



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

| | |
|--------------------|---------------------------------------|
| Processo nº | 19740.000634/2008-92 |
| Recurso nº | Especial do Procurador |
| Acórdão nº | 9202-006.172 – 2ª Turma |
| Sessão de | 26 de outubro de 2017 |
| Matéria | CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS |
| Recorrente | FAZENDA NACIONAL |
| Interessado | ICATU CAPITALIZAÇÃO S/A |

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. AUXÍLIO-BABÁ. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA LEGAL. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 01/2014. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DESPESA.

Integra o salário-de-contribuição o benefício auxílio-babá no caso de não haver a comprovação do pagamento da remuneração e do recolhimento da contribuição previdenciária, conforme art. 214, § 9º, XXIV do Decreto 3.048/99.

A aplicabilidade do Ato Declaratório PGFN nº 01/2014, resultante da aprovação do Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013, que embasa a dispensa para recorrer e contestar somente deve incidir sobre os autos em que efetivamente comprovadas as despesas realizadas a título de auxílio-babá, nos termos do Decreto n.º 3.265, de 29 de novembro de 1999, como salientado no Parecer PGFN/CRJ/N.º 466/2010.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em Exercício.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva - Relatora.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Redatora Designada.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Cecília Lustosa da Cruz (suplente convocada) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri. Ausente, justificadamente, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão nº **2402002.397 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária** da 2ª Seção de Julgamento do CARF em 20/01/2012, interpôs recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A decisão recorrida deu provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11941/09, prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte, como se vê:

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

*AUXÍLIO BABÁ. NATUREZA INDENIZATÓRIA.
JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. REGIME DO ARTIGO
543C DO CPC. RECURSOS REPETITIVOS. APLICAÇÃO DO
ARTIGO 62ª DO RICARF.*

O auxílio babá não é espécie de benefício distinta do auxílio creche, mas tão somente uma modalidade alternativa para a permanência segura e apropriada da criança no período de ausência de seus pais para cumprimento da jornada de trabalho. Como tal, deve ser dispensado à essa modalidade do benefício o mesmo tratamento tributário do auxílio creche: Súmula STJ nº 310, de 11/05/2005 e Parecer PGFN/CRJ nº 2600/2008.

8. A Fazenda Nacional pretende, através do referido Recurso, que seja restabelecida a conclusão da decisão de primeira instância administrativa, isto é, mantida a cobrança das contribuições previdenciárias sobre as parcelas de auxílio-babá pagas pela Recorrida a suas empregadas, eis que sua natureza jurídica seria divergente daquela relativa ao auxílio-creche.

9. Conforme se demonstrará adiante, não merece prosperar o aludido Recurso Especial, tendo em vista que o Acórdão recorrido acatou o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (através de Recurso Repetitivo e da Súmula nº 310) e, assim, aplicou a estrita norma do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF.

2. Trata-se, na origem, de Auto de Infração lavrado com o objetivo de consubstanciar a cobrança das contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos pela Recorrida aos seus funcionários a título de auxílio-creche e auxílio-babá, sob a alegação de sua desconformidade com a lei.

3. Os referidos auxílios foram concedidos pela Recorrida aos seus empregados por força de disposição inserida em Convenção Coletiva de Trabalho, conforme determinado na legislação que rege a matéria.

4. Contudo, o Fiscal Autuante entendeu que os valores relativos ao auxílio-creche e ao auxílio-babá deveriam integrar o salário-de-contribuição dos funcionários beneficiados, uma vez que a Recorrida não teria apresentado documentos comprobatórios das despesas incorridas com as creches e as babás, respectivamente.

5. Apesar de a ora Recorrida ter apresentado Impugnação contra o lançamento, a Décima Primeira Turma da DRJ/RJ1 decidiu julgá-la procedente apenas em parte, o que resultou na interposição de Recurso Voluntário.

Recurso voluntário este provido por unanimidade conforme ementa supra.

Para o contribuinte, que se manifesta por meio das contrarrazões nos seguintes termos:

9. Conforme se demonstrará adiante, não merece prosperar o aludido Recurso Especial, tendo em vista que o Acórdão recorrido acatou o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (através de Recurso Repetitivo e da Súmula nº 310) e, assim, aplicou a estrita norma do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Patrícia da Silva - Relatora

Entendo cumpridos os requisitos de admissibilidade motivo pelo qual conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Por tudo, entendo que deve ser dispensado à modalidade do benefício titulada auxílio-babá, o mesmo tratamento tributário do auxílio creche.

Tendo a fiscalização se convencido de que os valores são efetivamente relativos ao benefício, a parcela tem natureza indenizatória e fica, portanto, dispensada a comprovação da despesa do empregado com a babá.

Para se afastar a incidência sobre os valores pagos ou reembolsados pela empresa, é suficiente a identificação do responsável e do dependente através de certidão de nascimento ou de outro documento onde também se possa comprovar a idade da criança.

Ademais, esta Câmara Superior já pacificou o entendimento no sentido do constante do Acórdão 9202-005.674, da ilustre Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que transcrevo:

Cinge-se a controvérsia sobre a incidência de contribuições previdenciárias sobre valores pagos aos segurados empregados a título de reembolso babá. No entender do recorrente aplica-se ao caso a Súmula 310 do STJ e o Parecer PGFN nº 2600/2008, pois tal verba possui a mesma natureza jurídica do auxílio-creche.

Em que pense o debate travado nos autos, devemos destacar a existência do Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013 que, encerrando definitivamente a controvérsia ora analisada, reconheceu expressamente que o reembolso-babá não compõe o salário-de-contribuição em razão da sua natureza indenizatória. Tal parecer foi editado, exatamente, para solucionar as dúvidas relativas a abrangência da Súmula 310 e Parecer 2.600/08.

Vejamos trechos do citado Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013:

PARECER PGFN/CRJ/Nº 2271/2013: Tributário. Imposto de Renda e Contribuição Previdenciária. Reembolso-babá. Não incidência. Jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. Matéria infraconstitucional. Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Possibilidade de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não contestar, não interpor recursos e desistir dos já interpostos, quanto à matéria sob análise.

...

3. A análise em comento decorre da dúvida que surgiu acerca da abrangência do Ato Declaratório 13/2011. Isto é, se o ato

também abarca o reembolso-babá, tendo em vista a equiparação dos institutos pela jurisprudência, bem como diante das diferentes acepções do termo “auxílio-creche” na legislação.

...

7. Os Tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao tratar do benefício, trata indistintamente o auxílio-creche e o auxílio-babá como institutos congêneres. Com efeito, conforme tratado no PARECER PGFN/CRJ/N.º 13/2011 o STJ quando instado a se manifestar sobre as ações judiciais que tratam acerca do auxílio-creche e do auxílio-babá, não demarca os limites e a abrangência das citadas expressões. Somente descrevem, de modo genérico, que estas verbas correspondem a um reembolso (indenização) de despesas efetuadas pelo trabalhador por ter sido privado de obrigação legalmente imposta ao empregador.

...

9. O entendimento sustentado pela União em juízo é o de que o reembolso-babá não possui natureza indenizatória, ao contrário, integra a remuneração do trabalhador, razão pela qual deveria haver incidência tanto no imposto de renda como na contribuição previdenciária.

10. Ocorre que o Poder Judiciário tem entendido diversamente, restando assente no âmbito do STJ o posicionamento segundo o qual os valores percebidos a título de reembolso-babá têm caráter indenizatório, não incidindo, por isso, imposto de renda ou contribuição previdenciária.

...

23. Examinando-se a hipótese vertente, desde logo, conclui-se que:

I) nas causas em que se discute a incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária sobre os valores recebidos a título de reembolso-babá (auxílio-babá), como na hipótese objeto deste Parecer, a competência para representar a União é da Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional, já que se trata de matéria fiscal (art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993); e

II) as decisões, citadas ao longo deste Parecer, manifestam a pacífica e reiterada Jurisprudência do STJ, no sentido de se reconhecer a não incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária nos moldes acima delineados.

...

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 1999, como salientado no Parecer PGFN/CRJ/N.º 466/2010, abaixo transscrito:

(...) 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. 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.

...

Em virtude do parecer foi editado o Ato Declaratório nº 01/2014 da Procuradora Geral da Fazenda Nacional o qual determina 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 imposto de renda ou contribuição previdenciária sobre verbas recebidas a título de reembolso-babá.”

Destaco que, referido ato declaratório decorre da aprovação do Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013 pelo Ministro da Fazenda nos termos de despacho publicado em 13.12.2013, fato de grande importância para desfecho da lide na medida em que nestas circunstâncias trata-se de entendimento que vincula os integrantes deste Colegiado por força do art. 62, §1º, II, c da Portaria MF nº 343/15, que aprovou o Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Segundo o citado artigo:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

...

II - que fundamentalmente crédito tributário objeto de:

...

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

Ante exposto ao NEGO Provimento ao Recurso da Fazenda Nacional
(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva

Voto Vencedor

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Redatora designada.

Peço licença a ilustre conselheira Patrícia da Silva para divergir do seu entendimento em relação a exclusão dos pagamentos feitos pelo sujeito passivo, à título de auxílio babá, do conceito de salário de contribuição.

Analizando o caso concreto, fica claro que inaplicável o ato declaratório descrito pela relatora, uma vez que as situações ali esplanadas não se subssumem a tese trazida no parecer. De igual forma, inaplicável o julgado transscrito pela relatora do voto vencido, novamente por tratar-se de situações fáticas distintas.

A lei 8.212/91 é clara em definir no art. 28, §9º, "s", as parcelas excluídas do conceito de salário de contribuição, senão vejamos:

§ 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;

Embora a lei não faça expressa previsão do pagamento feito à título de auxílio babá, o Decreto nº 3048/99 em seu art. 214, §9º, incisos XXIII e XXIV assim dispõem:

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

XXIII - o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade da criança, quando devidamente comprovadas as despesas; (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

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 1999)

Ou seja, o legislador impõe condições para que o auxílio babá possa ser excluído do conceito de salário de contribuição, quais sejam: limitado ao menor salário-de-contribuição mensal, condicionado à comprovação do registro na CTPS da empregada, do pagamento da remuneração e do recolhimento da contribuição previdenciária e observado o limite máximo de seis anos de idade da criança.

Contudo, o citado Ato Declaratório nº 01/2014 da Procuradora Geral da Fazenda Nacional, consubstanciado nas decisões reiteradas do STJ, o qual baseou-se a relatora para fundamentar seu voto, não acolhe a interpretação por ela adotada.

Note-se que o próprio trecho do voto Acórdão 9202-005.674, transscrito pela relatora, em alusão ao Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013, deixa claro a inaplicabilidade ao caso ora sob análise:

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 1999, como salientado no Parecer PGFN/CRJ/N.º 466/2010, abaixo transrito:

(...) 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. 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.

Ou seja, a dispensa somente estaria autorizada quando comprovadas as despesas que fundamentaram o seu pagamento.

Note-se que em virtude do parecer transcrito acima, foi editado o Ato Declaratório nº 01/2014 da Procuradora Geral da Fazenda Nacional, o qual determina 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 imposto de renda ou contribuição previdenciária sobre verbas recebidas a título de reembolso-babá.”

Referido ato declaratório, decorre da aprovação do Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013 pelo Ministro da Fazenda nos termos de despacho publicado em 13.12.2013, contudo, restou claro que a sua aplicabilidade estava restrita aos casos em que expressa a comprovação das despesas, o que não é o caso dos autos, senão vejamos trecho do relatório fiscal:

5. SITUAÇÃO FÁTICA

5.1 Na análise das Folhas de Pagamentos do ano de 2004, foi detectada a ocorrência de pagamentos sob o título de Auxílio Creche, Auxílio Creche—Mês Anterior, Auxílio Babá e Auxílio Babá—Mês Anterior. Em anexo, cópia dos os resumos das folhas de pagamento (fls. 1%).

5.2. Foram solicitados os comprovantes de despesas com Creche relativos a todos os empregados que receberam esta

rúbrica e a comprovação do registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social, do pagamento da remuneração e do recolhimento da contribuição previdenciária da empregada em relação àqueles que receberam o Auxílio Babá.

5.3. Ocorre que a empresa não logrou apresentar a maior parte dos comprovantes solicitados, apresentando apenas os relativos a treze funcionários, ficando claro que a empresa não observou os requisitos legais para efetuar o pagamento destes valores, passando estes a integrar a base do salário de contribuição previdenciária.

5.4. Em anexo (fls. VSut), encontra-se uma lista com todos os pagamentos efetuados em desobediência aos preceitos legais, ou seja, sem a comprovação das despesas com creche ou babá, contendo as informações do empregado, o valor pago e o mês do pagamento, além de cópia dos 1110 resumos mensais da folha de pagamento.

5.5. Foram excluídos os valores pagos àqueles segurados empregados que apresentaram a documentação bastante e suficiente para comprovar as despesas de acordo com a lei.

5.6. Cabe ressaltar que, quando se trata de comprovação de despesas, formulários preenchidos pelos próprios funcionários quando da solicitação do benefício, não comprovam despesa alguma, comprovam apenas que o funcionário solicitou o recebimento do tal auxílio. No que se refere à cópia da Carteira de Trabalho da babá, não obstante este ser um dos documentos exigidos pela legislação para que não haja incidência de contribuições previdenciárias sobre o auxílio babá, não é bastante e suficiente para a comprovação da efetiva despesa já que não evidencia a continuidade do contrato de trabalho, o efetivo- pagamento dos salários devidos à ,babá nem o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

Pelos trechos transcritos acima fica claro que não logrou o sujeito passivo apresentar o comprovante de pagamento feito a babá, documento este necessário para demonstrar o caráter indenizatório previsto nas decisões do STJ que culminaram com a publicação do Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013 e Ato declaratório PGFN nº 01/2014.

Dessa forma, inaplicável o entendimento exarado pela relatora, inclusive citando o art. 62, §1º, II, c da Portaria MF nº 343/15, posto que o citado Ato Declaratório expressamente exclui a situação ora sob julgamento do seu alcance.

Conclusão

Face o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira