



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.849 - RS (2009/0183845-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : INNOVA S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. EFEITO INFRINGENTE AOS ACLARATÓRIOS. CONHECIMENTO DO MÉRITO RECURSAL. PAGAMENTO POR HORA A TRABALHADOR QUE FICA À DISPOSIÇÃO DA EMPRESA, DURANTE O DESCANSO DIÁRIO. SITUAÇÃO ANÁLOGA À DA INDENIZAÇÃO POR HORA TRABALHADA – IHT. NATUREZA REMUNERATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA.

1. Diferentemente do que consta do acórdão embargado, o Recurso Especial é tempestivo, pois a Fazenda foi intimada do acórdão em 11.5.2009 e recorreu em 15.5.2009. Os Aclaratórios devem ser acolhidos com efeito infringente, para conhecimento do mérito recursal.

2. Não se trata de erro no que se refere à interpretação da legislação relativa ao prazo recursal (= erro de direito), mas de simples equívoco na leitura da certidão aposta nos autos (= erro de fato ou material).

3. "Cabe a via dos embargos de declaração com efeitos infringentes para correção de erro material do julgado" (EDcl no AgRg no Ag 579.431/RS, Rel. Ministro Castro Meira, j. 16.11.2004, DJ 14.3.2005).

4. Especificamente quanto à intempestividade, é pacífico que sua incorreta aferição implica erro material, conforme inúmeros precedentes do STJ que acolheram Aclaratórios com efeito infringente para, ultrapassada a questão, adentrar o mérito recursal.

5. Há, inclusive, julgados no sentido de que "a tempestividade do recurso é matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 888.998/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 24.11.2009, DJe 7.12.2009).

6. Essa espécie de erro pode e deve ser corrigida em Aclaratórios, até porque seria insanável por meio de Embargos de Divergência: o STJ inadmitte tal recurso em caso de não-conhecimento do Especial.

7. No mérito, discute-se a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos por indústria química e petroquímica pela disponibilidade do empregado no local de trabalho ou nas suas proximidades durante o intervalo destinado a repouso e alimentação, conforme o art. 2º, § 2º, da Lei 5.811/1972, conhecida por "Hora Repouso Alimentação – HRA".

8. O TRF acolheu o pleito da contribuinte e afastou a tributação, aplicando, por analogia, o entendimento referente às férias indenizadas.

9. Ocorre que não há similitude com as férias acima citadas, em que inexistente relação direta entre o pagamento feito e o trabalho realizado pelo empregado.

10. Nas férias indenizadas (totalmente diferente do caso dos autos), o funcionário recebe duas vezes: 1 salário normal pelo mês que trabalhou (quando deveria estar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de férias) + 1 “salário indenização” pelas férias que perdeu. A tributação incide sobre o primeiro salário, normalmente (porque é retribuição pelo trabalho), mas não sobre o segundo “salário”, cuja natureza é indenizatória, exatamente porque não é retribuição por trabalho ou tempo à disposição da empresa.

11. A "Hora Repouso Alimentação – HRA", diversamente, é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador.

12. Não há simplesmente supressão da hora de descanso, hipótese em que o trabalhador ficaria disponível 8 horas contínuas para a empresa e receberia por 9 horas (haveria uma "indenização" pela hora suprimida). O empregado fica efetivamente 9 horas ininterruptas trabalhando ou disponível para a empresa e recebe exatamente por este período, embora uma destas horas seja paga em dobro, a título de HRA.

13. A analogia possível é com a hora extra, a remuneração pelo tempo efetivamente trabalhado ou à disposição do empregador e sujeita à contribuição previdenciária.

14. É precisamente essa a orientação fixada pela Primeira Seção, em recurso repetitivo, ao julgar o caso da "Indenização por Horas Trabalhadas – IHT" paga pela Petrobras e decidir pela natureza remuneratória da verba para fins de aplicação do Imposto de Renda.

15. A "Hora Repouso Alimentação – HRA" é, portanto, retribuição pelo trabalho ou pelo tempo à disposição da empresa e se submete à contribuição previdenciária, nos termos do art. 28 da Lei 8.212/1991.

16. Em seus memoriais, a empresa insiste na indevida analogia com as férias e licença-prêmio indenizadas, que, diferentemente da HRA e do IHT, não são remuneração por trabalho realizado, nem por tempo à disposição do empregador.

17. A indenização por férias não gozadas é excepcional, decorrente do descumprimento da norma que garante ao trabalhador o descanso anual. A HRA é remuneração ordinária, prevista em lei, que não tem origem no descumprimento de norma legal. Inexiste semelhança que autorize a interpretação analógica pretendida pela empresa.

18. Embargos de Declaração acolhidos com efeito infringente para dar provimento ao Recurso Especial.

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: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (voto-vista), Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 1º de março de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.849 - RS (2009/0183845-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : INNOVA S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Embargos de Declaração opostos contra acórdão assim ementado (fl. 2.418):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418/STJ.

1. É inadmissível Recurso Especial interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração sem posterior ratificação (Súmula 418/STJ).

2. Recurso Especial não conhecido.

A Fazenda Nacional afirma que foi intimada pessoalmente em 11.5.2009 e opôs o Recurso Especial em 15.5.2009, de modo que o pleito é tempestivo (fl. 2.423).

Pede a análise do mérito recursal.

A embargada apresentou impugnação (fls. 2.433-2.434).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.849 - RS (2009/0183845-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Ao julgar o Recurso Especial, a Segunda Turma consignou que ele foi protocolizado em 15/5/2009 (fl. 2.593), antecedendo à publicação, ocorrida em 21/5/2009 (fl. 2.638), do acórdão dos Embargos de Declaração opostos contra o aresto recorrido. Por essa razão, haveria intempestividade.

Ocorre que se trata de erro material.

De fato, a Fazenda foi intimada do acórdão recorrido em 11.5.2009 (fl. 2.592) e interpôs o Recurso Especial em 15.5.2009 (fl. 2.593).

Para que fique claro, não se trata de erro quanto à interpretação da legislação referente ao prazo recursal (= erro de direito), mas de simples equívoco na leitura da certidão aposta nos autos (= erro de fato ou material).

É incontroverso que o erro material pode ser corrigido em Embargos de Declaração, acolhidos com efeito infringente:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL COM PROTOCOLO ILEGÍVEL. NÃO-CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. Cabe a via dos embargos de declaração com efeitos infringentes para correção de erro material do julgado.

(...)

4. Embargos acolhidos, com efeito modificativo, para dar provimento ao agravo regimental.

(EDcl no AgRg no Ag 579.431/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2004, DJ 14/03/2005, p. 267)

Especificamente quanto à intempestividade, é pacífico que sua incorreta aferição implica erro material, conforme inúmeros precedentes do STJ que acolheram aclaratórios com efeito infringente para, ultrapassada a questão, adentrar o mérito recursal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. **INTEMPESTIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES.** ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. PRECATÓRIO. PROLAÇÃO DA SENTENÇA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 1.901-30/99.

1. Como bem asseverado nas razões recursais, o prazo para interposição do agravo regimental foi suspenso no feriado do 30.10.2009 e no feriado de finados em 2.11.2009, prorrogando-se, portanto, para o primeiro dia útil subsequente, dia 3.11.2009. Assim, protocolizada a petição de agravo regimental em 3.11.2009, não há que se falar em intempestividade. Passo, pois, a analisar o agravo regimental.

(...)

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para, provendo o agravo regimental, prover em parte ao recurso especial, apenas no tocante aos juros moratórios.

(EDcl no AgRg no REsp 775.037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010)

PROCESSUAL CIVIL – **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EFEITOS INFRINGENTES PARA RECONHECER A INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL** – CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA – OFICIAL DE FARMÁCIA – RESPONSABILIDADE TÉCNICA POR DROGARIAS – POSSIBILIDADE (SÚMULA 120 DO STJ) – PRESENÇA DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF) – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.

(...)

Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para conhecer do agravo regimental, todavia, negar-lhe provimento.

(EDcl no AgRg no REsp 1102697/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 05/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL – **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ACOLHIMENTO COM EFEITOS INFRINGENTES - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – OMISSÃO SOBRE QUESTÃO ESSENCIAL AO JULGAMENTO DA LIDE – EXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 535, II, DO CPC – CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.**

1. Nos termos do art. 62, I, da Lei 5.010/66, os prazos recursais, no período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 6 de janeiro, ficam suspensos no âmbito da Justiça Federal, reiniciando-se a contagem somente no primeiro dia útil seguinte ao dia 6 de janeiro. Recurso especial de Maria Dolsan - Espólio e Outros **tempestivo**.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é omissa o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suscitadas oportunamente pela parte, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado.

3. Embargos de declaração de Maria Dolsan - Espólio e Outros acolhidos, com efeitos infringentes ao julgado, para conhecer do recurso especial dos particulares e dar-lhe provimento, para cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem aprecie a questão nele apontada.

4. Prejudicado o exame do recurso especial da União.

(EDcl no REsp 947.660/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 04/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SAT. GRAU DE RISCO. APURAÇÃO EM CADA ESTABELECIMENTO DA EMPRESA IDENTIFICADO POR CNPJ PRÓPRIO.**

1. Comprovada a tempestividade dos embargos de declaração.

(...)

3. Embargos de declaração acolhidos apenas para explicitação da parte dispositiva do acórdão embargado, sem efeito infringente.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no Ag 573.265/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 196)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES.

1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a oposição de embargos declaratórios para correção de erro material, impondo-se, desse modo, a correção efetivamente existente para, afastando a intempestividade afirmada, conhecer do recurso. (cf. EDclAgRgRMS nº 15.826/PR, da minha Relatoria, in DJ 17/4/2006).

2. Em sendo tempestiva a interposição do agravo de instrumento, é de se afastar o óbice da intempestividade e prosseguir no exame da sua admissibilidade.

3. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo e, prosseguindo no seu julgamento, dar-lhe provimento, determinando a subida do recurso especial.

(EDcl no AgRg no Ag 883.550/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJe 04/08/2008)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ERRO MATERIAL. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL. EFEITOS INFRINGENTES. CABIMENTO.

1. Diante do fato de que o aresto embargado partiu de premissa equivocada, merecem ser recebidos estes embargos, por evidente erro material.

2. É imperiosa a correção do erro material existente para,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastando a intempestividade afirmada, conhecer do agravo regimental.

(...)

(EDcl no AgRg no REsp 956.087/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 24/08/2009)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MATERIAL. EXISTÊNCIA. CORREÇÃO. **TEMPESTIVIDADE DO REGIMENTAL. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.** AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS D REGIMENTAL IMPROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO-CONHECIDO.

1. Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado ou dele excluir qualquer obscuridade, contradição ou erro material.

2. É dever da parte agravante o traslado e a fiscalização de todas as peças necessárias à formação do instrumento.

3. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para correção de erro material, sem efeitos infringentes. Agravo regimental improvido. Agravo de instrumento não-conhecido.

(EDcl no AgRg no Ag 1093757/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM OUTRA ETAPA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

1. Em **sendo tempestiva a interposição do agravo regimental, impõe-se a correção de erro material efetivamente existente.**

(...)

3. Embargos acolhidos tão-somente para conhecer do agravo regimental, negando-lhe, contudo, provimento.

(EDcl no AgRg no RMS 15.826/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 17/04/2006, p. 206)

Ademais, é pacífico o entendimento de que "a tempestividade do recurso é matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição":

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO CONFIGURADA – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – CONHECIMENTO EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES.

(...)

3. A tempestividade do recurso é matéria de ordem pública,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cognoscível de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

4. Precedentes: REsp 951.455/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 13.5.2009; REsp 1.027.582/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.11.2008, DJe 11.3.2009; REsp 992.690/BA, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.12.2007, DJ 17.12.2007; REsp 254.319/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21.6.2007, DJ 6.8.2007.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para reconhecer a intempestividade do recurso especial de GEÓRGIA ENGENHARIA CONSTRUÇÕES E MONTAGENS LTDA., e dele não conhecer.

(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 888.998/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 07/12/2009)

Note-se que, no julgamento dos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 888.998/ES (ementa acima transcrita), a Segunda Turma deu efeito infringente aos segundos aclaratórios, para conhecer da matéria (tempestividade).

Finalmente, consigno que **essa espécie de erro deve ser corrigida em Aclaratórios, até porque não poderia ser sanada por meio de Embargos de Divergência: o STJ inadmite tal recurso em caso de não conhecimento do Especial.**

O pleito recursal é tempestivo e dele se deve conhecer.

Questão de ordem

Preliminarmente, é importante ressaltar que a embargada não fez sustentação oral no julgamento do acórdão embargado, pois o entendimento da Turma lhe era favorável ("metodologia"), qual seja, pelo não conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda.

Assim, apesar de a empresa ter sido intimada dos aclaratórios e apresentado impugnação, é de se discutir a necessidade de anular o julgamento anterior para que haja efetiva oportunidade de sustentação oral quanto ao mérito da demanda.

Mérito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mérito, discute-se a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos por indústria química e petroquímica pela disponibilidade do empregado no local de trabalho, ou nas suas proximidades, durante o intervalo destinado a repouso e alimentação, conforme o art. 2º, § 2º, da Lei 5.811/1972 (grifei):

Art. 2º, § 2º Para garantir a normalidade das operações ou para atender a imperativos de segurança industrial, poderá ser exigida, mediante o pagamento previsto no item II do art. 3º, a **disponibilidade do empregado no local de trabalho ou nas suas proximidades, durante o intervalo destinado a repouso e alimentação.**

O pagamento por essa "disponibilidade do empregado" é feito nos termos do art. 3º, II, da Lei 5.811/1972:

Art. 3º Durante o período em que o empregado permanecer no regime de revezamento em turno de 8 (oito) horas, ser-lhe-ão assegurados os seguintes direitos:

(...)

II - Pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida nos termos do § 2º do art. 2º;

(...)

A empresa o denomina "Hora Repouso Alimentação" (HRA) e afirma que ele tem natureza indenizatória em razão do período de descanso suprimido.

O TRF acolheu o pleito e afastou a tributação, aplicando, por analogia, o entendimento relativo às férias indenizadas, conforme o seguinte trecho do acórdão recorrido (fl. 2.560):

Nesta situação, assim como naquela relativa às férias indenizadas, o empregador compensa financeiramente o empregado pelo direito que deixou de ser usufruído.

Resta caracterizada, portanto, a natureza indenizatória da verba em questão que, por este motivo, não deve compor a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Deste modo, é de ser afastada a incidência da contribuição previdenciária sobre a verba paga pela empresa a seus empregados a título de Hora-Repouso-Alimentação, HRA, prevista no inciso II do art. 3º da Lei nº 5.811/1972.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que não há similitude com as férias indenizadas, em que inexiste relação entre o pagamento feito e o trabalho realizado pelo empregado.

De fato, no caso das férias indenizadas, o empregado trabalha durante o mês que seria de férias e recebe salário por isso, pagando Imposto de Renda e contribuição social sobre ele. **Além** do salário pelo mês trabalhado, recebe os valores a título de férias indenizadas, que não se sujeitam ao Imposto de Renda ou à contribuição previdenciária.

A "Hora Repouso Alimentação – HRA", diferentemente, é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador. Ou seja, o trabalhador recebe salário normal pelas oito horas regulares e HRA pela 9ª (nona) hora, em que ficou à disposição da empresa.

Para que não haja dúvida, inexiste simplesmente supressão da hora de descanso, hipótese em que o empregado ficaria 8 horas contínuas à disposição da empresa e receberia por 9 horas (haveria uma "indenização" pela hora de descanso suprimida).

O empregado fica efetivamente 9 horas contínuas trabalhando ou à disposição da empresa e recebe exatamente por esse período, embora uma destas horas seja paga em dobro, a título de HRA.

A analogia possível é com a hora extra, a remuneração pelo tempo efetivamente trabalhado ou à disposição do empregador e sujeita à contribuição previdenciária.

É esse o entendimento fixado pela Primeira Seção, em recurso repetitivo, ao julgar o caso da "Indenização por Horas Trabalhadas – IHT" paga pela Petrobras e decidir pela natureza remuneratória da verba para fins de incidência do Imposto de Renda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO DE HORAS TRABALHADAS - IHT. PETROBRÁS. CARÁTER REMUNERATÓRIO.

1. A verba intitulada "Indenização por Horas Trabalhadas" - IHT, paga aos funcionários da Petrobrás, malgrado fundada em acordo coletivo, tem caráter remuneratório e configura acréscimo patrimonial, o que enseja a incidência do Imposto de Renda (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 939.974/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 22.10.2008, DJe 10.11.2008; EREsp 979.765/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, julgado em 13.08.2008, DJe 01.09.2008; EREsp 666.288/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 28.05.2008, DJe 09.06.2008; AgRg no REsp 933.117/RN, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 28.05.2008, DJe 16.06.2008; e EREsp 952.196/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 28.05.2008, DJe 19.12.2008).

(...)

5. Recurso especial da Fazenda Nacional não conhecido.

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

(REsp 1049748/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009)

A "Hora Repouso Alimentação – HRA" é, portanto, remuneração pelo trabalho ou pelo tempo à disposição da empresa e se submete à contribuição previdenciária, nos termos do art. 28 da Lei 8.212/1991.

Em seus memoriais, a empresa insiste na indevida analogia com as férias e licença-prêmio indenizadas, que, como dito, não são remuneração por trabalho realizado, nem por tempo à disposição.

Reitero que, nas férias indenizadas (totalmente diferente do caso dos autos), o funcionário recebe duas vezes: 1 salário normal pelo mês em que trabalhou (quando deveria estar de férias) + 1 “salário indenização” pelas férias que perdeu. A tributação incide sobre o primeiro salário, normalmente (porque é retribuição pelo trabalho), mas não sobre o segundo “salário”, cuja natureza é indenizatória, exatamente por não ser retribuição por trabalho ou por tempo à disposição da empresa.

In casu, há uma única remuneração pela hora descanso, paga em dobro, exatamente, repito, como a hora extra, que também se submete à tributação.

A indenização por férias não gozadas (a exemplo do caso da licença prêmio) é excepcional, decorrente do descumprimento da norma que garante ao trabalhador o descanso anual. A HRA é remuneração ordinária, prevista em lei, que não decorre de qualquer descumprimento de norma legal. Inexiste qualquer semelhança que autorize a interpretação analógica pretendida pela empresa.

Por essas razões, o acórdão recorrido deve ser reformado, reconhecendo-se a incidência da contribuição previdenciária sobre a "Hora Repouso Alimentação – HRA".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **acolho os Embargos de Declaração com efeito infringente para dar provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0183845-1 **EDcl no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.157.849 / RS

Número Origem: 200571000236678

PAUTA: 05/10/2010

JULGADO: 21/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : INNOVA S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Previdenciárias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : INNOVA S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, acolhendo os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Aguardam os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 21 de outubro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.849 - RS (2009/0183845-1)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Inicialmente, quanto ao acolhimento dos aclaratórios, por motivo de erro material, acolho as razões do Relator.

Na realidade, o que motivou o meu pedido de vista foram as alegações apresentadas no memorial da empresa, no tocante ao mérito do recurso especial, que passo a examinar.

Preliminarmente, afasto a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, veiculada no especial. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária.

Com efeito, afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

Quanto às demais alegações, já havia me manifestado anteriormente, entendendo, sem adentrar nas minúcias do caso, que teria razão a contribuinte. Contudo, agora, após detido exame dos autos, que me permitiu refletir melhor sobre a controvérsia, penso que melhor sorte socorre a Fazenda Nacional.

O cerne da controvérsia diz respeito à incidência de **contribuição previdenciária** sobre a verba paga a título de “hora repouso alimentação”, prevista no art. 3º, inc. II, da Lei n. 5.811/72.

A autorização constitucional para a instituição do referido tributo decorre do art. 195, inc. I, da Constituição da República, cuja redação original previa sua incidência apenas sobre a folha de salários.

A partir da Emenda Constitucional n. 20/98, o campo de abrangência foi ampliado para permitir a tributação da empresa sobre *"a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vínculo empregatício".

Não resta dúvida, portanto, que, a partir da EC n. 20/98, a Constituição da República não restringe mais a incidência da contribuição à folha de salários. Não obstante, para definir com exatidão qual o **aspecto material** da hipótese de incidência, é preciso analisar a sua regra-matriz, extraída da **Lei** que a instituiu, em atendimento ao *princípio da estrita legalidade tributária* (art. 150, inc. I, da CR/88).

In casu, é na **Lei n. 8.212/91** onde se verifica o dispositivo legal relativo à contribuição exigível da empresa, cuja redação transcrevo:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o **total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título**, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, **destinadas a retribuir o trabalho**, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

(Grifo nosso).

Conforme se depreende da **Lei** instituidora do tributo, seu campo de incidência alcança *"o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, (...) destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma"*.

Por conseguinte, decorre da **Lei** a pertinência das verbas pagas, devidas ou creditadas com a retribuição pelo **trabalho** prestado. Assim, é inexorável a conclusão de que a contribuição previdenciária devida pela empresa incide sobre verba de caráter **salarial**, porquanto, repita-se, *"destinada a retribuir o trabalho"*.

Pois bem. Visto isso, temos que, para resolver a presente controvérsia, é preciso definir se estamos diante de parcela de natureza salarial ou não.

A natureza jurídica da parcela determinada de "hora repouso alimentação", decorrente do art. 3º, inc. II, da Lei n. 5.811/72, guarda correspondência com o adicional previsto no art. 71, § 4º, da CLT, acrescentado pela Lei n. 8.923/94. Vejamos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Lei n. 5.811/72 dispõe que, para o empregado sujeito ao regime de revezamento de 8 (oito) horas, é assegurado o **direito ao pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida**. Essa previsão é justificada pela necessidade de se garantir a normalidade das operações ou para atender a imperativos de segurança industrial. Confira-se o referido dispositivo legal:

Art. 1º O regime de trabalho regulado nesta lei é aplicável aos empregados que prestam serviços em atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, bem como na industrialização do xisto, na indústria petroquímica e no transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos.

Art. 2º Sempre que for imprescindível à continuidade operacional, o empregado será mantido em seu posto de trabalho em regime de revezamento.

§ 1º O regime de revezamento em turno de 8 (oito) horas será adotado nas atividades previstas no art. 1º, ficando a utilização do turno de 12 (doze) horas restrita às seguintes situações especiais:

a) atividades de exploração, perfuração, produção e transferência de petróleo do mar;

b) atividades de exploração, perfuração e produção de petróleo em áreas terrestres distantes ou de difícil acesso.

§ 2º **Para garantir a normalidade das operações ou para atender a imperativos de segurança industrial, poderá ser exigida, mediante o pagamento previsto no item II do art. 3º, a disponibilidade do empregado no local de trabalho ou nas suas proximidades, durante o intervalo destinado a repouso e alimentação.**

Art. 3º Durante o período em que o empregado permanecer no regime de revezamento em turno de 8 (oito) horas, serão assegurados os seguintes direitos:

(...)

II - Pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida nos termos do § 2º do art. 2º;

(...)

(Grifo nosso).

A CLT, por sua vez, dispõe que, em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora (art. 71, *caput*). Descumprida essa disposição, pela submissão do obreiro ao trabalho no intervalo intrajornada, a lei obriga o empregador a remunerar o período correspondente com um acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Veja-se:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é **obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação**, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

(...)

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este **ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.** (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994)

(Grifo nosso).

A diferença entre as duas disposições é apenas quanto ao montante do adicional, tendo o legislador optado por definir em 100% (cem por cento) o acréscimo na remuneração relativa ao intervalo intrajornada dos empregados que prestam serviços em atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, bem como na industrialização do xisto, na indústria petroquímica e no transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos (Lei n. 5.811/72). Na regra geral, disposta na CLT, como visto, esse percentual é de apenas 50% (cinquenta por cento). Fora a diferença entre os percentuais, a finalidade dos adicionais é idêntica, qual seja, majorar a hora trabalhada durante o período em que deveria ter havido o intervalo para repouso e alimentação.

Desta forma, é inexorável a conclusão de que a natureza jurídica do **adicional** previsto no art. 71, § 4º, da CLT é a mesma daquele estabelecido na Lei n. 5.811/72, objeto deste recurso, sendo necessário, portanto, perquirir na doutrina e na jurisprudência trabalhista como a questão é tratada.

Na doutrina especializada, denomina-se de **adicional** os pagamentos efetivados em decorrência do exercício de atividade em situação mais **gravosa**, como a que ocorre na prestação do serviço após a jornada normal de trabalho (hora extra). Entende-se, ainda, que a natureza dessas verbas é **salarial**, justamente por decorrerem do trabalho executado pelo obreiro.

Nesse sentido, importante a lição de MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

Os **adicionais** consistem em parcelas *contraprestativas* suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em *circunstâncias tipificadas mais gravosas*.

(...)

(...) A parcela adicional é, assim, nitidamente mais contraprestativa: **paga-se um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. **Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório** (ressarcimento de gastos, despesas, reparação de danos, etc.).

(...)

Os *adicionais legais abrangentes* são aqueles que se aplicam a qualquer categoria de empregados, desde que situado o obreiro nas circunstâncias legalmente tipificadas. Consistem nos seguintes adicionais: de insalubridade (art. 192 da, CTL); de periculosidade (art. 193, § 1º, CLT); de penosidade (art. 7º, XXIII, CF/88 – ainda sem tipificação legal no âmbito justabalhista); de transferência (art. 469, § 3º, CLT); noturno (art. 73, *caput*, CLT); de **horas extras** (art. 7º, XVI, CF/88).

(DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 735-737).

(Grifo nosso).

Sendo assim, penso estar correta a equiparação feita pelo Relator entre o adicional de “hora repouso alimentação” e o relativo à hora extra, por terem a mesma finalidade de majorar a contraprestação pelo trabalho exercido em condições mais gravosas para o trabalhador.

Compartilhando desse entendimento, o referido jurista - Maurício Godinho Delgado - equipara o acréscimo previsto no § 4º do art. 71 da CLT àquele pago a título de hora extra, chegando a denominar o pagamento pelo trabalho no intervalo intrajornada de “**hora extra ficta**”. Vejamos:

Ora, isso significa que, desde 27.7.1994, o desrespeito ao intervalo mínimo entre jornada de 1 hora (ou de 15 minutos, em jornadas contínuas de entre 4 e 6 horas diárias) implica o **pagamento do período de desrespeito pelo empregador, como se fosse tempo trabalhado e acrescido do adicional de horas extras**. No exemplo *supra*, relativo à jornada de entre 8:00 às 16:00 horas, sem intervalo, o obreiro receberá o período de desrespeito, portanto, como se fosse tempo trabalhado e extraordinário (1 hora, no caso). Se o desrespeito for menor – apenas 30 minutos, por exemplo – ele receberá tais minutos como se fosse tempo efetivo extraordinário laborado. **Criou a nova lei, portanto, a figura do tempo ficto extraordinário (ou horas extras fictas)**.

(...)

(DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 928-929).

(Grifo nosso).

Compartilhando dessa interpretação, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho chegou a sumular o seu entendimento quanto à natureza **salarial** do pagamento pelo trabalho exercido no horário destinado ao intervalo intrajornada, que equivale à “hora repouso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alimentação”, nestes termos:

Orientação Jurisprudencial do TST - Seção de Dissídios Individuais (Subseção I)
354. **INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL** (DJ 14.03.2008)

Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

(Grifo nosso).

Dessarte, podemos concluir que o adicional pelo trabalho no intervalo intrajornada ou “hora extra ficta” (art. 71, § 4º, da CLT), o adicional relativo à “hora repouso alimentação” (art. 3º, inc. II, da Lei n. 5.811/72) e o adicional por hora extra (art. 7º, XVI, CR/88) têm **natureza salarial**, pois se destinam a suplementar a **remuneração** do trabalhador (= contraprestação) pelo exercício de suas atividades em condição mais gravosa do que aquela a qual está comumente sujeito.

Diversamente do disposto no acórdão recorrido e no memorial da empresa, penso que a relação da “hora repouso alimentação” com as férias indenizadas e a licença-prêmio não gozada é impertinente.

Na primeira, o adicional é calculado sobre a remuneração decorrente da **prestação do serviço** em condição mais gravosa, qual seja, durante o horário destinado ao repouso intrajornada, tal como a hora extra é devida pelo **trabalho praticado** além da jornada normal. Nas outras situações - férias indenizadas e licença-prêmio não gozada - o pagamento é **totalmente dissociado** da prestação do trabalho, sendo, portanto, puramente indenizatório.

Com essas considerações, acompanho o e. Relator, para ACOLHER os embargos de declaração, com efeitos infringentes, bem como para CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0183845-1 **EDcl no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.157.849 / RS

Número Origem: 200571000236678

PAUTA: 01/03/2011

JULGADO: 01/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : INNOVA S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Previdenciárias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : INNOVA S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (voto-vista), Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.