

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 816.829 - RJ (2008/0224966-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO CASTRO MEIRA**  
**EMBARGANTE** : **BANCO BRADESCO S/A**  
**ADVOGADO** : **OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)**  
**EMBARGADO** : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**  
**REPR. POR** : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):** Cuida-se de embargos de divergência apresentados pelo Banco Bradesco S/A contra acórdão da relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux, exarado no Recurso Especial 816.829/RJ, assim sintetizado:

TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NÃO-INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTES. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA. LEI Nº 7.418/85. DECRETO Nº 95.247/87.

1. Os valores percebidos a título de auxílio-creche, benefício trabalhista de nítido caráter indenizatório, não integram o salário-de-contribuição. Inteligência do verbete sumular n.º 310/STJ: '*O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição*' (Precedentes: REsp n.º 412.238/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 07/11/2006; EDcl no REsp n.º 667.927/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 06/02/2006; e EREsp n.º 413.322/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 14/04/2003)

**2. O pagamento habitual em pecúnia do vale-transporte não está albergado pelas normas isentivas da contribuição previdenciária (artigos 28, § 9.º, alínea 'f', da Lei n.º 8.212/91 e 2.º, alínea 'b', da Lei n.º 7.418/85), encerrando, inclusive, prática vedada, conforme se infere do disposto no art. 5.º do Decreto n.º 95.247/87:**

*'Art. 5.º É vedado ao empregador substituir o Vale-Transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.*

*Parágrafo único. No caso de falta ou insuficiência de estoque de Vale-Transporte, necessário ao atendimento da demanda e ao funcionamento do sistema, o beneficiário será ressarcido pelo empregador, na folha de pagamento imediata, da parcela correspondente, quando tiver efetuado, por conta própria, a despesa para seu deslocamento'.*

**3. Destarte, pago habitualmente o auxílio-transporte em pecúnia, e não por meio de vales, como determina a Lei n.º 7.418/85, o benefício deve incluir o salário-de-contribuição para efeito de incidência da contribuição previdenciária (Precedentes: REsp n.º 873.503/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 01/12/2006; REsp n. 387.149/PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 25/05/2006; REsp n.º 508.583/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12/09/2005)**

4. Recurso especial parcialmente provido (fls. 254-255 – sem destaques no original).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA DE MÉRITO (TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL.

# Superior Tribunal de Justiça

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NÃO-INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTES. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA. LEI N.º 7.418/85. DECRETO N.º 95.247/87). INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS DO ART. 535, E INCISOS, DO CPC.

1. Assentando o aresto recorrido que:"(...) 2. *O pagamento habitual em pecúnia do vale-transporte não está albergado pelas normas isentivas da contribuição previdenciária (artigos 28, § 9.º, alínea 'f', da Lei n.º 8.212/91 e 2.º, alínea 'b', da Lei n.º 7.418/85), encerrando, inclusive, prática vedada, conforme se infere do disposto no art. 5.º do Decreto n.º 95.247/87: 'Art. 5.º É vedado ao empregador substituir o Vale-Transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. No caso de falta ou insuficiência de estoque de Vale-Transporte, necessário ao atendimento da demanda e ao funcionamento do sistema, o beneficiário será ressarcido pelo empregador, na folha de pagamento imediata, da parcela correspondente, quando tiver efetuado, por conta própria, a despesa para seu deslocamento.'* 3. *Destarte, pago habitualmente o auxílio-transporte em pecúnia, e não por meio de vales, como determina a Lei n.º 7.418/85, o benefício deve incluir o salário-de-contribuição para efeito de incidência da contribuição previdenciária (...)" revela-se nítido o caráter infringente dos embargos.*

2. Deveras, é cediço que inócenas as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reexame da questão relativa ao pagamento do vale-transporte em pecúnia, em contrariedade ao disposto na Lei n.º 7.418/85, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC. Precedentes da Corte Especial: AgRg nos EDcl nos EREsp 693.711/RS, DJ 06.03.2008; EDcl no AgRg no MS 12.792/DF, DJ 10.03.2008 e EDcl no AgRg nos EREsp 807.970/DF, DJ 25.02.2008.

3. Embargos de declaração rejeitados (fl. 275 – sem destaque no original).

Com o objetivo de comprovar a divergência, o embargante traz à colação os arestos da Segunda Turma a seguir relacionados: REsp 506.168/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 14.03.05; REsp 489.665/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 04.04.05; REsp 443.820/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 04.10.04.

Alega estar configurada a divergência com base nos seguintes argumentos:

**O v. acórdão paradigma supratranscrito, sustentado em vários outros acórdãos paradigmas, manifestou claro entendimento de que, para a configuração da incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela conferida a título de auxílio-transporte, exsurge como requisito central a inexistência de desconto por parte do empregador.**

*In casu*, por força do instrumento normativo, formalmente consubstanciado pelo artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, e 611 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, **o desconto realizado pelo ora Embargante atinge o máximo de 4% (quatro por cento) do salário básico do empregado.**

Não obstante a todas as alusões do binômio (**pagamento em pecúnia e ausência de desconto nos salários dos empregados**) que constantemente é aplicado pelo E. Superior Tribunal de Justiça como requisito para a incidência da contribuição previdenciária e exclusão da aplicação da L. 7.418/95, **a C. 1ª Turma fundou-se, única e exclusivamente, no pagamento realizado em pecúnia (repita-se: pagamento esse que ocorre por força de instrumento normativo celebrado entre empregado e empregador)"** (fl. 289);

Ao final, requer "seja reconhecida a divergência e determinada a não-incidência da

# *Superior Tribunal de Justiça*

contribuição previdenciária sobre o vale-transporte paga, em co-participação com os empregados, pelo ora Embargante e com fulcro em instrumento normativo "(fls. 295-296).

Demonstrada, em princípio, a divergência e cumpridas as formalidades legais e regimentais, admiti os embargos.

A embargada ofertou impugnação às fls. 371-378.

É o relatório.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 816.829 - RJ (2008/0224966-4)**

**EMENTA**

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALE-TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO. NECESSIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, na assentada de 10.03.2003, em caso análogo (RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau), concluiu que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, já que, qualquer que seja a forma de pagamento, detém o benefício natureza indenizatória. Informativo 578 do Supremo Tribunal Federal.

2. Assim, deve ser revista a orientação desta Corte que reconhecia a incidência da contribuição previdenciária na hipótese quando o benefício é pago em pecúnia, já que o art. 5º do Decreto 95.247/87 expressamente proibira o empregador de efetuar o pagamento em dinheiro.

3. Embargos de divergência providos.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):** Examino os requisitos de admissibilidade do apelo.

O aresto embargado decidiu que, se o empregador substituir o vale-transporte por antecipação em dinheiro ou por qualquer outra forma de pagamento, incidiria a contribuição previdenciária.

O acórdão paradigma exarado nos autos do REsp 506.168/RS, da relatoria do saudoso Ministro Franciulli Netto, por sua vez, concluiu que o desconto efetuado pelo empregador no salário do empregado com o fim de custear o transporte realizado pela empresa equipara-se à hipótese em que o empregador proporciona o deslocamento integral e gratuito de seus funcionários, afastando a incidência da contribuição previdenciária.

Tanto no acórdão embargado como no indicado como paradigma, verifica-se que o empregador realiza o pagamento do vale-transporte. A diferença está no fato de que, no primeiro, não há transporte realizado pela empresa, que remunera o funcionário para que este se responsabilize pelo seu deslocamento, enquanto no segundo, a empresa desconta o valor do transporte do salário do empregado, fornecendo-lhe o serviço por conta própria.

Como se vê, são manifestas as semelhanças fáticas e a divergência de solução conferidas pelos julgados confrontados, devendo ser conhecido o presente recurso.

A questão trazida nos autos é simples e consiste em definir se há incidência da contribuição previdenciária sobre o benefício do vale-transporte pago em dinheiro.

A jurisprudência desta Corte era pacífica no reconhecimento da incidência da contribuição previdenciária sobre o benefício do vale-transporte quando pago em pecúnia, já que o art. 5º do Decreto 95.247/87 expressamente proibiu o empregador de efetuar o pagamento em

dinheiro.

Dessa maneira, caso houvesse a inobservância da determinação normativa, o pagamento seria considerado mera liberalidade, com natureza salarial, submetendo-se à incidência da contribuição previdenciária, não obstante o art. 28, § 9º, "f", da Lei 8.212/91 excluir o vale-transporte do salário de contribuição.

A título de exemplo, trago os seguintes precedentes de ambas as Turmas de Direito Público:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO – VALE-TRANSPORTE – PAGAMENTO EM DINHEIRO DE FORMA CONTÍNUA – ARTS. 28, § 9º, "F", DA LEI 8.212/91 E 2º, "B", DA LEI 7.418/85, REGULAMENTADOS PELO ART. 5º DO DECRETO 95.247/87 – INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – PRECEDENTES – FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS: SÚMULA 283/STF.

1. O vale-transporte, não integra o salário-de-contribuição para fins de pagamento da contribuição previdenciária. Inteligência dos arts. 28, § 9º, 'f', da Lei 8.212/91 e 2º, 'b', da Lei 7.418/85.

2. O pagamento habitual do vale-transporte em pecúnia contraria o estatuído no art 5º do Decreto 95.247/87 que estabelece que 'é vedado ao empregador substituir o vale-transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

3. Não há incompatibilidade entre a Lei 7.418/85 e o art. 5º do Decreto 95.247/87, que apenas instituiu um modo de proceder a concessão do benefício do vale-transporte, de modo a evitar o desvio de sua finalidade com a proibição do pagamento do benefício em pecúnia.

4. O pagamento do vale-transporte em dinheiro, inobservando-se a legislação pertinente, possibilita a incidência de contribuição previdenciária.

5. Ausente a impugnação aos fundamentos suficientes para manter o acórdão recorrido, o recurso especial não merece ser conhecido, por lhe faltar interesse recursal.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.232.771/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 22.06.2010);

TRIBUTÁRIO – SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO – VALORES GASTOS COM A EDUCAÇÃO DO EMPREGADO (BOLSAS DE ESTUDO) – NÃO-INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO – AUXÍLIO-TRANSPORTE – PAGAMENTO EM DINHEIRO – LEI N. 7.418/85 – DECRETO N. 95.247/87 – INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

1. O Tribunal de origem assentou que o vale-transporte foi pago pela empresa a seus funcionários em dinheiro e de forma habitual, o que gera a incidência da contribuição previdenciária sobre tal verba, não se enquadrando na hipótese prevista no parágrafo único do art. 5º do Decreto n. 95.247/87, bem como que os acordos e convenções coletivas não podem sobrepujar-se às normas de ordem pública.

2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido de que os valores gastos pelo empregador, na educação de seus empregados, não integram o salário-de-contribuição; portanto, não compõem a base de cálculo da Contribuição Previdenciária.

Agravos regimentais improvidos. (AgRg no REsp 1.079.978/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 12.11.2008);

TRIBUTÁRIO. TRANSPORTE GRATUITO OFERECIDO AOS TRABALHADORES PELA EMPRESA. SALÁRIO IN NATURA. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

# Superior Tribunal de Justiça

1. É pacífico no STJ o entendimento de que o transporte fornecido pelo empregador de forma gratuita, sem o desconto previsto na lei que regula o vale-transporte, constitui salário in natura, razão pela qual incide a Contribuição Previdenciária. Precedentes.

2. Recurso Especial provido. (REsp 389.550/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 29.10.2008);

MANDADO DE SEGURANÇA. VALE-TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. HABITUALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

I - Encontra-se pacificado no âmbito desta Corte o entendimento no sentido de que o vale-transporte, quando descontado do empregado no percentual estabelecido em lei, não integra o salário-contribuição para efeitos de pagamento da previdência social, conforme a norma inserta no artigo 3º da Lei 7.418/85.

II - No entanto, quando o pagamento do benefício ocorre em dinheiro, de forma habitual, como na hipótese dos autos, esse passa a integrar a remuneração do trabalhador, não havendo legislação que ampare a isenção da contribuição previdenciária. Precedentes: REsp nº 816.829/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 19/11/07; REsp nº 664.068/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 16/05/05; REsp nº 638.092/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 28/02/05 e REsp nº 653.806/TO, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 16/11/04.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.037.723/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe de 28.05.2008);

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALE-TRANSPORTE. LEI Nº 7.418/85. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg nos EDcl no REsp 761.009/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJe de 13.10.2009).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, na assentada de 10.03.2003, em caso análogo, reconheceu a inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, já que, qualquer que seja a forma de pagamento, detém o benefício natureza indenizatória. Trago à colação a notícia do julgamento veiculada no Informativo n.º 578 do Supremo Tribunal Federal, relativo ao período de 08 a 12 de março de 2010, *in verbis*:

## **Contribuição Previdenciária e Vale-Transporte - 1 e 2**

O Tribunal, por maioria, proveu recurso extraordinário, afetado ao Pleno pela 2ª Turma, no qual instituição financeira discutia a constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte aos seus empregados, por força de acordo trabalhista — v. Informativo 552. Inicialmente, enfatizou-se que a questão constitucional envolvida ultrapassaria os interesses subjetivos da causa. Em seguida, salientou-se que o art. 2º da Lei 7.418/85, a qual instituiu o vale-transporte, estabelece que o benefício: 1) não tem natureza salarial, nem incorpora à remuneração para quaisquer efeitos; 2) não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; e 3) não se configura como rendimento tributável do trabalhador. No ponto, aduziu-se que a referida exação não incide sobre o montante correspondente à benesse quando esta é concedida ao empregado mediante a entrega de vales-transporte, devendo-se perquirir se a sua substituição por dinheiro teria o condão de atribuir ao benefício caráter salarial. Asseverou-se, desse modo, que o deslinde da causa importaria necessária consideração sobre o conceito de moeda, conceito jurídico — não conceito específico da Ciência Econômica —, haja vista as funções por ela desempenhadas na intermediação de trocas e como instrumento de reserva de valor e padrão de valor. Após digressão sobre o tema, concluiu-se que, pago o benefício em vale-transporte ou em moeda, isso não afetaria o caráter não salarial do auxílio. Tendo isso em conta,

# Superior Tribunal de Justiça

reputou-se que a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em pecúnia, a título de vales-transporte pelo recorrente aos seus empregados afrontaria a Constituição em sua totalidade normativa. Consignou-se, ademais, que a autarquia previdenciária buscava fazer incidir pretensão de natureza tributária sobre a concessão de benefício, parcela esta que teria caráter indenizatório. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio que desproviavam o recurso ao fundamento de que o valor configuraria vantagem remuneratória e, portanto, se enquadraria no gênero "ganhos habituais do empregado", integrando a remuneração (CF, art. 201, § 11). O Min. Marco Aurélio afirmava, ainda, não se estar diante do vale-transporte tal como definido pela lei, porquanto esse não poderia ser pago em pecúnia. (RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau, 10.03.2010).

A situação dos autos é muito assemelhada a do precedente julgado pelo Supremo, inclusive, trata-se, também, de hipótese em que o empregador realizava o pagamento de vale-transporte em dinheiro em razão de convenção coletiva da categoria.

Portanto, reconhecida a inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o benefício do vale-transporte, seja ou não pago em pecúnia, não há outra alternativa senão a de também sufragar esse entendimento, tendo em vista a orientação da Suprema Corte, em sua composição plenária, em sentido contrário, ao reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança.

Nessa linha são os recentes julgados desta Corte:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALE-TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO. NECESSIDADE.

**1. O Supremo Tribunal Federal, na assentada de 10.03.2003, em caso análogo (RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau), concluiu que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, já que, qualquer que seja a forma de pagamento, detém o benefício natureza indenizatória. Informativo 578 do Supremo Tribunal Federal.**

**2. Assim, deve ser revista a orientação pacífica desta Corte que reconhecia a incidência da contribuição previdenciária na hipótese quando o benefício é pago em pecúnia, já que o art. 5º do Decreto 95.247/87 expressamente proibira o empregador de efetuar o pagamento em dinheiro.**

3. Recurso especial provido (REsp 1180562/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 26.08.10);

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. AUXÍLIO-CRECHE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AUXÍLIO-TRANSPORTE PAGO EM PECÚNIA. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STF. REALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O acórdão de origem consignou que a parte não comprovou os gastos com o auxílio-creche nem a idade dos beneficiários. Rever tal entendimento demanda reexame da matéria fático-probatória, vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

**3. Em razão do pronunciamento do Plenário do STF, declarando a inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas referentes a auxílio-transporte, mesmo que pagas em pecúnia, faz-se necessária a revisão da jurisprudência do STJ para alinhar-se à posição do Pretório Excelso.**

# Superior Tribunal de Justiça

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, em parte, provido (REsp 1194788/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 14.09.10);

AÇÃO RESCISÓRIA – PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – VALE-TRANSPORTE – PAGAMENTO EM PECÚNIA – NÃO INCIDÊNCIA – ERRO DE FATO – OCORRÊNCIA – AUXÍLIO-CRECHE/BABÁ – ACÓRDÃO RESCINDENDO NÃO CONHECEU DO RECURSO NESSA PARTE.

1. Há erro de fato quando o órgão julgador imagina ou supõe que um fato existiu, sem nunca ter ocorrido, ou quando simplesmente ignora fato existente, não se pronunciando sobre ele.

2. *In casu*, ocorreu erro de fato no acórdão rescindendo, porquanto considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido, ou seja, partiu de premissa errônea pois pressupôs a inexistência de desconto das parcelas de seus empregados a título de vale-transporte, quando é incontroverso nos autos que tal fato ocorrera.

3. **O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de recurso extraordinário, consolidou jurisprudência no sentido de que "a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa" (RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 10.3.2010, DJe-086 DIVULG 13.5.2010 PUBLIC 14.5.2010).**

4. No que tange ao auxílio-creche/babá, esta Corte Superior é incompetente para examinar o feito, uma vez que não cabe ação rescisória com a finalidade de desconstituir julgado que não apreciou o mérito da demanda, neste ponto específico. Precedentes: AgRg na AR 3.827/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 22.10.2009; AR 2.622/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 8.9.2008.

Ação rescisória parcialmente procedente (AR 3394/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 22.09.10).

Ante o exposto, **dou provimento aos embargos de divergência.**

É como voto.