



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

Processo nº 35239.000945/2003-73
Recurso nº 249.375 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.125 – 3ª Turma Especial
Sessão de 09 de junho de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO - AUXÍLIO CRECHE
Recorrente CONDOMÍNIO PRAIA DE BELAS SHOPPING CENTER
Recorrida SRP--SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/03/2003

AUXÍLIO-CRECHE DESTINADO À EMPREGADAS COM FILHOS MENORES DE 6(SEIS) ANOS. NATUREZA INDENIZATÓRIA, NÃO INTEGRANTE DE SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO. SÚMULA DO STJ N. 310, PARECER PGFN N. 2600/2008 E ATO DECLARATÓRIO N. 11/2008. NÃO DISCRIMINAÇÃO ADEQUADA DA BASE DE CÁLCULO PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIUNDO DA INCIDÊNCIA DA NORMA SOBRE OS FATOS NÃO INCLUÍDOS NA DISPENSA. VÍCIO FORMAL. ART. 142 DO CTN.

Recurso Voluntário Provido

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a).


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente


GUSTAVO VETTORATO - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Vera Kempers de Moraes Abreu (suplente), Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento Débito, que constituiu créditos tributários oriundos da incidência de contribuições previdenciárias e destinadas à terceiras entidades sobre valores pagos pela Recorrente às suas empregadas a título de auxílio creche, sem comprovação da despesa, o que integraria o salário contribuição, no período das competências 05/1998 a 03/2003. A cientificação do lançamento se deu em 25.04.2003.

Em impugnação (fls.51), a Recorrente alegou que os valores pagos a título Auxílio/Reembolso Creche estão determinados por convenções coletivas 17 de abril de 1997 a 18 de maio de 2000 (para efeitos até maio de 2001) somente para crianças menores de seis anos, de 16 de maio de 2001 até 15 de maio de 2002 (para efeitos até maio de 2003) somente para criança menores de sete anos, sempre equivalente ao 15% do maior salário nominativo. Explicita a natureza indenizatória de tal auxílio pecuniário, em face de obrigação trabalhista definida com base no art. 389, da CLT, e por isso não integraria o salário contribuição, tornando insubsistente o lançamento junta arrestos do STJ que fundamentam suas alegações.

A decisão de primeiro grau (fls. 282) entendeu como procedente o lançamento, pois a impugnação não demonstrou que teria havido comprovação da despesa de forma tempestiva, em face do disposto na alínea "s" do § 9º do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991.

Conforme declaração de fls 317, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 302), repetindo os argumentos da impugnação.

Foram apresentadas Contra-Razões, fls. 320, seguindo-se os autos ao presente relator.

Este é o breve relatório.

Voto

Conselheiro GUSTAVO VETTORATO, Relator

I – Da Não-Incidência de Contribuição Previdenciária sobre Valores Pagos a Título de Auxílio Creche – Parecer PGFN n 2600/2008, Ato Declaratório n. 11/2008.

Indiferente da opinião pessoal do presente Relator, por força do art. 62, do Regimento Interno do CARF/MF, o presente julgamento não pode afastar a aplicação ou deixar de observar o disposto alínea "s" do § 9º do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, salvo em caso das exceções dispostas nos parágrafo do indicado dispositivo regulamentar. Logo, em primeira vista, haveria a manutenção do crédito tributário, pois o auxílio-creche pago pela Recorrente estaria desacompanhado do comprovante de despesa, conforme determina o dispositivo legal.

Entretanto, no caso presente, em face da grande quantidade de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, inclusive de forma da Súmula n. 310 (*O Auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição*), que inclusive tomou como *leading case* julgados de extrema semelhança ao presente (EREsp n 413322/RS; REsp n 228815/RS; REsp n 365984), a

Procuradoria Geral da Fazenda Nacional emitiu Parecer n. 2600/2008, que foi objeto de Ato Declaratório n. 11/, de 1º de dezembro de 2008, do Procurador Geral da Fazenda Nacional, fundado nos art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Tal parecer foi claro, bastando citar alguns de seus trechos:

Tal Parecer, em face da alteração trazida pela Lei nº 11 033, de 2004, à Lei nº 10.522/2002, terá também o condão de dispensar a apresentação de contestação pelos Procuradores da Fazenda Nacional, bem como de impedir que a Secretaria da Receita Federal do Brasil constitua o crédito tributário relativo à presente hipótese, obrigando-a a rever de ofício os lançamentos já efetuados, nos termos do citado artigo 19 da Lei nº 10.522/2002.

3. Este estudo é feito em razão da existência de decisões reiteradas de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no sentido de que não incide a contribuição-previdenciária sobre o auxílio-creche, porquanto essa verba não integra o salário de contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária.

(...)

Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, c/c o art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10.10.97, recomenda-se sejam autorizadas pelo Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outro fundamento relevante, nas ações judiciais que visem obter a declaração de que não incide a contribuição previdenciária devida pelo empregador sobre os valores pagos a título de auxílio-creche, recebido pelos empregados e pago até a idade dos seis anos de idade dos seus filhos menores.

Ou seja, perante o claro reconhecimento pacífico do STJ, de que o auxílio-creche ou reembolso recebidos por empregadas mães de filhos até seis anos, ainda mais quando objeto de acordo coletivo, tem clara conotação indenizatória, não integrando o salário-contribuição, base de cálculo das contribuições previdenciárias que dão lastro aos créditos ora impugnados.

Nesse caso, em virtude do Parecer PGFN n. 2600/2008, objeto do Ato Declaratório n. 11/2008 do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, incorre-se na exceção à norma impeditiva do art. 62, do Regimento Interno do CARF/MF, disposta no inciso II do seu Parágrafo Único. Dessa forma, o CARF/MF pode afastar a aplicação de norma legal quando o fundamento do crédito tributário for objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Portanto, entendo que o crédito tributário lançado seja anulado parcialmente, devendo ser afastada a incidência das contribuições previdenciárias e à terceiras entidades sobre os valores pagos pela Recorrente às suas empregadas mães de filhos com até 6(seis) anos de idade a título de auxílio-creche, mantendo-se o crédito tributário lançado sobre os valores pagos a título de auxílio-creche às empregadas mães de filhos com idade superior à 6 (seis)



anos, pois a sua dispensa não se encontra albergada pelo Parecer PGFN n. 2600/2008 e Ato Declaratório n. 11/2008.

II – Da Imprecisão e Não Discriminação Aplicável da Base de Cálculo Passível de Incidência das Normas Tributárias

Em face de tal dispensa, surge um problema formal, a NFLD questionada não permite a visualização de quais foram os valores pagos pela Recorrente às suas empregadas mães de filhos menores de 6(seis) anos, beneficiados pela não incidência das contribuições previdenciárias e às terceiras entidades conforme supra demonstrado, e quais foram os valores pagos pela Recorrente às suas empregadas mães de filhos maiores de 6(seis) anos, não beneficiados pela não incidência supra trabalhada.

Ou seja, o reconhecimento da não incidência das normas tributárias que maculam somente parte do crédito tributário, geram uma atua. impossibilidade formal de correção por mera exclusão de valores inclusos na base de cálculo utilizada pelo lançamento.

Tal situação torna-se uma afronta ao art. 142, do CTN, e seus consecutários:

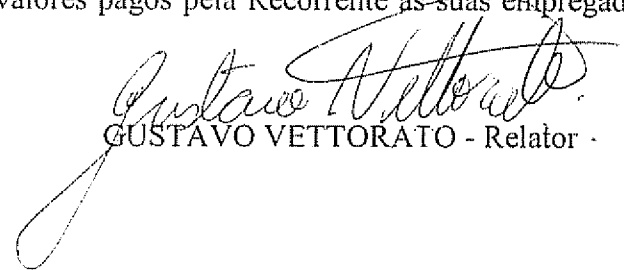
Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Isso justamente, porque devido a forma como o crédito foi lançado, abarcando de forma genérica todos os valores pagos a título pela Recorrente à título de *auxílio-creche*, sem separar ou relacionar de forma mais analítica com a folha de pagamento, não há como com os atuais dados manter apenas parcialmente o lançamento, por impossibilidade de identificação de quais são os valores pagos sobre os quais deve incidir as contribuições previdenciárias.

Dessa forma, entendo como nula, por vício formal, a parcela do crédito tributário lançado que seria incidente sobre os valores pagos pela Recorrente às suas empregadas mães de filhos maiores de 6(seis) anos, em decorrência da falta de indicação correta da base de cálculo, tornando impossível o cálculo do montante do tributo devido. O que preteriria inclusive o direito de defesa da Recorrente. Podendo ser ainda o lançamento refeito. Tudo conforme os artigos 142 , 149, 173, II, do CTN, e 59, II, do Decreto n. 70.235/1972.

IV – Do Dispositivo do Voto

Isso posto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, declarando a improcedência do lançamento, e decretando a nulidade do crédito por ele constituído, por vício material no que tange a parcela oriunda da não-incidência das contribuições previdenciárias e à terceiras entidades sobre os valores pagos pela Recorrente às suas empregadas mães de filhos menores de 6(seis) anos, e por vício formal no que tange a parcela oriunda da não-incidência das contribuições previdenciárias e à terceiras entidades sobre os valores pagos pela Recorrente às suas empregadas mães de filhos maiores de 6(seis) anos.


GUSTAVO VETTORATO - Relator -