



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

Processo n° 19740.000635/2008-37
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2402-002.398 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de Janeiro de 2012
Matéria SALÁRIO INDIRETO: AUXÍLIO-CRECHE E AUXÍLIO-BABÁ
Recorrente ICATU HARTFORD CAPITALIZAÇÃO S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

AUXÍLIO-BABÁ. NATUREZA INDENIZATÓRIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. REGIME DO ARTIGO 543-C DO CPC. RECURSOS REPETITIVOS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A 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 n° 310, de 11/05/2005 e Parecer PGFN/CRJ n° 2600/2008.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer a não incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-babá, independentemente da comprovação da despesa. Declarou-se impedido o conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Ewan Teles Aguiar e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente em parte o lançamento tributário realizado em 24/11/2008 e relativo às contribuições sociais destinadas ao INCRA e incidentes sobre os rendimentos pagos ou creditados aos segurados empregados a título de Auxílio Creche e Auxílio Babá, quando não comprovadas as despesas.

Seguem transcrições de alguns trechos pontuais do relatório fiscal que melhor sintetizam os fatos e a lide:

Relatório Fiscal

4.3. Fica claro, portanto, que, se a parcela desembolsada a título de auxílio creche ou auxílio babá foi paga em desacordo com a lei trabalhista, ou o segurado empregado não comprovou a despesa realizada com a creche ou com a babá, este valor passa a integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

...

5.1. Da análise das Folhas de Pagamentos do ano de 2004, foi possível detectar a ocorrência de pagamentos sob o título de Auxílio Creche, Auxílio Creche—Mês Anterior, Auxílio Babá e Auxílio Babá—Mês Anterior.

5.2. Foram solicitados os comprovantes de despesas com Creche, para todos os empregados que receberam esta rubrica, e também, a comprovação do registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social da empregada, do pagamento da remuneração e do recolhimento da contribuição previdenciária para todos aqueles 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 6 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.

...

5.5. 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, formulário preenchido pelos próprios funcionários quando da solicitação do benefício não comprova despesa alguma, comprova apenas que o funcionário solicitou o recebimento de tal auxílio. No que se refere à cópia da CTPS —

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, ele por si só não é bastante e suficiente para a comprovação da efetiva despesa já que não evidencia a continuidade do contrato de trabalho, nem tampouco que houve o efetivo pagamento dos salários, além do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

Após impugnação, a decisão de primeira instância foi no sentido de julgar o lançamento procedente em parte para que fossem excluídos os valores relativos ao auxílio-creche, limitado ao fixado em convenção coletiva e desde que identificados os beneficiários e desde que os dependentes não tenham mais de 6 anos de idade. Foram mantidos no lançamento todos os valores pagos a título de auxílio-babá. Segue transcrição da ementa e trechos do acórdão:

AUXÍLIO-CRECHE

ATO DECLARATORIO PGFN Nº 11, de 1º de dezembro de 2008 determina a revisão de ofício dos créditos apurados em decorrência da falta de comprovação de despesas a título de auxílio creche. Incide contribuição previdenciária sobre parcela concedida a título de auxílio creche, no entanto, quando a empresa não demonstra os demais requisitos exigidos pela legislação para caracterização do mesmo.

AUXÍLIO-BABÁ

Integra o salário-de-contribuição o benefício auxílio-babá no caso de não haver a 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 e não comprovado o limite máximo de seis anos de idade da criança conforme art. 214, § 9º, XXIV do Decreto 3.048/99.

...

Impugnação Procedente em Parte

...

*No caso de **AUXÍLIO CRECHE**, o crédito só será retificado quando for possível comprovar nos documentos apresentados pela Impugnante a idade da criança que deu origem ao crédito, assim como o responsável que o recebeu e; no caso de **AUXÍLIO BABÁ**, além de se poder comprovar nos documentos apresentados pela Impugnante a idade da criança que deu origem ao crédito e o responsável que o recebeu, **há necessidade também da comprovação de despesa que continua sendo exigida pela legislação, conforme já exposto.***

Contra a decisão, o recorrente reiterou suas alegações na impugnação; assim sintetizadas com precisão na decisão recorrida:

5.1. A Portaria do Ministério do Trabalho 3.296 de 03/09/1986 autorizou a adoção do sistema de "reembolso creche" como alternativa da exigência estabelecida pelo artigo 389 da CLT de

manutenção de creches por parte das empresas, com pelo menos 30 funcionárias com idade acima de 16 anos.

5.2. Tal Portaria regulamenta não apenas o auxílio-creche, mas também o auxílio-babá, ao dispor no inciso I do art 1º que a prestação conferida às lactantes “deverá cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza”.

5.3. O auxílio-babá possui a mesma natureza do auxílio-creche, pois também objetiva a guarda do bebê ou da criança enquanto a mãe encontra-se ausente por razões profissionais.

5.4. Posteriormente, o Plano de Custeio Previdenciário veio a prever a exclusão do reembolso creche do salário de contribuição (art 28, §9º, "s" da Lei 8212/91). Apesar do mencionado dispositivo legal não tratar expressamente do auxílio-babá, é certo que o mesmo também é excluído do salário de contribuição, por possuir a mesma natureza do reembolso creche.

5.5. Reconhecendo a natureza indenizatória tanto do auxílio creche quanto do auxílio babá, o Regulamento da Previdência Social veio a estabelecer que tais benefícios não constituiriam base de cálculo da contribuição previdenciária caso cumpridos os seguintes requisitos:

i) O benefício deve ser previsto em Acordo Coletivo ou Convenção Coletiva de Trabalho;

ii) sua concessão deve ser estendida a todas as empregadas;

iii) deve ser dada ciência a todas as empregadas do oferecimento do referido auxílio;

iv) deverá ser efetuado até o 3º dia útil da entrega do comprovante das despesas;

v) atenderá as crianças com até 6 anos de idade;

vi) deverão ser comprovadas todas as despesas incorridas pelas empregadas e reembolsadas pela empresa e;

vii) quanto ao auxílio babá, ainda é exigida a cópia da CTPS da doméstica (babá) e dos comprovantes de recolhimento das suas contribuições previdenciárias.

5.6. A fiscalização considerou como atendidos pela Impugnante todos os requisitos acima mencionados, salvo a comprovação das despesas incorridas pelos empregados com as creches e babás.

...

5.9. Em momento algum é suscitado pela fiscalização o desvio de finalidade do auxílio-creche e do auxílio babá ou, ainda, que o mesmo seria concedido como remuneração camuflada.

5.10. Independentemente da apresentação dos comprovantes exigidos pela fiscalização, há presunção de que a empregada arcou com os custos de creche ou da babá, uma vez que o empregador não lhe disponibilizou nas dependências da empresa local para guardar seus filhos. O caráter indenizatório do auxílio em questão surge do fato de o mesmo ser pago em substituição a uma obrigação legal imposta ao empregador, qual seja, a manutenção de uma creche para os filhos das empregadas, e não de mera apresentação do comprovante das despesas. Neste sentido vem se posicionando os Tribunais Regionais Federais.

5.11. O Auditor desconsiderou diversos Termos de Compromisso, comprovantes de matrícula e cópias de carteiras de trabalho de babás, apresentados pela Impugnante durante a fiscalização, por entender que somente recibos de despesas mensais ensejariam a exclusão dos auxílios dos salários dos empregados.

5.12. A Portaria 3296/86 prevê que as empresas devem guardar "comprovantes de despesas" relativas ao auxílio babá e auxílio-creche, ou seja, não há na referida norma qualquer menção específica a recibos mensais de pagamento. Em outras palavras, todos os outros documentos que a Impugnante possui nos seus arquivos e não foram analisados pelo Auditor cumprem a determinação legal, uma vez que comprovam inequivocamente o valor despendido pelos seus funcionários.

5.13. Assim, para que não restem dúvidas acerca do reembolso das despesas incorridas pelos empregados da impugnante com creches e babás, anexa-se a presente Impugnação os seguintes documentos:

- Termos de compromisso, através dos quais os empregados fizeram a opção pelo auxílio-creche ou auxílio babá
- Cópias das carteiras de trabalho das babás contratadas pelos funcionários da impugnante, nas quais constam os salários que lhes eram conferidos;
- Comprovantes de recolhimento previdenciário incidente sobre o salário das babás
- Declarações de escolaridade e;
- Contratos firmados com as creches

5.14. Outrossim, a Impugnante procede à juntada de diversos recibos de despesas mensais também localizados nos seus arquivos.

5.15. A questão se encontra pacificada em favor dos contribuintes, como se denota de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Processo nº 19740.000635/2008-37
Acórdão n.º **2402-002.398**

S2-C4T2
Fl. 654

5.16. No tocante ao auxílio-creche, a questão não guarda maiores controvérsias, inclusive no âmbito administrativo, em razão da recente publicação do Ato Declaratório do Procurador da Fazenda Nacional 11, de 1/12/2008, que reconhece expressamente a improcedência da pretensão da fiscalização consubstanciada no lançamento, autorizando a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos.

5.17. Diante do ato citado, tem-se que o presente auto de infração, lavrado apenas 5 dias antes de sua publicação, deve ser anulado, sendo certo que tal procedimento poderia ter sido levado a efeito, com fulcro no art 19, §5º da Lei 10522/02

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

A decisão recorrida acolheu o entendimento da PGFN e excluiu do lançamento os valores de **auxílio-creche** independentemente da comprovação da despesa com creches pelos segurados, desde que através dos documentos apresentados pela empresa se identifiquem os beneficiários e desde que os dependentes não tenham mais de 6 anos de idade, limitado o benefício ao valor fixado na convenção coletiva:

E, posteriormente, foi publicado o Ato Declaratório nº 11, de 10 de dezembro de 2008, conforme segue:

O PROCURADOR-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/1V" 2600/2008, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 8/12/2008, DECLARA que 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 a contribuição previdenciária sobre o auxílio-creche, recebido pelos empregados e pago até a idade dos seis anos de idade dos seus filhos menores."

JURISPRUDÊNCIA: Resp nº 816.829/RJ (DJ de 19.11.2007), Resp nº 664.258/RJ (DJ 31.05.2006);

...

Tal entendimento foi adotado pela nova disposição que trata da matéria, constante da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, que revogou as disposições da IN/03 e tirou a expressão, "quando comprovadas as despesas", que constava da IN/SRP/03, conforme segue:

...

No recurso voluntário, o contribuinte, embora tem requerido a reforma da decisão na parte que lhe tenha sido desfavorável, o que também abrange os valores remanescentes de auxílio-creche, constato que as razões não se contrapõem ao que já foi decidido em seu favor: não foram exigidos os comprovantes de despesas com creche, exatamente de acordo com a tese defendida pela recorrente. Alguns valores permaneceram porque extrapolaram aquele fixado na convenção coletiva ou porque foram pagos fora do período de abrangência do benefício:

51. No mérito, a Recorrente requer seja dado integral provimento ao presente Recurso Voluntário para reformar o acórdão recorrido na parte em que lhe foi desfavorável e,

consequentemente, cancelar o Auto de Infração nº 37.179.340-8 e julgar insubsistente os créditos tributários a ele vinculados.

Assim, entendo que somente resta o exame da parte desfavorável relativa ao auxílio-babá.

Com relação a esse benefício, embora já transcrito no relatório fiscal, reproduzo trecho da decisão recorrida após a análise da documentação juntada na impugnação. Constatou-se que de fato o fundamento para incidência da contribuição previdenciária decorre do entendimento segundo o qual ainda deve ser exigida a comprovação da despesa efetuada pelo segurado com a babá e o respectivo recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre esse salário pago:

AUXILIO BABÁ, além de se poder comprovar nos documentos apresentados pela Impugnante a idade da criança que deu origem ao crédito e o responsável que o recebeu, há necessidade também da comprovação de despesa que continua sendo exigida pela legislação, ou seja há necessidade de constar o recibo de pagamento e a cópias da GPS.

A norma de proteção extraída do artigo 389, §1º da CLT, criada pelo Decreto-lei nº 229, de 28/02/67, tem por finalidade propiciar à trabalhadora a necessária tranquilidade para exercício de suas funções laborais, quando permanece longe do convívio de seu filho.

Quando criado em 1967, buscava-se que o local de guarda fosse em alguma dependência adequada da própria empresa, mas por diversas razões, muitas relacionadas à própria segurança e saúde da criança, na prática constatou-se que em vários estabelecimentos melhor se cumpriria a finalidade da norma através de convênios com instituições próprias para esse fim, as creches. Mas também se verificou que nem sempre havia creches próximas à residência da mãe ou de seu local de trabalho, daí se buscou uma outra modalidade, o serviço de babá. De fato, esse último possui algumas vantagens: a criança não precisa ser deslocada diariamente, pois permanece em seu mesmo ambiente e muitas vezes permanece no convívio de algum parente mais próximo, o que atende perfeitamente à finalidade da norma de proteção.

Daí é que em 03/09/1986 a Portaria nº 3.296 do Ministério do Trabalho autorizou expressamente a adoção do sistema de "auxílio-creche" como alternativa para à exigência da CLT. Tal ato normativo já com uma preocupação prospectiva, também traz uma abertura para outras modalidades, sem lhes atribuir alguma denominação específica, equiparando-as ao auxílio-creche:

Art. 389 - Toda empresa é obrigada:

§1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

...

Art. 1º Ficam as empresas e empregadores autorizados a adotar o sistema de Reembolso-Creche, em substituição à exigência

contida no § 1º do art. 389 da CLT, desde que obedçam às seguintes exigências:

I - O Reembolso-Creche deverá cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de prestação à maternidade.

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. Para essa finalidade, o benefício é oferecido em modalidades: a permanência da criança no próprio local de trabalho, ou em creche ou, ainda, com babá.

O entendimento do STJ que resultou na Súmula nº 310, de 11/05/2005 - DJ 23.05.2005, é que o benefício tem natureza indenizatória e, portanto, não sofre incidência de contribuições previdenciárias. E não é a modalidade do benefício que altera a sua natureza jurídica: quando oferecido na forma de auxílio-babá também é indenização e, portanto, beneficia-se do entendimento reproduzido no Parecer PGFN/CRJ nº 2600/2008:

Súmula nº 310

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

...

Parecer PGFN/CRJ Nº 2600/2008:

Tributário. Contribuição Previdenciária. Auxílio-Creche. Natureza indenizatória.

Não incidência.

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aplicação da Lei nº10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº2.346, 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.

2. Ta Parecer, em face da alteração trazida pela Lei nº11.033, 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 nº10.522/2002.

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..

Ressalta-se, ainda, que a matéria está sendo julgada no regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ, que trata dos recursos repetitivos, conforme se pode verificar no Resp nº 1146772/DF:

Processo REsp 1146772/DF
RECURSO ESPECIAL 2009/0122754-7
Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142)
Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO
Data do Julgamento 24/02/2010
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.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.

Notas: Julgado conforme procedimento previsto para os Recursos Repetitivos no âmbito do STJ.

Diante de tal fato, ainda que se entenda pela aplicação restritiva do Parecer PGFN/CRJ nº 2600/2008 somente à modalidade auxílio-creche, não há dúvidas de que o entendimento do STJ não é diferente para a modalidade auxílio-babá e tendo sido conferido o regime do artigo 543-C do CPC, a decisão do STJ deve ser aqui reproduzida, conforme determina o novel artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009:

Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Vê-se através de um dos precedentes que resultou na Súmula nº 310, de 11/05/2005 que, de fato, o STJ não faz distinção entre as modalidades do benefício:

Processo REsp 413651/BA.

RECURSO ESPECIAL 2002/0018293-4 Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 08/06/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 20/09/2004 p. 227

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C". PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-CRECHE. AUXÍLIO-BABÁ. VERBA INDENIZATÓRIA QUE NÃO INTEGRA O SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. SÚMULA 83 DO STJ.

Cumprе observar, por primeiro, que inexistе ofensa ao disposto no artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto o tribunal recorrido apreciou toda a matéria recursal devolvida.

No que tange à questão da incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-creche e o auxílio-babá, a jurisprudência desta Corte Superior, inicialmente oscilante, firmou entendimento no sentido de que tais benefícios têm caráter de indenização, razão pela qual não integram o salário de contribuição. O artigo 389, § 1º, da CLT impõe ao empregador o dever de manter creche em seu estabelecimento ou a terceirização do serviço e, na sua ausência, a verba concedida a esse título será indenizatória e não remuneratória.

Precedentes: EREsp 438.152/BA, Relator Min. Castro Meira, DJU 25/02/2004; EREsp 413.322/RS, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 14.04.2003 e EREsp 394.530/PR, Relator Min. Eliana Calmon, DJU 28/10/2003).

Aplica-se à espécie, pois, o enunciado da Súmula 83 deste Sodalício: "não se conhece do recurso especial pela divergência,

quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". A propósito, restou consignado no julgamento do Agravo Regimental no Ag 135.461/RS, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 18.8.97, que "esta súmula também se aplica aos recursos especiais fundados na letra 'a' do permissivo constitucional".

Recurso especial não-conhecido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator". Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

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.

Em razão do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para que sejam excluídos do lançamento os valores a título de auxílio-babá pagos pela recorrente nos termos acima.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes