



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n° 10166.007765/2001-21
Recurso n° 119.726 Embargos
Matéria OMISSÃO
Acórdão n° 203-13.214
Sessão de 03 de setembro de 2008
Embargante PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado Teceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes

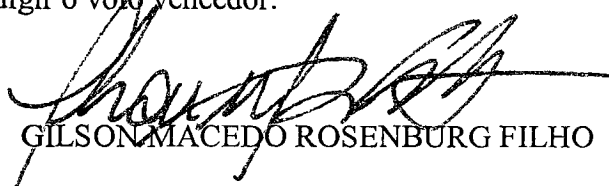
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FINALIDADE
IMPRÓPRIA. EFEITOS INFRINGENTES.
IMPOSSIBILIDADE.

Os Embargos de Declaração é recurso de finalidade imprópria que não se presta para alterar o conteúdo da decisão embargada quando a parte vencida dispõe de recurso de finalidade própria para perseguir tal pretensão.

Embargos rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acorda os membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em não conhecer dos embargos de declaração propostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis (Relator) e José Adão Vitorino de Moraes. Designado o Conselheiro Eric Moraes de Castro e Silva para redigir o voto vencedor.



GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Presidente



ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA

Relator-Designado



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração tempestivos, interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional no Acórdão nº 203.12068.

A embargante aponta omissão no julgado, no que o voto vencedor considerou a entidade isenta pressupondo que seria uma fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, nos termos do art. 13, VIII, da MP nº 2.158-35/2001, sem, no entanto, se deter “sobre os elementos que configuram uma fundação governamental, colocando a Centrus dentro desta categoria, sem explicitar exatamente o porquê”.

Indaga, a Embargante: “quais fundamentos foram utilizados para categorizar a contribuinte como uma fundação instituída e mantida pelo Poder Público? De outra parte, o art. 22 da Lei nº. 9.650/98 torna-se emblemático, seja porque estampa que a autuada não tem o caráter de fundação pública, tendo-se operado verdadeiro acerto de contas entre ela e o Banco Central, seja porque evidencia que o *decisum* em foco não levou em consideração dispositivos legais imprescindíveis para o deslinde da controvérsia.”

Destacando trecho do voto vencedor, segundo o qual “se a entidade não tivesse sido instituída pelo Banco Central do Brasil e nem fosse por ele mantida, caberia manter o lançamento”, entende que devem ser declinadas as razões de decidir relativas à natureza de fundação pública que se quer atribuir à Centrus e, acima de tudo, que haja pronunciamento expresso acerca do dos dispositivos da Lei nº 9.650/98.

Traça, então, histórico da Fundação Centrus (item III da peça embargatória, fls. 804/811). Neste tópico reporta-se ao art. 251 a Lei nº 8.112/90 – segundo o qual aplicava-se aos servidores do Banco Central o regime celetista, mas julgado inconstitucional pelo STF, na ADI nº 449 -, ao Acórdão nº 203-12.067, prolatado noutro processo da mesma entidade (nº 119.721, referente ao PIS) - no qual a declaração de voto do Cons. Ivan Allegreti dá conta de que no Recurso Extraordinário nº 202.700 o Supremo Tribunal Federal decidiu que as entidades fechadas de previdência complementar que recebem contribuição de seus participantes não se configuram como entidades de assistência social, não gozando de imunidade -, aos arts. 14, 21 e 22 da Lei nº 9.650/98 – que dispõem sobre um acerto de contas geral entre a Centrus e os participantes, determinando a devolução das contribuições pagas pelo Banco Central, enquanto patrocinador, e daquelas custeadas pelos participantes – e ao Recurso Especial nº 621.406 – do qual transcreve excerto do voto do relator, Min. Castro Filho.

Mais adiante a Embargante defende o seguinte (fls.811/812, item IV):

26. *A isenção da Cofins estatuída no art. 14 da MP nº. 2.158-35/02 jamais poderia ser estendida à Centrus, não só em virtude dos motivos já elencados, mas, sobretudo, por força de inúmeros outros problemas estruturais que desqualificam esta entidade como uma fundação instituída e mantida pelo Poder Público, quais sejam:*

não sofre controle administrativo por parte do Poder Executivo federal;



não teve a sua criação autorizada por lei;
não sofre fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União;
não está sujeita a processo licitatório;
não teve os seus servidores admitidos por concurso público;
a União e o Banco Central não são instituidores desta fundação;
não é mantida por recursos governamentais;
não foi instituída por afetação de patrimônio público a uma finalidade.

27. *Portanto, não tendo sido analisados todos os estes pontos, subsiste omissão no r. aresto embargado. Para conferir a isenção é preciso que se diga que, a despeito de todos os requisitos desatendidos pela Fundação Centrus, ainda assim, a sua natureza é de fundação instituída e mantida pelo Poder Público, exatamente como pede a norma instituidora do benefício fiscal. Passemos, com isso, à análise detida destes tópicos.*

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

Como o voto vencedor pressupõe que a Centrus é uma fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, mas tal questão não foi debatida nem tratada nos dois votos (o vencido e o vencedor), a omissão apontada deve ser sanada, complementando-se o Aresto. Tenho para mim que a Câmara, necessariamente, deve se pronunciar sobre o seguinte ponto: o que caracteriza uma fundação instituída ou mantida pelo Poder Público. Não se pronunciando sobre a questão, o Acórdão incorreu em omissão, a teor do que dispõe o art. 57, *in fine*, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes aprovado pela Portaria MF nº 147/2007.¹ Daí a necessidade de recebimento dos Embargos de Declaração.

Diante das informações fornecidas pela doura Procuradoria da Fazenda Nacional, ora Embargante, e após observar com atenção a constituição e alterações na legislação atinente à Centrus, concluo que a entidade é uma Entidade de Previdência Privada Fechada e a ela não se aplica o inc. VIII do art. 13 da MP nº 2.158-35/2001.

A Centrus foi instituída como fundação, mas desde o seu nascedouro já apresentava uma natureza híbrida, como se pode pelo seu estatuto, cujo art. 1º determina o seguinte:

“A FUNDAÇÃO BANCO CENTRAL DE PREVIDÊNCIA PRIVADA-CENTRUS, patrocinada pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL, é uma

¹ Art. 57. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

entidade fechada de previdência privada, sem fins lucrativos, constituída de acordo com a Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977.” (fl. 25, diferente do texto atual apenas no que neste foi acrescentado “...sucedida pela Lei Complementar n.º 109”, como se pode ver no sítio da entidade na internet, cujo endereço é www.centrus.org.br).

Como foi criada antes de 1988, pode-se admitir como válida a natureza jurídica de fundação, já que não se tinha, no texto constitucional anterior, dispositivo equivalente ao inc. XIX do art. 37 da Constituição atual, segundo o qual “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação” (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998). Apesar disto, é certo que a entidade, desde o início, possui como fundadores o Banco Central, na condição de patrocinador, e os participantes contribuintes, estes os funcionários do quadro de pessoal do patrocinador (art. 5º do Estatuto). Além dos contribuintes, participam da entidade os seus dependentes.

A par desses dois fundadores, não se pode afirmar que a Centrus foi instituída pelo Poder Público. Embora o Banco Central seja uma autarquia federal, parece ter participado da instituição da Centrus, bem como se sua manutenção, na condição de simples empregador.

A caracterizar a hibridez da natureza jurídica da Centrus – por um lado, fundação com participação do Poder Público, por outro, uma típica EPPF, como assentado expressamente no seu art. 1º, inclusive –, tem-se ainda o parágrafo único do art. 4º do seu Estatuto, determinando o seguinte: “Em caso de extinção da CENTRUS, o patrimônio remanescente, depois de liquidado seu último compromisso, se transferirá ao patrocinador, que o aplicará na assistência aos participantes.”

Diante do citado parágrafo, o que se tem é um patrimônio atrelado às pessoas fundadoras, e não afetado a um fim, como é próprio de uma fundação típica.

Por não ter o seu patrimônio afetado a um fim, a Lei n.º 9.650/98, ao cuidar do quadro de pessoal do Banco Central (atualmente submetidos ao Regime Jurídico Único de que trata a Lei n.º 8.112/90), pôde dispor sobre a realização de um acerto de contas envolvendo os participantes da entidade e determinar a devolução das contribuições pagas pelo Banco Central, enquanto patrocinador por um lado, e daquelas custeadas pelos participantes, por outro. Observe-se:

Art. 14. São mantidas as cotas patronais relativas a complementações previdenciárias devidas aos empregados do Banco Central do Brasil que se aposentaram sob o Regime Geral de Previdência Social até 31 de dezembro de 1990, bem como todas as responsabilidades do Banco Central do Brasil em relação a esses empregados, inerentes à condição de patrocinador da Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS.

§ 1º O Banco Central do Brasil permanece como responsável pela indicação dos administradores e membros do Conselho de Curadores da CENTRUS, nas proporções previstas no respectivo estatuto, podendo, a qualquer tempo, substituir os administradores e conselheiros que indicar.

§ 2º Observado o disposto no caput, o Banco Central do Brasil poderá exercer patrocínio não-contributivo à CENTRUS, relativamente aos servidores regidos pela Lei no 8.112, de 1990.



§ 3º A fração patrimonial da Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS, correspondente às "reservas de benefícios a conceder" relativas aos participantes incluídos no Regime Jurídico Único, no volume global das reservas, será dividida na razão do custeio de sua formação até 6 de setembro de 1996, por parte do patrocinador e de cada participante, observado o seguinte:

I - da parcela da fração patrimonial decorrente das contribuições do patrocinador serão deduzidos e devolvidos ao Banco Central do Brasil, por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 desta Lei, os valores relativos às contribuições realizadas desde 1º de janeiro de 1991, incluída a rentabilidade patrimonial correspondente;

II - da parcela da fração patrimonial decorrente das contribuições dos participantes, nominalmente identificada, serão deduzidos e devolvidos aos respectivos titulares, por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 desta Lei, os valores relativos às contribuições individuais realizadas desde 1º de janeiro de 1991, incluída a rentabilidade patrimonial correspondente;

III - a parcela remanescente da fração patrimonial decorrente das contribuições do patrocinador será administrada pela Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS, para custeio de aposentadorias e pensões concedidas com base na Lei no 8.112, de 1990, na forma em que vier a dispor o regulamento;

IV - a parcela remanescente da fração patrimonial decorrente das contribuições dos participantes será liberada aos respectivos titulares a partir da edição do regulamento a que se refere o art. 21 desta Lei, em até doze parcelas mensais consecutivas, de acordo com as disponibilidades financeiras da instituição, ou, a critério dos servidores, mantida, total ou parcialmente, sob a administração da CENTRUS, com a finalidade de obtenção de benefícios no sistema de contribuição definida, a serem estabelecidos por essa entidade de previdência privada, com base exclusivamente em contribuições dos participantes.

Por fim, e como bem observado pela Embargante, a Centrus não é fiscalizada pelo Tribunal de Contas da União, não se submete a processo licitatório nem à de realização de concurso público, tudo isto a denotar que não é uma fundação pública instituída ou mantida pelo Poder Público, mas sim uma EPPF típica, submetida à incidência da Cofins nos termos do voto antes vencido, da lavra do ilustre Conselheiro Odassi Guerzoni Filho.

Afastada a hipótese do inc. VIII do art. 13 da MP nº 2.158-35/2001, a Centrus se submete à tributação nos termos da Lei nº 9.718/98, incluindo o § 1º do art. 3º, cuja inconstitucionalidade foi decretada pelo STF na via incidental.

Tendo a referida inconstitucionalidade sido decretada em julgamentos de recursos extraordinários, ainda não pode ser aplicada nesta oportunidade por não ter efeitos *erga omnes*. Até que sobrevenha ato do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional cancelando tais lançamentos, conforme autorizado pelo *caput* do art. 4º do Decreto nº 2.346/97, descabe a este órgão julgado administrativo considerar tal inconstitucionalidade. Outra alternativa, a evitar prejuízos para os cofres financeiros públicos e



demora para os contribuintes, é a edição de súmula vinculante por parte do STF, nos termos da recente Lei nº 11.417, de 19/12/2006.

Aos que dão relevância ao novo Regimento, ao ponto de verem nele autorização para aplicar, de forma ampla, inconstitucionalidade incidental, sublinho que portaria ministerial nunca poderia ir a tanto. Se atualmente, após a Portaria MF nº 147/2007, os Conselhos de Contribuintes têm poder para aplicar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, é porque já tinham antes. Tal poder há de ser visto noutra ato legal, nunca no referido ato infralegal.

Como se sabe, somente o Judiciário é competente para julgar inconstitucionalidades, nos termos da Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, “a”, III e §§ 1º e 2º deste último.

No âmbito do Poder Executivo o controle de constitucionalidade é exercido *a priori* pelo Presidente da República, por meio da sanção ou do veto, conforme o art. 66, § 1º, da Constituição Federal.

A posteriori o Executivo federal, na pessoa do Presidente da República, possui competência para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tudo conforme a Constituição Federal, arts. 103, I e seu § 4º, e 102, § 1º, este último parágrafo regulado pela Lei nº 9.882/99. Também atuando no âmbito do controle concentrado de inconstitucionalidades, o Advogado-Geral da União será chamado a pronunciar-se quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (CF, art. 103, § 3º).

No mais, *a posteriori* o Executivo só deve se pronunciar acerca de inconstitucionalidade depois do julgamento da matéria pelo Judiciário. Assim é que o Decreto nº 2.346/97, com supedâneo nos arts. 131 da Lei nº 8.213/91 (cuja redação foi alterada pela MP nº 1.523-12/97, convertida na Lei nº 9.528/97) e 77 da Lei nº 9.430/96, estabelece que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, devem ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos.

Consoante o referido Decreto o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida pelo Judiciário em caso concreto. Também o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, ficam autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que não mais sejam constituídos ou cobrados os valores respectivos. Após tal determinação, caso o crédito tributário cuja constituição ou cobrança não mais é cabível esteja sendo impugnado ou com recurso ainda não definitivamente julgado, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (parágrafo único do art. 4º referido Decreto, cuja interpretação não pode ser dissociada nem do *caput* desse artigo, nem do art. 1º, incluindo respectivos parágrafos, do Decreto em comento).

O Decreto nº 2.346/97 ainda determina que, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a



declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

Na forma do citado Decreto, aos órgãos do Executivo competem tão-somente observar os pronunciamentos do Judiciário acerca de inconstitucionalidades, **quando definitivos e inequívocos**. Não lhes compete apreciar inconstitucionalidades. Assim, não cabe a este tribunal administrativo, como órgão do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie, de forma definitiva e em decisão com efeitos *erga omnes*. Neste sentido já informa, inclusive, o 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007, publicado em 28/06/2007. No Regimento anterior, disposição no mesmo sentido constava do seu 22-A (Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002).

Apesar de o novo Regimento Interno, no seu art. 49, parágrafo único, inc. I, introduzir redação que não mais se refere, expressamente, à **ação direta** de inconstitucionalidade – ao contrário do Regimento antigo, cujo art. 22-A, parágrafo único, inc. I, ao mencionar a possibilidade deste órgão administrativo afastar lei declarada inconstitucional, se referia expressamente à ação direta -, não vejo relevância na alteração. É que o Regimento Interno, seja o antigo ou o atual, há de ser interpretado em conjunto com o Decreto nº 2.346/97. Neste, por sua vez, inexistente qualquer autorização para aplicação de inconstitucionalidade declarada na via incidental (cujos efeitos são *inter partes*, cabe ressaltar), antes de Resolução do Senado Federal ou de pronunciamento do Presidente da República, do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

A norma a ser extraída do texto do inc. I do parágrafo único do art. 49 do Regimento novo, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, é rigorosamente idêntica à norma retirada do inc. I do parágrafo único do art. 22-A do Regimento anterior, na redação dada pela Portaria MF nº 103/2002. A expressão “ação direta” não precisava constar da redação anterior, tanto quanto sua omissão na redação atual é irrelevante. É assim porque, tanto antes como agora, não há outorga de competência a este órgão julgador administrativo para aplicar inconstitucionalidade declarada na via incidental, exceto após um dos pronunciamentos acima mencionados.

Pelo exposto, acolho os Embargos de Declaração e, dando-lhes efeitos infringentes, voto por alterar o resultado do julgamento e negar provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Voto Vencedor

Conselheiro ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA, Relator-Designado

A decisão embargada pela Fazenda Nacional foi assim ementada :

“COFINS. FATOS GERADORES DE FEVEREIRO DE 1999 EM DIANTE. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA OU 

MANTIDA PELO PODER PÚBLICO. ISENÇÃO. ARTS. 14, X, E 13, VIII, DA MP. 2.158-35.

Nos termos do art. 14, x, combinado com o art. 13, VIII, da MP n. 2.158-35/2001, são isentas da COFINS as fundações de direito privada instituídas ou mantidas pelo Poder Público”.

Ao seu turno, peço vênia para transcrever a finalidade dos Embargos de Declaração ora analisados, que foi sucintamente exposta pela Recorrente às fls. 821, *verbis*:

“Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que:

i) o r.acórdão embargado foi omissivo quando examinou se a Fundação Centrus é realmente uma fundação instituída e mantida pelo poder público;

ii) se omitiu ao não apreciar a questão posta nos autos sob o prisma das alterações trazidas pela Lei n. 9.650/98, que, após a adesão do Banco Central do RJU, previu acerto de contas definitivo com a fundação autuada e o Banco Central, extinguindo, inclusive, os repasses que este efetuava na qualidade de mero patrocinador de programa de previdência privada;

iii) não se pronunciou sobre se a contribuinte atende aos requisitos que caracterizam uma fundação governamental com personalidade de direito público ou privado, nem se a mesma se submete aos controles inerentes a este tipo de entidade, quais sejam supervisão administrativa, lei específica de autorização, licitação, concurso público, fiscalização pelo TCU, dentre outros”.

Assim, pelo mero cotejo das transcrições acima, vê-se que a finalidade dos presentes Embargos Declaratórios é “reformular” a decisão recorrida, transmutando a natureza deste recurso “*sui generis*” que não se presta para “anular” ou “reformular” decisão (finalidade própria dos recursos), mas apenas harmonizar o julgado, sem alterar-lhe o conteúdo decisório (finalidade recursal impróprio).

Nestas situações, mormente quando há recurso de finalidade própria que o recorrente pode se valer para alterar o conteúdo da decisão – como é o caso dos autos – entendendo não ser possível a concessão de efeito modificativo, como aqui pretendido pela Fazenda.

Neste sentido, escoro-me na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim consolidada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO INDEFERIDO. PRETENSÃO DE REDISCUTIR MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL.

(...)

2. O real objetivo do Embargante é conferir efeitos modificativos aos presentes embargos, visando revisão do julgamento que não lhe foi favorável, pretensão que não se coaduna com a via eleita, que têm a finalidade de sanar eventual omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, inexistentes na espécie.



3. *A via especial, destinada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Constituição Federal, ainda que para fins de prequestionamento.*

4. *Embargos rejeitados.*

(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 984753 / RN EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0211198-3. Rel. Ministra LAURITA VAZ.)

Por todo o exposto, voto por não conhecer os presentes aclaratórios.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008


ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA 