



Processo nº 19515.008394/2008-38
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-008.245 – 2^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 01 de setembro de 2020
Recorrente ALFA SERVICE EMPRESA LIMPADORA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2006

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. AUXÍLIO CRECHE. SÚMULA CARF Nº 64.

Não incidem contribuições previdenciárias sobre as verbas concedidas aos segurados empregados a título de auxílio-creche, na forma do artigo 7º, inciso XXV, da Constituição Federal, em face de sua natureza indenizatória.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Solicitou fazer declaração de voto o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Relatora e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Rodrigo Lopes Araújo, Matheus Soares Leite, André Luís Ulrich Pinto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração - AI, Debcad 37205209-6, lavrado contra a empresa em epígrafe, no período de 02/2003 a 12/2006, referente a contribuição social previdenciária correspondente à diferença de contribuição dos segurados, não descontada, incidente sobre a remuneração paga a segurados empregados a título de auxílio creche sem a devida comprovação das despesas, apurada com base em folhas de pagamento e contabilidade, conforme Relatório Fiscal, fls. 25/32.

Consta ainda do Relatório Fiscal que foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP e que a possível decadência foi verificada com base no CTN, art. 173, I. O contribuinte foi cientificado da autuação em 29/12/08 (Aviso de Recebimento – AR de fl. 35).

Em impugnação de fls. 40/42, a empresa alega que o reembolso do auxílio creche não é salário utilidade, mas sim indenização. Sendo indevidos os valores, não há obrigação de declará-los em GFIP. Pede o arquivamento do auto de infração.

Foi proferido o Acórdão 16-22.790 - 12^a Turma da DRJ/SP1, fls. 54/69, assim entendido:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2006

Ementa:

AUXÍLIO-CRECHE. Integra O salário-de contribuição o valor pago aos empregados a título de auxilio-creche sem a devida comprovação das despesas realizadas.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. Considera-se salário-de-contribuição a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas e os ganhos habituais sob a fonna de utilidades.

CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO.

Convenções Coletivas de Trabalho constituem fonte normativa para as relações empregatícias e obrigam as partes, porém não obrigam terceiros e não têm o poder de isentar o contribuinte de sua obrigação para com o fisco.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS. É dever legal do auditor-fiscal, sob pena de incorrer em contravenção penal comunicar ao Ministério Público a ocorrência do ilícito que configura, em tese crime contra a Seguridade Social, para que este promova ou não a Ação Penal.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

A apresentação de provas no contencioso administrativo deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado do Acórdão em 29/11/10 (documento de fl. 73), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 29/12/10, fls. 74/82, que contém, em síntese:

Alega que o pagamento do auxílio creche não é salário utilidade, auferido por liberalidade patronal. Cita jurisprudência. Cita a CLT, art. 389, § 1º, afirmando ser o auxílio creche um direito do empregado e um dever do patrão a manutenção de creche ou a terceirização do serviço e, na sua ausência, a verba concedida a esse título será indenizatória.

Cita a Convenção Coletiva de Trabalho 2005/2006 da categoria, item 8, que dispõe sobre o auxílio-creche. No dispositivo consta que o valor do auxílio creche corresponde a 15% do salário mínimo, por filho menor de um ano de idade ou inválido até 21 anos.

Afirma não ter havido sonegação. Sendo indevidos os valores, não há obrigação de declará-los em GFIP. Incabível a responsabilidade penal.

Pede o arquivamento do auto de infração. Faz pedido genérico de produção de provas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Miriam Denise Xavier, Relatora.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, assim, deve ser conhecido.

MÉRITO

Para o segurado empregado do RGPS, qualquer parcela destinada a retribuir o seu trabalho integra o salário de contribuição, conforme Lei 8.212/1991, artigo 28, inciso I:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Entretanto, a Lei 8.212/91, no art. 28, § 9º, exclui algumas rubricas da base de incidência das contribuições previdenciárias, contudo para que tais rubricas sejam excluídas, elas devem estar previstas no citado dispositivo legal e devem ser pagas dentro dos ditames da lei.

Trata-se de norma isentiva, que deve ser interpretada restritivamente, nos termos do CTN, art. 111.

Quanto ao auxílio-creche, assim determina a Lei 8.212/91:

Art. 28. [...]

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

[...]

s) o resarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e **o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista**, observado o limite máximo de seis anos de idade, **quando devidamente comprovadas as despesas realizadas**; (grifo nosso)

Em que pese a lei exigir a devida comprovação das despesas, o STJ pacificou o entendimento pela não incidência de contribuição sobre os valores pagos a título de auxílio creche, conforme Súmula nº 310: “O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.”

Acrescente-se que o STJ apreciou a matéria no REsp 1.146.772/DF, em sede de recursos repetitivos, de observância obrigatória pelos conselheiros do CARF.

Ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, II E 535, I E II DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 310/STJ. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. Não há omissão quando o Tribunal de origem se manifesta fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação, decidindo, entretanto, contrariamente aos interesses dos recorrentes. Ademais, o Magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pelas partes. 2. A demanda se refere à discussão acerca da incidência ou não de contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos empregados do Banco do Brasil a título de auxílio-creche. 3. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que o auxílio-creche funciona como indenização, não integrando, portanto, o salário de contribuição para a Previdência. Inteligência da Súmula 310/STJ. Precedentes: EREsp 394.530/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 28/10/2003; MS 6.523/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 22/10/2009; AgRg no REsp 1.079.212/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 13/05/2009; REsp 439.133/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 22/09/2008; REsp 816.829/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 19/11/2007. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN elaborou o Parecer nº 2600/2008, face ao entendimento pacificado na jurisprudência no sentido de que os valores pagos a título de auxílio creche não integram o salário de contribuição, assim ementado:

Tributário. Contribuição Previdenciária. Auxílio-Creche. Natureza indenizatória. Não incidência. Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

Consta de referido parecer que:

6. Ocorre que o Poder Judiciário entendeu diversamente, tendo sido pacificado no âmbito do STJ que o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária e **constitui-se numa indenização pelo fato da empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento**. Ademais, o caráter salarial restaria descaracterizado pela cessação do recebimento do benefício quando o menor ultrapasse os seis anos de idade. (grifo nosso)

A matéria também foi objeto da Súmula CARF nº 64:

Não incidem contribuições previdenciárias sobre as verbas concedidas aos segurados empregados a título de auxílio-creche, na forma do artigo 7º, inciso XXV, da Constituição Federal, em face de sua natureza indenizatória.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN também elaborou o Ato Declaratório nº 13/2011, de 20/12/11, determinando:

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2118/2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho

publicado no DOU de 15/12/2011, declara que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

I - fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, nas ações judiciais que visem obter a declaração de que não incidem contribuição previdenciária e imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de auxílio-creche pelos trabalhadores até o limite de cinco anos de idade de seus filhos e [...]

Sobre a matéria, cite-se o decidido no Acórdão CARF 2402-003.564, de 21/6/13, conforme trecho do voto:

Destaque-se que, em 22/12/2011, foi publicado no DOU o Ato Declaratório da PGFN nº 13/2011, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, o qual, nos termos do Parecer PGFN/CRJ nº 2.118/2011, dispensa a Procuradoria da Fazenda Nacional de contestar e recorrer, desde que inexistente outro fundamento relevante, "nas ações judiciais que visem obter a declaração de que não incide contribuição previdenciária sobre as verbas recebidas a título de auxílio-creche pelos trabalhadores até o limite de cinco anos de idade de seus filhos".

Referido ADE revogou o Ato Declaratório PGFN nº 11/2008.

Nos termos do entendimento acima, os valores pagos em decorrência de auxílio-creche não integram o salário de contribuição independentemente da comprovação da despesa com creches pelos segurados, desde que haja demonstração, por meio de documentos, dos seguintes requisitos: (i) identificação dos beneficiários; (ii) os dependentes não tenham mais de 5 anos de idade; e, (iii) o benefício seja limitado ao valor fixado na convenção coletiva.

Depreende-se do Relatório Fiscal e dos demais documentos acostados ao presente Processo que esses requisitos foram preenchidos, eis que a auditoria fiscal cinge-se a registrar que o lançamento decorre da falta de comprovação pelos empregados das despesas efetuadas com o benefício do auxílio creche. Logo, este benefício não deverá integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

No presente caso, a mesma situação se verifica, os valores foram considerados como fato gerador apenas pela não comprovação das despesas pelos empregados.

De acordo com as decisões do STJ e pareceres da PGFN citados, a comprovação da despesa restou mitigada em face do caráter indenizatório da verba pelo fato da empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento para atender aos filhos dos empregados até cinco anos de idade.

Tal entendimento também foi esposado no Acórdão 9202-002.995, no qual se discutia a necessidade de comprovação dos gastos, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/06/1998 a 30/11/2002

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUXÍLIO CRECHE. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF.

A controvérsia acerca da incidência de contribuições previdenciárias sobre recebidas a título de auxílio creche, ora submetida a esta 2^a Turma da CSRF, foi superada pela Súmula nº 64: Não incidem contribuições previdenciárias sobre as verbas concedidas aos segurados empregados a título de auxílio-creche, na forma do artigo 7º, inciso XXV, da Constituição Federal, em face de sua natureza indenizatória.

Recurso Especial não conhecido.

Apenas se a fiscalização comprovasse que a verba paga a título de auxílio creche, na verdade se tratava de verba remuneratória, poderia considerá-la como salário de contribuição. Mas esta não é a situação que se verifica no presente caso.

Sendo assim, indevidas as contribuições apuradas no presente auto de infração.

CONCLUSÃO

Dante do exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, e, no mérito, dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier

Declaração de Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a consagrar o caráter indenizatório do auxílio-creche e a não integração ao salário-de-contribuição se desenvolveu a partir do art. 389, § 1º, da CLT, da Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.296, de 1986, da redação original do art. 7º, XXV, da Constituição (redação original: até 6 anos, com a EC 53, de 2006, até 5 anos) e do Parecer nº 57, de 1996 do Ministério da Previdência Social (reconhece caráter indenizatório), bem com da interpretação da Lei nº 8.212, de 1991, no contexto do art. 28, I, § 9º, em sua redação original, ou seja, sem qualquer referência ao auxílio-creche e à necessidade de comprovação de despesas, eis que apenas com o advento da Lei nº 9.528, de 1997, foi incluída a alínea:

s) o resarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas;

Note-se que a Súmula nº 310 do STJ indica três Acórdãos como precedentes:

Súmula nº 310

O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.

Referência:

CLT, art. 389, § 1º.

Precedentes:

EREsp 413.322-RS (1^a S, 26.03.2003 – DJ 02.06.2003)
REsp 228.815-RS (2^a T, 08.08.2000 – DJ 11.09.2000)
REsp 365.984-PR (2^a T, 10.09.2002 – DJ 07.10.2002)

Primeira Seção, em 11.05.2005

DJ 23.05.2005, p. 371

Sendo que, nos três Acórdãos, é nítido que se discute a natureza jurídica do reembolso creche em face do art. 28, I, da Lei nº 8.212, de 1991, e no contexto de não haver previsão expressa em relação ao reembolso creche dentre as hipóteses do § 9º do art. 29 da Lei nº 8.212, de 1991.

Dante da jurisprudência do STJ, foi emitido o Ato Declaratório nº 11, de 2008¹, com lastro no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2600, de 2008, do qual ganha destaque:

6. Ocorre que o Poder Judiciário entendeu diversamente, tendo sido pacificado no âmbito do STJ que o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária e constitui-se numa indenização **pelo fato da empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento**. Ademais, o caráter salarial restaria descaracterizado pela cessação do recebimento do benefício quando o menor ultrapasse os seis anos de idade.

7. Vale lembrar que a controvérsia está superada pelo verbete sumular nº 310 do STJ. Verbis:

O Auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.

Sob o impacto do Ato Declaratório nº 11, de 2008, quando da IN RFB nº 971, de 2009, o texto normativo a tratar da matéria em questão foi alterado, como podemos observar:

IN MPS/SRP nº 03, de 2005

Art. 72. Não integram a base de cálculo para incidência de contribuições: (...)

XXIII - o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos da criança, quando **comprovadas as despesas**;

IN RFB nº 971, de 2009

Art. 58. Não integram a base de cálculo para fins de incidência de contribuições: (...)

XXII- o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista. observado o limite máximo de 6 (seis) anos da criança;

A Receita Federal solicitou a revisão do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2600, de 2008 e do Ato Declaratório nº 11, de 2008, por entender que o STJ não se manifestou acerca do disposto na alínea “s” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, no sentido de se exigir ou não a devida comprovação das despesas realizadas.

Considerando que a jurisprudência invocada no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2600, de 2008, não faz qualquer referência à entrada em vigor da alínea “s” do § 9º do art. 29 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação da Lei nº 9.528, de 1997, a PGFN adotou o entendimento de ser a ausência de comprovação das despesas realizadas com creche fundamento relevante para justificar impugnação e recurso pelos Procuradores da Fazenda Nacional, mas não para a revisão do Ato Declaratório, conforme expressamente disposto no Parecer PGFN/CRJ/Nº 466, de 17 de março de 2010.

Assim, no âmbito da PGFN, restaram solidificadas as seguintes premissas²: (i) a legislação regente da matéria, art 28, § 9º, “s”, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, permite a

¹ DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante: “nas ações judiciais que visem obter a declaração de que não incide a contribuição previdenciária sobre o auxílio-creche, recebido pelos empregados e pago até a idade dos seis anos de idade dos seus filhos menores.”

² Parecer PGFN/CAT/nº521/2010.

exclusão da base do salário-de-contribuição da verba recebida a título de auxílio-creche desde que haja efetiva comprovação da despesa; (ii) a jurisprudência já sumulada do STJ permite a mesma exclusão, sem, no entanto, discutir sobre a necessidade ou não da comprovação das despesas com o benefício; (iii) o Ato Declaratório nº 11, de 1º de dezembro de 2008, autoriza a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, a desistência dos já interpostos, bem como impele a Receita Federal do Brasil a revisar os lançamentos já efetuados e impede novos lançamentos da contribuição previdenciária sobre a rubrica do auxílio-creche, caso não ocorra outro fundamento relevante; (iv) nos termos do Parecer PGFN/CRJ/Nº 313/2010 não há possibilidade no presente momento de revisão dos termos do Ato Declaratório nº 11, de 1º/12/2008, em razão da pacífica e determinante orientação do Superior Tribunal de Justiça; e (v) o Parecer PGFN/CRJ/Nº 466/2010 esclarece que a comprovação das despesas é fundamento relevante a orientar a carreira a impugnar e a recorrer quando não estiver presente o comprovante.

Na esfera da Receita Federal, a IN RFB nº 971, de 2009, foi alterada para refletir o entendimento da PGFN:

IN RFB nº 971, de 2009

Art. 58. Não integram a base de cálculo para fins de incidência de contribuições: (...)

XXII - o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de 6 (seis) anos de idade da criança, quando devidamente comprovadas as despesas (Lei nº 8.212, de 1991, art. 28, § 9º, alínea "s" e Decreto nº 3.048, de 1999, art. 214, § 9º, inciso XXIII);

(Redação dada pela IN RFB nº 1080, de 2010)

No âmbito do STJ, foi julgado o REsp 1146772/DF, Tema Repetitivo 338, a seguir, transcrevo a tese firmada e a ementa do Acórdão em questão:

Tese Firmada:

O auxílio-creche funciona como indenização, não integrando o salário-de-contribuição para a Previdência. Inteligência da Súmula 310/STJ.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, II E 535, I E II DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 310/STJ. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Não há omissão quando o Tribunal de origem se manifesta fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação, decidindo, entretanto, contrariamente aos interesses dos recorrentes. Ademais, o Magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pelas partes.

2. A demanda se refere à discussão acerca da incidência ou não de contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos empregados do Banco do Brasil a título de auxílio-creche.

3. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que o auxílio-creche funciona como indenização, não integrando, portanto, o salário de contribuição para a Previdência. Inteligência da Súmula 310/STJ. Precedentes: EREsp 394.530/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 28/10/2003; MS 6.523/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 22/10/2009; AgRg no REsp 1.079.212/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 13/05/2009; REsp 439.133/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 22/09/2008; REsp 816.829/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 19/11/2007.

4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1146772/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 04/03/2010)

Nas razões recursais do recurso especial, a PGFN alegou, segundo o relatório do Acórdão em questão:

No mérito, alega afronta ao art. 28, I, § 9º, da Lei 8.212/91, defendendo que é possível a incidência da contribuição previdenciária, *independente da comprovação das despesas realizadas*, sobre os valores recebidos a título de auxílio-creche, uma vez que a verba enquadra-se no conceito de salário.

Para uma melhor compreensão da lide havida no REsp 1146772/DF, transcrevo o relatório e excertos do voto condutor do Acórdão Recorrido:

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO (RELATORA):

Apelação, interposta pelo BANCO DO BRASIL S/A, da sentença proferida pelo Juízo da 16^a Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da **Ação Ordinária 96.0012667-4**, julgou improcedente o pedido, o qual objetivava a suspensão do crédito fiscal previdenciário, decorrente de notificação procedida pela ré, sob alegação de que: *dada à inexistência de lei específica que regulamente a matéria, os reembolsos a empregados cujos filhos estiverem na faixa etária de 6 meses a 6 anos, e cuja empresa proceda habitualmente a esse reembolso, ensejaria sua incorporação para efeito de salário contribuição*.

Asseverou o Juízo a quo no sentido de que, para caracterizar o auxílio-creche como ajuda de custo, seria imperioso que a exordial trouxesse prova de que os empregados do Banco do Brasil efetuassem gastos em tal sentido e, sobretudo, que as verbas creditadas pelo empregador, sob essa rubrica, caracterizassem recomposição de prejuízo.

O apelante, em suas razões de apelação, arguiu que o pagamento de auxílio-creche tem por finalidade suprir a exigência legal do art. 389, § 1º, da CLT, ou seja, de manter na empresa local destinado a assistência aos filhos de suas empregadas.

Alega, assim, que é nítido caráter indenizatório, e de natureza não salarial da verba, de modo que não integraliza a remuneração dos empregados do Banco, para efeito de contribuição previdenciária.

Por fim, pugnou pela reforma da decisão, bem como a consequente inversão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões às fls. 115/119

É o relatório.

Voto (...)

Versa a lide acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre a verba denominada Auxílio-Creche.

O auxílio-creche está previsto no art. 389, § 1º, da CLT, que exige do empregador, cujo estabelecimento de trabalho tenha no mínimo 30 mulheres com mais de 16 anos a disponibilização de local apropriado, onde possam deixar os filhos durante o período de amamentação.

Esse direito foi regulamentado pela Portaria do Ministério do Trabalho 3.296/1986, a qual autorizou as empresas e os empregadores a adotarem o sistema de reembolso-creche em substituição à exigência do art. 389 da CLT.

Assim, as verbas denominadas auxílio-creche, auxílio pré-escolar ou auxílio-babá são pagas pelo empregador ao empregado para possibilitar o cuidado de seus dependentes durante a jornada de trabalho.

É, portanto, prestação substitutiva, com finalidade de reembolso. Não configuram fato gerador para o tributo previsto no art. 43 do CTN, uma vez que se excluem do conceito de renda por não promoverem nenhum acréscimo patrimonial ao funcionário. Sequer possuem caráter remuneratório, pois não integram a base de cálculo do 13º salário e são absolutamente temporárias, devidas apenas aos dependentes de servidor que se encontrem em idade pré-escolar.

Nesse sentido, o STJ publicou, em 23 de maio de 2005, a Súmula 310, com o seguinte teor: O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.

Diante de sua natureza indenizatória, patente está a ilegalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre os valores respectivos.

Esse entendimento tem sido aplicado por esta Turma, conforme as ementas abaixo relacionadas: (...)

Ante o exposto, dou provimento à apelação do autor, para considerar indevidas as cobranças de contribuição previdenciária sobre auxílio-creche, bem como para inverter o ônus da sucumbência.

Destaque-se que o REsp 1146772/DF não versa sobre o período de vigência do art. 28, § 9º, “s”, da Lei nº 8.212, de 1991, incluído pela Lei nº 9.528, de 1997, podendo essa situação ser confirmada pelo próprio número do processo originário: **Ação Ordinária 96.0012667-4** da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, distribuído em 03/07/1996.

Posteriormente, o Ato Declaratório nº 11, de 2008, foi revogado pelo Ato Declaratório 13, de 2011, para se deixar expressamente consignado o limite de idade de até 5 anos, diante da redação vigente dos arts. 7º, inciso XXV, e 208, inciso IV, da Constituição Federal e ao entendimento do STF, a faixa etária da educação infantil deve ser concebida como desde o nascimento até 5 anos de idade.

Paralelamente, foi editado o Ato Declaratório nº 01, de 2014³, lastreado no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2271, de 2013, que se aplica ao auxílio-babá o entendimento solidificado para o auxílio-creche:

25. Não se deve olvidar que a dispensa para recorrer e contestar somente deve incidir sobre os autos em que efetivamente comprovadas as despesas realizadas a título de reembolso-babá, nos termos do Decreto n.º 3.265, de 29 de novembro de 1999⁴, como salientado no Parecer PGFN/CRJ/N.º 466/2010, abaixo transcrito:

(...) que se oriente a carreira de Procuradores da Fazenda Nacional para que, quando se depararem com processos da espécie, não restando devidamente demonstrado nos autos a efetiva utilização do auxílio-creche para sua finalidade, sobre ele deve incidir tributação, e o Procurador da Fazenda responsável pela condução do respectivo processo deverá impugnar esta questão, bem assim recorrer de decisões judiciais contrárias a esse entendimento.

³DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação, de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante: "nas ações judiciais que visem a obter a declaração de que não incide imposto de renda ou contribuição previdenciária sobre as verbas recebidas a título de reembolso-babá.

⁴ § 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

XXIV-o reembolso babá, limitado ao menor salário-de-contribuição mensal e condicionado à comprovação do registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social da empregada, do pagamento da remuneração e do recolhimento da contribuição previdenciária, pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade da criança; e (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/1999)

Com efeito, corrobora o exposto no parágrafo anterior o contido no texto do próprio Ato Declaratório n. 11, de 01/12/2008, publicado no D.O.U. de 11/12/2008, que autoriza “a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante...” e, neste caso, a ausência de comprovação das despesas realizadas configura fundamento relevante a excepcionar a dispensa de contestar e recorrer. (grifou-se)

26. Destaque-se que embora o Parecer acima citado se refira ao auxílio-creche, pode-se afirmar que por serem institutos que se equiparam e que, inclusive, como dito, são tratados pelos tribunais como similares, aplicam-se ao reembolso-babá as mesmas premissas nele utilizadas.

Na esfera do CARF, com fundamento no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2600, de 2008, e na Súmula STJ nº 310, desenvolveu-se jurisprudência administrativa a considerar o auxílio-creche como verba indenizatória, a não integrar o salário-de-contribuição, mesmo para o período de vigência da alínea “s” do § 9º do art. 29 da Lei nº 8.212, de 1991, incluído pela Lei nº 9.528, de 1997. Essa interpretação foi consolidada na Súmula CARF nº 64:

Súmula CARF nº 64

Não incidem contribuições previdenciárias sobre as verbas concedidas aos segurados empregados a título de auxílio-creche, na forma do artigo 7º, inciso XXV, da Constituição Federal, em face de sua natureza indenizatória.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 2402-00985, de 06/07/2010 Acórdão nº 206-01.797, de 04/02/2009 Acórdão nº 2401-00181, de 07/05/2009 Acórdão nº 2401-00182, de 07/05/2009 Acórdão nº 2402-00122, de 19/08/2009

Os cinco Acórdãos Precedentes envolvem período de apuração posterior ao advento da Lei nº 9.528, de 1997, e sustentam a interpretação da jurisprudência do STJ afastar a exigência da alínea “s” do § 9º do art. 29 da Lei nº 8.212, de 1991, de comprovação das despesas realizadas com creche, conforme revelaria o Parecer PGFN/CRJ/Nº 2600, de 2008, aprovado pelo Ministro da Fazenda, tendo sido este o entendimento cristalizado pela Súmula.

Ressalte-se que a Súmula em questão foi aprovada na sessão do Pleno e das Turmas da CSRF realizada em 29/11/2010 (Portaria CARF nº 49, de 01.12.2010), posterior, portanto, ao Parecer PGFN/CRJ nº 466, de 17 de março de 2010.

Apesar de considerar que o Parecer PGFN/CRJ/Nº 2600, de 2008, invoca jurisprudência que não se manifesta sobre a alínea “s” do § 9º do art. 29 da Lei nº 8.212, de 1991, bem como que a Súmula STJ nº 310 cristaliza jurisprudência que também não se manifesta sobre referida alínea, por força da Súmula CARF nº 64, à luz de seus precedentes, impõe-se a conclusão de restar afastada a comprovação das despesas com creche, a prevalecer o entendimento, sem qualquer ressalva, de que não incidem contribuições previdenciárias sobre as verbas concedidas aos segurados empregados a título de auxílio-creche, na forma do artigo 7º, inciso XXV, da Constituição Federal, em face de sua natureza indenizatória.

Nesse ponto, ganha destaque o Recurso Especial do Procurador no processo nº 36144.002653/2006-30 em que a Fazenda Nacional argumentou pela necessidade da comprovação dos gastos, nos termos da alínea “s” do § 9º do art. 29 da Lei nº 8.212, de 1991, invocando expressamente o Parecer PGFN/CRJ nº 466, de 17 de março de 2010.

O voto condutor do Acórdão nº 9202-002.995, de 07 de novembro de 2013, acolhido por unanimidade, não conheceu do recurso especial em questão sob o fundamento de a controvérsia acerca da incidência de contribuições previdenciárias sobre valores pagos a título de

auxílio-creche ter sido superada pela Súmula CARF nº 64, mencionando ainda o Ato Declaratório nº 13, de 2011.

Destarte, mesmo não concordado com a leitura cristalizada na Súmula CARF nº 64, o entendimento nela vertido é vinculante, devendo ser reproduzido no presente julgamento (RICARF, Anexo II, art. 72, *caput*).

Nos termos expostos, acompanho o voto da Relatora para DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro