EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 438.152 - BA (2003/0107655-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO CASTRO MEIRA**
EMBARGANTE	:	BANCO ABN AMRO REAL S/A
ADVOGADO	:	OSMAR MENDES PAIXÃO CORTES E OUTROS
EMBARGADO	:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR	:	JACYRA DANTAS PLANZO E OUTROS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O voto-condutor do acórdão embargado não restou omisso ou contraditório, eis que decidiu a questão de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. Não há cerceamento de defesa ou omissão de pontos suscitados pelas partes, pois ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes.

2. O auxílio-creche constitui-se numa indenização pelo fato da empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento.

3. Não subsiste caráter remuneratório em razão da inexistência da habitualidade, já que o benefício cessa quando o menor ultrapassa a faixa etária dos seis anos.

4. Ante à sua natureza indenizatória, o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição, base de cálculo da Contribuição Previdenciária.

5. Embargos de Divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por unanimidade, acolheu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator". Os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Franciulli Netto, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

SUSTENTOU, ORALMENTE, O DR. RAUL GUALBERTO AMORIM, PELO EMBARGANTE

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2003 (data do julgamento)

Ministro Castro Meira
Relator

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 438.152 - BA (2003/0107655-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO CASTRO MEIRA**
EMBARGANTE	:	BANCO ABN AMRO REAL S/A
ADVOGADO	:	OSMAR MENDES PAIXÃO CORTES E OUTROS
EMBARGADO	:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR	:	JACYRA DANTAS PLANZO E OUTROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Trata-se de Embargos de Divergência contra acórdão da colenda Primeira Turma desta Corte, exarado no Recurso Especial 438.152/BA, Relator o Ministro Luiz Fux, publicado no DJU de 16.12.02, assim ementado:

> "PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. AUXÍLIO-CRECHE. LEI 8.212/91, ART. 28, I, E § 9º, 'F'.
>
> 1. O auxílio-creche que ostenta natureza remuneratória, posto pago com habitualidade e sem descontos na remuneração do empregado, integra o salário de contribuição.
>
> 2.'Entende-se por salário de contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades.'
>
> 3. Precedentes jurisprudenciais da 1ª Turma do STJ.
>
> 4. Recurso especial provido" (fl. 208).

Foram opostos sucessivos Embargos de Declaração, ambos rejeitados.

Em suas razões o Embargante alega, preliminarmente, a nulidade dos acórdãos que julgaram os embargos de declaração, por violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Aduz que o aresto atacado dissentiu do entendimento firmado nos seguintes acórdãos:

> "Processual Civil. Recurso Especial. Nulidade do Acórdão. Violação de Lei Federal Configurada. Art. 535, I e II, do CPC. 1. Persistindo a omissão, a despeito dos embargos declaratórios, impõe-se a anulação do acórdão.
>
> 2. Exame de matéria de fato inadmissível no grau extraordinário.
>
> 3. Recurso especial provido" (REsp 277.279RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *in* DJU de 07.04.03, fl. 265);

> "Embargos de declaração. Pontos omissos. (art. 535, II, CPC). É direito da parte que o órgão julgador se pronuncie acerca dos pontos levantados nos embargos declaratórios e sobre os quais incumbe manifestar-se. Hipótese em que se proclama nulidade para que outro acórdão seja proferido com o esclarecimento das omissões.
>
> Divergência comprovada.
>
> Embargos conhecidos e acolhidos" (ERESP 129.027/SP, Corte Especial, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *in* DJU de 10.05.99, fl. 270);

> "PROCESSUAL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS -

> LEGITIMIDADE DO RECORRIDO - ACÓRDÃO QUE NÃO OS RESPONDE - NULIDADE (CPC ART. 535).
>
> I - É direito da parte obter comentário sobre todos os pontos levantados nos embargos declaratórios.
>
> II - É nulo, por ofensa ao Art. 535 do CPC, o acórdão que silencia sobre questão formulada nos embargos declaratórios.
>
> III - Em sendo parte, o recorrido não pode ser constrangido a suportar, em silêncio, omissões, contradições ou imperfeições do Acórdão. Tanto, quanto o recorrente, ele tem acesso aos embargos declaratórios.
>
> IV - As questões suscitadas em contra-razões de recurso especial - quando pertinentes - devem ser resolvidas no respectivo julgamento" (ERESP 95.441/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 17.05.99, fl. 276);

Entendendo demonstrada a divergência em ambos os fundamentos, sustenta o Embargante que, do cotejo analítico da decisão ora hostilizada com o acórdão colacionado, verifica-se dissídio pretoriano a ensejar embargos de divergência, acerca da interpretação do artigo 535 do CPC. Assim, pede seja declarada a nulidade do Acórdão embargado e que os autos retornem para a Primeira Turma para apreciação dos temas invocados nos Embargos de Declaração.

O Embargante também alega que, ao esposar o entendimento de que o auxílio-creche ostenta natureza remuneratória, o v. Acórdão embargado contrariou o posicionamento acerca do tema adotado por esta Primeira Seção e pela Segunda Turma, segundo o qual o benefício tem caráter indenizatório e, como forma de ressarcimento, não integra o salário de contribuição, trazendo para demonstração os seguintes precedentes:

> "TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – AUXÍLIO-CRECHE – DECRETOS-LEIS 1.910/81 E 2.318/86.
>
> - O denominado "auxílio-creche" constitui, na verdade, indenização pelo fato de a empresa não manter creche em seu estabelecimento.Como ressarcimento, não integra ao salário-contribuição, para efeito de incidência da contribuição SOCIAL" (ERESP 413.322/RS, Primeira Seção, Rel. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 02.06.03, fl. 285);

> "PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - AUXÍLIO-CRECHE - AJUDA DE CUSTO PARA DESLOCAMENTO NOTURNO - NATUREZA INDENIZATÓRIA.
>
> 1. O reembolso de despesas com creche, chamado de AUXÍLIO CRECHE, não é salário utilidade, auferido por liberalidade patronal.
>
> 2. É um direito do empregado e um dever do patrão a manutenção de creche ou a terceirização do serviço (art. 389, § 1º, da CLT).
>
> 3. O benefício, para estruturar-se como direito, deverá estar previsto em convenção coletiva e autorizado pela Delegacia do Trabalho (Portaria do Ministério do Trabalho 3.296, de 3/9/86).
>
> 4. Em se tratando de direito, funciona o auxílio-creche como indenização, não integrando o salário-de-contribuição para a Previdência.

5. O eventual trabalho noturno não justifica a chamada ajuda de custo, parcela que tecnicamente é uma gratificação.

6. Recurso parcialmente provido" (REsp 365.984/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *in* DJU de 07.10.02, fl. 300);

"PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - AUXÍLIO-CRECHE – NATUREZA INDENIZATÓRIA.

1. O reembolso de despesas com creche, chamado de AUXÍLIO CRECHE, não é salário utilidade, auferido por liberalidade patronal.

2. É um direito do empregado e um dever do patrão a manutenção de creche ou a terceirização do serviço (art. 389, § 1º, da CLT).

3. O benefício, para estruturar-se como direito, deverá estar previsto em convenção coletiva e autorizado pela Delegacia do Trabalho (Portaria do Ministério do Trabalho 3.296, de 3/9/86).

4. Em se tratando de direito, funciona o auxílio-creche como indenização, não integrando o salário-de-contribuição para a Previdência.

5. Recurso especial improvido" (REsp 267.301/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *in* DJU de 29.04.02, fl. 295);

"EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DEVEDOR. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO CRECHE/BABÁ. ININCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE.

1. Consoante reconhecido pelo próprio Ministro da Previdência Social (Parecer CJ/n. 57/96), o reembolso-creche previsto na Portaria MTb. 3.296/86 não integra o salário de contribuição, sendo inequívoco a natureza indenizatória da verba.

2. Verba honorária. O recorrente não tem legítimo interesse de impugnar a parte da decisão que lhe foi favorável.

3. Recurso especial improvido" (REsp 228115/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *in* DJU de 11.09.2000, fl. 289).

Pede, por fim, o reconhecimento de que o auxílio-creche possui natureza indenizatória e por isso não integra o salário de contribuição.

Transcorreu *in albis* o prazo regimental para que o Embargado apresentasse impugnação aos Embargos de Divergência.

É o relatório.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O voto-condutor do acórdão embargado não restou omisso ou contraditório, eis que decidiu a questão de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. Não há cerceamento de defesa ou omissão de pontos suscitados pelas partes, pois ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes.

2. O auxílio-creche constitui-se numa indenização pelo fato da empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento.

3. Não subsiste caráter remuneratório em razão da inexistência da habitualidade, já que o benefício cessa quando o menor ultrapassa a faixa etária dos seis anos.

4. Ante à sua natureza indenizatória, o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição, base de cálculo da Contribuição Previdenciária.

5. Embargos de Divergência acolhidos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Examino o primeiro fundamento dos embargos. O embargante opôs dois Embargos de Declaração ao Acórdão que acolheu o Recurso Especial interposto pelo INSS. No primeiro, alegou que não houve a análise dos procedimentos adotados pelo embargante em face das disposições legais; que alguns precedentes invocados não se aplicam ao caso; que houve contradição num dos precedentes invocados pelo Relator, o REsp 408.405-RS, Rel. Ministro José Delgado. Ressaltou, ainda, que a decisão de primeiro grau, mantida pelo Tribunal *a quo*, utilizou-se também de fundamento constitucional (art. 201, § 4º, da CF), o que faz incidir o enunciado da Súmula 126-STJ.

A tais argumentos, esclareceu o Relator que tais alegações visam atacar o mérito do recurso, já que foram oferecidos os fundamentos necessários para o julgamento do recurso especial.

Nos segundos Embargos de Declaração, alega que apenas um dos fundamentos suscitados foi analisado no Acórdão, pelo que não teria atendido ao dever de fundamentação imposto no art. 93, IX, da Constituição da República.

O novo recurso não foi conhecido, por entender a Turma, não ajustar-se a uma das hipóteses do art. 535 do Código de Processo Civil, escudando-se em lição de José Carlos Barbosa Moreira.

Os Acórdãos paradigmas tratam de situações que não se ajustam ao caso presente. Referem-se a situações em que os pontos essenciais suscitados pelo embargante não foram objeto de análise pelo Acórdão embargado. No caso presente, o ponto essencial consistia apenas

em saber se o auxilio-creche tem natureza remuneratória ou indenizatória, havendo o Acórdão recorrido optado pela primeira hipótese, reiterando o posicionamento adotado pela Primeira Turma. Assim, não se ajusta a situação ora trazida às hipóteses versadas nos acórdãos paradigmas, pelo que rejeito os embargos no que diz respeito à preliminar, em que se postula a decretação de nulidade do julgamento.

Em relação ao mérito, não há dúvida quanto à dissonância entre o julgado e os acórdãos paradigmas já referidos no relatório.

Como já foi assinalado, o Acórdão recorrido consagrou o entendimento de que o auxílio-creche tem caráter remuneratório, seguindo os precedentes da Primeira Turma, ali expressamente invocados:

> "PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. AUXÍLIO CRECHE/BABÁ. VERBA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.
>
> Não incide contribuição previdenciária sobre o auxílio creche ou babá, pago pelo empregador, vez que a referida verba tem caráter indenizatório e não salarial (fl. 165).

Divergiu, assim, da orientação que vinha sendo adotada pela Segunda Turma que concebe o benefício como direito do empregado e dever do empregador, nos termos do art. 389, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo que funciona como indenização e, assim, não integra o salário de contribuição, nos termos do art. 28, § 9º, alínea "s", da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, expresso em excluir daquele o "*reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas*". Nesse sentido são os precedentes:

> "PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - AUXÍLIO-CRECHE - AJUDA DE CUSTO PARA DESLOCAMENTO NOTURNO - NATUREZA INDENIZATÓRIA.
>
> 1. O reembolso de despesas com creche, chamado de AUXÍLIO CRECHE, não é salário utilidade, auferido por liberalidade patronal.
>
> 2. É um direito do empregado e um dever do patrão a manutenção de creche ou a terceirização do serviço (art. 389, § 1º, da CLT).
>
> 3. O benefício, para estruturar-se como direito, deverá estar previsto em convenção coletiva e autorizado pela Delegacia do Trabalho (Portaria do Ministério do Trabalho 3.296, de 3/9/86).
>
> 4. Em se tratando de direito, funciona o auxílio-creche como indenização, não integrando o salário-de-contribuição para a Previdência.
>
> 5. O eventual trabalho noturno não justifica a chamada ajuda de custo, parcela que tecnicamente é uma gratificação.
>
> 6. Recurso parcialmente provido" (REsp 365.984/PR, Min. Eliana Calmon, DJU de 07/10/2002);

> "EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO CRECHE/BABÁ. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE.

1. Consoante reconhecido pelo próprio Ministro da Previdência Social (Parecer CJ/n. 57/96), o reembolso-creche previsto na Portaria MTb. 3.296/86 não integra o salário de contribuição, sendo inequívoca a natureza indenizatória da verba.

2. Verba honorária. O recorrente não tem legítimo interesse de impugnar a parte da decisão que lhe foi favorável.

3. Recurso especial improvido (REsp 228.815/RS, Min. Peçanha Martins, DJU de 11/9/2000).

A questão acha-se atualmente pacificada. Esta Seção já se pronunciou pelo menos em duas oportunidades, acolhendo a orientação contrária ao acórdão embargado. A primeira, através do Acórdão paradigma, cuja ementa vale relembrar:

"TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – AUXÍLIO-CRECHE – DECRETOS-LEIS 1.910/81 E 2.318/86.

- O denominado "auxílio-creche" constitui, na verdade, indenização pelo fato de a empresa não manter creche em seu estabelecimento.Como ressarcimento, não integra ao salário-contribuição, para efeito de incidência da contribuição SOCIAL" (ERESP 413.322/RS, Primeira Seção, Rel. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 02.06.03, fl. 285).

No voto condutor, assim se expressou o ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros:

"Contribui na formação do acórdão paradigma. Agora, entretanto, após meditar sobre o tema, percebi que o auxílio creche não remunera a trabalhadora. Em rigor ele a indeniza por se haver privado de um direito inerente à sua própria condição de empregada. Presume-se que quem não dispõe de creche no local do emprego é forçado a remunerar alguém para que vele pelo filho, no horário de trabalho".

Mais recentemente, em julgamento ocorrido no dia 6 de outubro do ano em curso, no ERESP 394530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, em sessão da qual participei, esta Seção decidiu por unanimidade:

"PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - AUXÍLIO-CRECHE - NATUREZA INDENIZATÓRIA.

1. O reembolso de despesas com creche, chamado de AUXÍLIO-CRECHE, não é salário utilidade, auferido por liberalidade patronal.

2. É um direito do empregado e um dever do patrão a manutenção de creche ou a terceirização do serviço (art. 389, § 1º, da CLT).

3. O benefício, para estruturar-se como direito, deverá estar previsto em convenção coletiva e autorizado pela Delegacia do Trabalho (Portaria do Ministério do Trabalho 3.296, de 3/9/86).

4. Em se tratando de direito, funciona o auxílio-creche como indenização, não integrando o salário-de-contribuição para a Previdência (EREsp 413.222/RS)

5. Embargos de divergência providos (DJU de 28/10/2003).

Destaco a seguinte passagem do voto da ilustre Relatora:

"Examinando a controvérsia, verifico que o auxílio de que se cuida está estipulado na CLT, que exige do empregador, cujo estabelecimento de trabalho tenha no mínimo 30 (trinta) mulheres, com mais de 16 (dezesseis) anos, local apropriado onde possam ser deixados os seus filhos no período de amamentação (art. 389, § 1º, da CLT).

Permite o mesmo diploma que o empregador, para cumprir a exigência, mantenha convênio com empresas que terceirizem o serviço (§ 2º do mesmo art. 389 da CLT).

Este direito da mulher empregada, garantido por lei, foi objeto de disciplina administrativa no âmbito do Ministério do Trabalho, vindo a Portaria 3.296, de 3/9/86, a autorizar as empresas e os empregadores a adotar o sistema de reembolso-creche, em substituição à exigência contida no art. 389 da CLT.

Em se tratando de uma obrigação patronal, o reembolso das despesas da creche, quando terceirizado o serviço, não pode sofrer a incidência da contribuição previdenciária, como sói acontecer com o auxílio-alimentação, ou seja, em se tratando de uma obrigação patronal, prevista em convenção coletiva e devidamente comunicada a Delegacia Regional do Trabalho, não pode ser tratado como salário, mas sim como indenização de um direito".

Em verdade, o auxílio-creche constitui indenização pelo fato de a empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento. Além disso, o caráter remuneratório deve ser afastado ante a inexistência da habitualidade, já que o benefício cessa quando o menor ultrapassa a faixa etária dos seis anos.

Ante o que precede, rejeito os embargos de divergência, na preliminar, e acolho-os no mérito e lhes dou provimento, a fim de que prevaleça a tese dos acórdãos paradigmas, no sentido da não incidência da contribuição previdenciária sobre esse benefício.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2003/0107655-2 **ERESP 438152 / BA**

Números Origem: 199801000588378 200200688972 9600000581

PAUTA: 10/12/2003 JULGADO: 10/12/2003

Relator
Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidenta da Sessão
Exma. Sra. Ministra ELIANA CALMON

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MIGUEL GUSKOW

Secretária
Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	:	BANCO ABN AMRO REAL S/A
ADVOGADO	:	OSMAR MENDES PAIXÃO CORTES E OUTROS
EMBARGADO	:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR	:	JACYRA DANTAS PLANZO E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU, ORALMENTE, O DR. RAUL GUALBERTO AMORIM, PELO EMBARGANTE

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, acolheu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Franciulli Netto, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 10 de dezembro de 2003

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária