



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

Processo nº 35464.002126/2006-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.509 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de agosto de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL
Recorrente SANTANDER BRASIL SEGUROS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1995 a 31/10/2001

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8. INEXISTÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. EXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTOS PARCIAIS. REGRA DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

1. A inaplicabilidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8212/91, que tratavam da prescrição e decadência do crédito tributário, é objeto da Súmula Vinculante nº 8, segundo a qual "são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário".

2. O prazo decadencial para o lançamento é regido pelo art. 150, § 4º, do CTN, se, inexistindo dolo, fraude ou simulação, houver pagamento parcial.

3. O critério de determinação da regra decadencial (art. 150, § 4º ou art. 173, inc. I, do CTN) é a existência de pagamento antecipado do tributo, ainda que parcial, mesmo que não tenha sido incluída na sua base de cálculo a rubrica ou o levantamento específico apurado pela fiscalização.

AUXÍLIO-CRECHE. VERBAS INDENIZATÓRIAS. AUSÊNCIA DE NATUREZA SALARIAL. DECISÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. RICARF.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.146.772/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual "*o auxílio-creche funciona como indenização, não integrando, portanto, o salário de contribuição para a Previdência. Inteligência da Súmula 310/STJ*".

2. As decisões de mérito proferidas pelo STJ naquela sistemática "*deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF*", na dicção do § 2º do art. 62 do seu Regimento Interno.

AUXÍLIO-BABÁ.	REEMBOLSO-BABÁ.	COMPROVAÇÃO
RESSARCIMENTO	DA	CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA.	NÃO INCIDÊNCIA.	

A não incidência de contribuições previdenciárias sobre valores pagos a título de auxílio-babá e reembolso-babá está sujeita à comprovação de que tais pagamentos visaram ressarcir os empregados pela despesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em reconhecer a ocorrência de decadência até a competência 11/2000 e, no mérito, pelo voto de qualidade, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para excluir do lançamento os valores pagos a título de auxílio-creche. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci (relator), Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior que deram provimento integral ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Denny Medeiros da Silveira.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Denny Medeiros da Silveira, João Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior.

Relatório

A fiscalização previdenciária lavrou a seguinte Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD em face do sujeito passivo:

(a) NFLD DEBCAD 35.872.341-8, para a constituição das contribuições devidas à seguridade social, parte da empresa, inclusive GILRAT, parte empregados, bem como das contribuições destinadas ao INCRA, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados.

O fato gerador das contribuições foi o pagamento de auxílio creche e auxílio babá, considerados, pelo agente autuante, como integrantes do salário-de-contribuição.

A contribuinte apresentou sua impugnação tempestivamente (cujos fundamentos são idênticos aos do seu recurso voluntário), a qual foi julgada improcedente pela Delegacia da Receita Previdenciária.

Intimada da decisão em 29/05/2006 (fl. 257), através de aviso de recebimento, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 28/06/2006, no qual reafirmou as seguintes teses de defesa:

- (a) preliminar de decadência, cujo prazo seria contado na forma do art. 150, § 4º, do CTN;
- (b) caráter indenizatório dos auxílios creche e babá;
- (c) inexigibilidade das contribuições destinadas ao INCRA, diante das recentes decisões do STJ.

Em sessão de julgamento realizada em 03 de março de 2009, o CARF anulou o lançamento por vício formal, conforme decisão assim ementada:

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. AUXÍLIOS CRECHE E BABA. Integram o Salário-de-Contribuição (SC) o ressarcimento de reembolso creche pago em desconformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas.

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

A ausência de fundamento legal é vício formal sanável que torna nulo o lançamento.

Processo Anulado

A CSRF, contudo, deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, para afastar a nulidade por vício formal e determinar o retorno dos autos à Turma, a fim de que fossem julgadas as demais matérias suscitadas em grau recursal.

Em nova sessão de julgamento, desta vez realizada em 09 de dezembro de 2015, esta Turma resolveu, nos termos do voto do então relator Marcelo Oliveira, converter o julgamento em diligência, a fim de que a fiscalização informasse se houve recolhimentos, ainda que parciais, nas competências 04/1999 a 08/2000, e se tais recolhimentos seriam atinentes à parte da empresa, parte empregados, SAT/GILRAT e terceiros.

No termo de encerramento de diligência fiscal de fl. 561, a unidade de origem informou que houve recolhimentos parciais em tais competências e que eles seriam relativos àquelas rubricas. Veja-se:

Consultando os sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, particularmente o sistema CCORGFIP – Consulta Valores a Recolher X Valores Recolhidos X LDCG/DCG, verificamos que houve recolhimentos antecipados de

contribuição previdenciária no período de 04/99 a 08/00, e que tais recolhimentos referem-se às seguintes contribuições: Empregado, Empresa, SAT/RAT e Terceiros, conforme reproduzido a seguir:

Intimada, a contribuinte reiterou a preliminar de decadência com base no art. 150, § 4º, do Código.

Considerando a extinção do mandato do Conselheiro Marcelo Oliveira, os autos foram distribuídos a este relator.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator.

1 Conhecimento

Conforme já decidido pelo CARF na sessão de julgamento que inicialmente anulou a notificação por vício formal, o recurso voluntário é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

Vale lembrar, a propósito, que os autos estão retornado à Turma por força de decisão da CSRF, que deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, para afastar a citada nulidade e determinar o julgamento das demais matérias suscitadas em grau de recurso voluntário, pela contribuinte, a saber:

2 Da preliminar de decadência

Desde a impugnação, a contribuinte vem pleiteando a extinção parcial dos créditos tributários correspondentes às competências setembro de 1995 a novembro de 2000, diante da alegada aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

Pois bem.

A inaplicabilidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8212/91, que tratavam da prescrição e decadência do crédito tributário, é objeto da Súmula Vinculante nº 8:

Súmula Vinculante 8: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário.

A ementa do precedente representativo da súmula demonstra que as normas relativas à prescrição e decadência, por terem natureza de normas gerais de direito tributário, devem ser disciplinadas por lei complementar (art. 146, inc. III, alínea b, da CF), mais precisamente pelo CTN, o qual foi recebido como lei complementar pela Lei Maior vigente:

As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é

reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. (...) O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias." (RE 556664, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 12.6.2008, DJe de 14.11.2008)

Logo, a prescrição e a decadência do crédito tributário são regulamentadas pelo CTN.

O prazo para o Fisco constituir o crédito tributário (como é o caso, em que se tem um processo de lançamento mediante NFLD) tem natureza decadencial, estando previsto no art. 150, § 4º, do CTN, ou no seu art. 173, incs I ou II, a depender de cada hipótese.

Em sendo assim, deve ser analisado se transcorreu ou não o prazo decadencial do art. 150 ou do art. 173.

O critério de determinação da regra decadencial aplicável (art. 150, § 4º, ou art. 173, inc. I, ambos do Código Tributário Nacional) é a existência de pagamento antecipado do tributo, ainda que parcial, mesmo que não tenha sido incluída na sua base de cálculo a rubrica ou o levantamento específico apurado pela fiscalização.

Se o sujeito passivo antecipa o montante do tributo, mas em valor inferior ao efetivamente devido, o prazo para a autoridade administrativa manifestar se concorda ou não com o recolhimento tem início; em não havendo concordância, deve haver lançamento de ofício no prazo determinado pelo art. 150, § 4º, salvo a existência de dolo, fraude ou simulação, casos em que se aplica o art. 173, inc. I.

Expirado o prazo, considera-se realizada tacitamente a homologação pelo Fisco, de maneira que essa homologação tácita tem natureza decadencial.

Aplicável ao caso concreto, deve ser citada a seguinte súmula:

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Eis o entendimento do STJ, em sede de recurso repetitivo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro

de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009) (destacou-se)

No caso vertente, a existência de recolhimentos parciais está corroborada na informação fiscal colhida em sede de diligência, fl. 561, nos seguintes termos - com destaques:

Consultando os sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, particularmente o sistema CCORGFIP – Consulta Valores a Recolher X Valores Recolhidos X LDCG/DCG, verificamos que houve recolhimentos antecipados de contribuição previdenciária no período de 04/99 a 08/00, e que tais recolhimentos referem-se às seguintes contribuições: Empregado, Empresa, SAT/RAT e Terceiros, conforme reproduzido a seguir:

Outrossim, o relatório fiscal não registra a existência de dolo, fraude ou simulação.

Por tais razões, o prazo decadencial é aquele do art. 150, § 4º, e não do art. 173, inc. I.

Logo, como o lançamento ocorreu em 28/12/2005 (vide AR, fl. 99), estão realmente decaídas as contribuições até a competência novembro de 2000, devendo ser acolhida a preliminar.

3 No mérito

Conforme já relatado, a autoridade fiscal entendeu que os auxílios creche e babá se constituiriam em pagamento de remuneração.

Em contrapartida, o sujeito passivo afirma que tais auxílios seriam apenas indenizatórios, e não remuneratórios.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.146.772/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual *"o auxílio-creche funciona como indenização, não integrando, portanto, o salário de contribuição para a Previdência. Inteligência da Súmula 310/STJ"*.

Lembre-se, nesse particular, que as decisões de mérito proferidas pelo STJ naquela sistemática *"deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF"*, na dicção do § 2º do art. 62 do seu Regimento Interno.

Art. 62. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Para que não parem dúvidas sobre a questão, convém transcrever a ementa do recurso repetitivo:

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: REsp 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)

A Súmula 310 daquele Tribunal Superior já tinha a mesma inteligência, como se pode ver abaixo:

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

(Súmula 310, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 23/05/2005, p. 371)

Analisando-se o voto condutor do acórdão submetido à sistemática dos recursos repetitivos, observa-se uma importante premissa a respeito do caso: os empregados recebem essa rubrica a título de ressarcimento/reembolso/indenização por despesas efetuadas com creches, inclusive em benefício da própria empresa.

Quer dizer, tais auxílios não são pagos como remuneração pelo trabalho prestado ou colocado à disposição do empregador, mas sim como meio de viabilizar o próprio trabalho, cujo beneficiário direto é a empresa. Noutro giro, o trabalhador, sem o serviço prestado pelas creches, não teria como prestar seus serviços em favor do seu constituinte, de tal maneira que o auxílio não é uma verba paga pelo trabalho, mas sim para o trabalho.

A Súmula CARF 64 é igualmente clara a respeito da natureza não tributável do 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.

O auxílio-babá, por questões óbvias, segue a mesma inteligência do auxílio-creche e o próprio STJ lhes dá o mesmo tratamento, como se pode ver no seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA QUINQUENAL. "AUXÍLIO-CRECHE E AUXÍLIO-BABÁ". "AUXÍLIO COMBUSTÍVEL". NATUREZA INDENIZATÓRIA. "AJUDA DE CUSTO SUPERVISOR DE CONTAS". VERBA ALEATÓRIA. AUSÊNCIA DE NATUREZA SALARIAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que os créditos previdenciários têm natureza tributária.

2. Na hipótese em que não houve o recolhimento de tributo sujeito a lançamento por homologação, cabe ao Fisco proceder ao lançamento de ofício no prazo decadencial de 5 anos, na forma estabelecida no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

*3. **O "auxílio-creche" e o "auxílio-babá" não remuneram o trabalhador, mas o indenizam por ter sido privado de um direito previsto no art. 389, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho**, vendo-se, por conseguinte, forçado a pagar alguém para que vele por seu filho no horário do trabalho. Assim, como não integra o salário-de-contribuição, não há incidência da contribuição previdenciária.*

4. O ressarcimento de despesas com a utilização de veículo próprio por quilômetro rodado possui natureza indenizatória, uma vez que é pago em decorrência dos prejuízos

experimentados pelo empregado para a efetivação de suas tarefas laborais.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 489.955/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2005, DJ 13/06/2005, p. 232)

A reiteração dessa discussão nos âmbitos judicial e administrativo culminou com a edição do Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013.

Esse mesmo Parecer, a propósito, revela que o auxílio-creche e o auxílio-babá são institutos congêneres. Veja-se:

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.

Em virtude desse Parecer foi editado o Ato Declaratório 01/14, da PGFN, segundo o qual fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes: “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.”

Vale destacar que a autoridade fiscal não alegou e nem demonstrou que o sujeito passivo teria desvirtuado o pagamento dos auxílios e nem mesmo que os empregados teriam utilizado os valores para fins diversos.

Isto é, não há qualquer outro fundamento relevante para se manter o lançamento.

Muito pelo contrário, a acusação fiscal é extremamente genérica e tem um único parágrafo segundo o qual o sujeito passivo não teria apresentado "*documentação justificando a sua não-incidência*". Veja-se:

3. O auxílio creche e o auxílio babá, rubricas consideradas não incidentes pelo contribuinte, foram considerados pela fiscalização como parte integrante do salário-de-contribuição, uma vez que a empresa não apresentou documentação justificando a sua não-incidência, em conformidade com a legislação previdenciária, razão pela qual foi lavrado Auto de Infração. Há que se considerar também o caráter da habitualidade no pagamento destas rubricas, estando presentes em praticamente todo o período fiscalizado.

Ou seja, o agente lançador não demonstrou, por outras vias, ou por outras palavras, a efetiva natureza remuneratória dos auxílios, no caso concreto.

Sobreleva relembrar, por outro lado, o caráter cogente da reprodução do julgado do STJ, *ex vi* do § 2º do art. 62 do Regimento Interno deste Conselho.

Cabe acrescentar, por fim, o relevante julgamento abaixo, da CSRF, decidido por unanimidade:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REEMBOLSO/AUXÍLIO-BABÁ. NÃO INCIDÊNCIA. VERBA INDENIZATÓRIA. PGFN/CRJ nº 2.271/2013.

Não incide contribuição previdenciária sobre valores recebidos a título de reembolso-babá haja vista que, nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, tratam-se de verbas de natureza indenizatória não podendo compor o salário-de-contribuição.

(PAF 16327.001884/2008-32, ITAU UNIBANCO S.A., RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE, Data da Sessão 27/07/2017, Relator(a) RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Acórdão 9202-005.674)

Por tais razões, deve ser dado provimento ao recurso do contribuinte, para cancelar o lançamento.

4 Conclusão

Diante do exposto, vota-se no sentido de CONHECER do recurso voluntário para:

(a) ACOLHER a preliminar de decadência, para reconhecer como decaídas as contribuições até a competência novembro de 2000;

(c) DAR-LHE PROVIMENTO, para cancelar o lançamento.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci

Voto Vencedor

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira - Redator Designado.

Com a *maxima venia*, divirjo do Relator quanto ao auxílio-babá.

O citado Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/2013, do qual resultou a edição do Ato Declaratório 01/14, da PGFN, de fato, autoriza a PGFN a não apresentar contestações e recursos e a desistir dos já interpostos nas ações judiciais que visem a obter declaração de que não incide imposto de renda ou contribuição previdenciária sobre as verbas pagas pela empresa a título de reembolso-babá, desde que inexistam outro fundamento relevante.

Todavia, o mesmo parecer esclarece, em seu item 25, que a dispensa de recorrer e contestar somente deve incidir sobre os autos nos quais as despesas realizadas a título de reembolso-babá estejam efetivamente comprovadas, nos seguintes termos:

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 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.

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 inexistam outro fundamento relevante...” e, neste caso, a ausência de comprovação das despesas realizadas configura fundamento relevante a excepcionar a dispensa de contestar e recorrer.

Contudo, não é o que se observa no caso em análise.

Vejamos, primeiramente, o que restou consignado no relatório fiscal, fls. 93 a 96, em relação à ausência de comprovação da despesa:

3. O auxílio creche e o auxílio babá, rubricas consideradas não incidentes pelo contribuinte, foram considerados pela fiscalização como parte integrante do salário-de-contribuição, uma vez que a empresa não apresentou documentação justificando a sua não-incidência, em conformidade com a legislação previdenciária, razão pela qual foi lavrado Auto de

Infração. Há que se considerar também o caráter da habitualidade no pagamento destas rubricas, estando presentes em praticamente todo o período fiscalizado.

Como se vê, a fiscalização lançou as contribuições sobre os valores pagos a título de auxílio-babá (reembolso-babá), uma vez que não foi apresentada a documentação comprobatória da despesa, tendo esta sido solicitada por meio do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD) de fl. 90.

Em sua impugnação, fls. 102 a 120, sem carrear aos autos os documentos comprobatórios, o contribuinte se limitou a discorrer sobre questões de direito, asseverando que o auxílio-babá (reembolso-babá) possui “caráter eminentemente indenizatório”.

Pois bem, ante à falta de comprovação das despesas, a decisão de primeira instância (Decisão Notificação nº 21.404.4/0130/2006, fls. 244 a 252) manteve o lançamento, informando que os documentos comprobatórios não teriam sido apresentados nem durante a ação fiscal e nem com a impugnação:

10.5. Pelo que consta dos autos não é possível afirmar que os valores pagos pela Impugnante a título de Auxílio-Creche e Auxílio-babá, apurados através de análise dos Livros Contábeis (especialmente na conta 3.71.50.01.9), refiram-se ao reembolso creche ou reembolso babá de que trata a legislação, pois não foram apresentados durante a ação fiscal, nem com a presente impugnação, quaisquer documentos comprovando a efetiva despesa de seus funcionários com pagamento de creche/escola infantil para justificar o respectivo reembolso. Assim, não restou demonstrado o alegado caráter indenizatório de tais verbas, sendo portanto, consideradas como rubricas integrantes do salário de contribuição.

(Grifo nosso)

O contribuinte, então, interpôs o recurso voluntário de fls. 263 a 285, no qual mantém a linha argumentativa da impugnação, afirmando que a falta dos comprovantes não teria o condão de descaracterizar a natureza indenizatória da verba:

35. Todavia, a falta de apresentação de tais comprovantes não tem o condão de descaracterizar a 'natureza indenizatória de tais verbas. Agindo assim, o Fisco está conferindo a este fato uma interpretação econômica que se afigura como procedimento rechaçado pelo ordenamento pátrio, razão pela qual não pode prosperar a presente autuação.

Acontece, porém, que não se está discutindo, no presente processo, a natureza jurídica do auxílio-babá (reembolso-babá), mas sim a comprovação de que os valores pagos pela empresa, de fato, visaram ao ressarcimento da despesa, supostamente havida pelos empregados.

Nesse sentido já se pronunciou a Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, conforme se extrai da ementa do Acórdão nº 9202-006.171, de 26/10/17:

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.

Pondere-se que o lançamento, devidamente motivado, é ato administrativo que goza do atributo de presunção relativa de legalidade e veracidade e, portanto, cumpria ao Recorrente o ônus de afastar, mediante prova robusta e inequívoca em contrário, essa presunção (vide art. 16, inciso III, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), o que não aconteceu.

Sendo assim, pela ausência de comprovação das despesas referentes ao auxílio-babá (reembolso-babá), não há como se afastar a exação em relação a essa matéria, devendo ser mantido o lançamento, na forma como operado pela fiscalização e confirmado pela decisão de primeira instância.

Conclusão

Isso posto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso voluntário, mantendo o lançamento em relação ao auxílio-babá.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira