de participação de cada consorciada, tipicamente um estabelecimento produtor de cada uma das participantes, e não uma “sociedade de fato”, como entenderam a decisão da DRJ e o Ilustre Conselheiro Relator. Cada participante usa o estabelecimento filial seu, regularmente constituído e registrado no Cadastro Geral de Pessoas Jurídicas como tal, e efetivamente empregado para a industrialização de produtos tributados a alíquota zero, preenchendo, com isso, o conceito de estabelecimento industrial previsto na legislação de regência do IPI (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º). Neste sentido, a diferenciação de um consórcio e de uma sociedade de fato, a qual se questiona se não é o caso da Recorrente, fica clara na lição de Fernando Facury Scaff e Daniel Coutinho Silveira, no Parecer: Tributação de Consórcio de Empresas. Incidência Fiscais Normais e Refis. Repercussões Fiscais. Normas Vigentes (in, Revista Dialética de Direito Tributário nº. 153, pg. 103. Jun-2008)

“Esses são os elementos principais da definição do consórcio: trata-se da coordenação de atividades individuais para a execução de provimento comum entre os consorciados. Diverge, assim, da regulação própria da sociedade em que os sócios exercem conjuntamente atividade para repartição dos lucros. Logo, não se trata de um “tipo societário”, mas de uma forma de organização empresarial composta por sociedades autônomas para a realização de um objetivo específico.”

Nota-se que, diferentemente de uma sociedade de fato, o objetivo do consórcio não é a divisão de lucros, e sim a união para a consecução comum de um empreendimento, exatamente como é o caso da Recorrente, que uniu forças com outras sociedades para a execução de um empreendimento específico, neste caso o refino e a redução de alumínio, sendo o resultado de tal beneficiamento, comercializado individualmente por cada empresa consorciada.

(...)

Resta assente, por toda a verificação de fatos que aqui se expôs, que o Consórcio ALUMAR, além de constituído de forma correta (embora não sendo comum que o seja voltado a produção comum), é a representação, ainda que proporcional, das instalações da própria Recorrente, que no intuito de viabilizar parte muito onerosa de seu processo produtivo, adquiriu bens do ativo em esforço conjunto com outras empresas, industrializando assim parte de sua produção no estabelecimento consorciado.

É certo também que o estabelecimento gera gastos com insumos para a Recorrente, que trouxeram em si os custos das contribuições do Pis e da Cofins incidentes nas etapas do mercado interno, os quais, posteriormente, passaram a compor o custo dos produtos por ela fabricados e exportados, de modo

que, finalisticamente, se deve franquear o acesso ao benefício do crédito presumido de IPI como ressarcimento de Pis e Cofins, sob pena de se fazer letra morta do disposto na Lei nº 9.363/96, permitindo a “exportação de tributos” que se deseja evitar com a referida legislação.

No que diz respeito ao fato de o prazo de duração do consórcio ser previsto para o longínquo de 2050, e com permissão de renovação do prazo quando chegado o termo final, igualmente não considero fundamento para a desconsideração do Consórcio. Inicialmente porque não se pode confundir a “longevidade” de uma pessoa natural, com a de uma “empresa” ou “empreendimento”, estes quais feitos e criados para durar mais do que apenas a geração de seus fundadores. Não cessa uma “empresa” pela morte de seu fundador, ao contrário do que se dá com as pessoas naturais, cuja existência legal encerrase com a morte.

Além disso, por tratar-se de investimentos que, de modo público e notório, montam quantias extraordinárias para os padrões nacionais, é crível interpretar que o prazo de “retorno do investimento” igualmente seja elastecido, pois que em caso contrário, poderia restar inviabilizado o interesse da constituição do Consórcio, e com ele de se levar a cabo o empreendimento, deixando-se de gerar um empreendimento que gera e permite circular riquezas no local.

Ademais disso, especificamente com relação a necessidade dos Consórcios terem prazo específico, nos moldes interpretados pela decisão recorrida, não é matéria pacífica na doutrina societária nacional. É dizer, embora tenha que prever um prazo, este não precisa ser uma data específica, mas pode ser um termo ou uma condição, e, ainda, não há nada que proíba a renovação do prazo de um consórcio. Ao contrário senso, igualmente a previsão de uma data certa e determinada para a existência do Consórcio, igualmente não garante que se o tome como uma sociedade de fato, se deturpados os demais objetivos do mesmo.

(...)

Nesta linha de entendimento, filio-me à corrente que entende que o fato de o prazo de duração do Consórcio ser longo, ou mesmo de existir previsão para sua prorrogação, não o transmudaria, por si só, em sociedade de fato, de modo que no caso, entendo que o Consórcio não restou desconfigurado, e, portanto, tem ele, na condição de estabelecimento produtor (em condomínio com outras indústrias) e exportador, legitimidade para pleitear o benefício previsto na Lei n. 9.363/96.

Efetivamente, o entendimento é acertado pois, como destacado no Parecer encomendado pela Recorrente à Modesto Carvalhosa, as sociedades de fato têm como característica "a promiscuidade nas negociações entre as partes e a ausência de arquivamento junto ao órgão registrário", situação diametralmente oposta àquela promovida pela Alumar.

No Acórdão 3803-01.477,⁴ de relatoria do Conselheiro Alexandre Kern, a conclusão foi a mesma, afastando os óbices colocados pela Delegacia da Receita Federal ao indeferir o pleito da Recorrente. Efetivamente, a reflexão do Conselheiro sobre a legitimidade da Recorrente para a tomada de crédito é precisa e esclarecedora, de modo que também merece nossa atenção:

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-e 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.

Cumprе realçar necessidade de observância das decisões proferidas pelo CARF nos supra citados acórdãos, uma vez que o Novo Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal agora é expressa (artigo 15),⁵ determina em seu artigo 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

É por essa razão inclusive que, como tem decidido este Conselho, entendo que este não é o local nem o momento para se averiguar o montante dos créditos pleiteados. Na realidade, uma vez superada a questão da ilegitimidade para o pleito dos créditos presumidos de IPI, única razão adotada pelo despacho decisório para indeferir o pleito de ressarcimento, seus valores devem ser avaliados pela autoridade fiscal certificadora.

Dispositivo

Ex positis, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, reconhecendo a legitimidade da Recorrente para o pleito dos créditos presumidos de IPI estabelecidos no artigo 1º da Lei n. 9.363/96 e determinando o retorno dos autos para a DRF, para que examine e profira decisão sobre os demais requisitos do pedido de ressarcimento que lhe foi formulado.

⁴ Ressalto que o citado julgamento trata da questão do direito a apropriação do crédito da Contribuição ao PIS e da COFINS, e não do crédito presumido IPI, porém ultrapassando o mesmo óbice da constituição de suposta sociedade de fato pelo consórcio, que não poderia dar o direito ao pleito dos créditos.

⁵ Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz