EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.619.117 - BA (2016/0209321-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A
ADVOGADO	:	FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH E OUTRO(S) - BA017455

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO (HRA). NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL.

SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de Hora Repouso Alimentação - HRA, prevista nos arts. 3º, II, da Lei 5.811/1972 e 71, § 4º, da CLT.

2. O acórdão embargado consignou que tal verba "[...] reveste natureza jurídica autenticamente indenizatória, pois seu escopo é recompor direito legítimo do empregado suprimido em virtude das vicissitudes da atividade laborai, assumindo perfil de genuína compensação, de verdadeira contrapartida a que o empregador está obrigado, por lei, a disponibilizar ao obreiro, em virtude da não fruição do direito ao intervalo para refeição e repouso que lhe é garantido, imprescindível ao restabelecimento do seu vigor físico e mental".

3. Partindo da premissa de que a Hora Repouso Alimentação - HRA possui natureza indenizatória, concluiu que sobre ela não deve incidir a contribuição previdenciária patronal (art. 22, I, da Lei 8.212/1991).

4. O julgado apontado como paradigma, por sua vez, assentou: "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA' [...] é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim, "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".

5. É patente a similitude fática entre os acórdãos confrontados, bem como a divergência entre as soluções jurídicas adotadas em cada caso.

PRECEDENTES DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMA DO STJ

6. A Primeira Turma reconheceu que a HRA reveste natureza jurídica autenticamente indenizatória em mais um precedente: REsp 1.328.326/BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, Rel. p./ acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 26.5.2017.

7. Na Segunda Turma, prevalece a compreensão de que a Hora Repouso Alimentação - HRA possui natureza remuneratória, devendo incidir sobre ela a contribuição previdenciária patronal. Precedentes: AgInt no REsp 1.727.114/BA, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.5.2019; AgInt no AREsp 1.122.223/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 13.8.2019; AgRg no REsp 1.449.331/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13.5.2016; REsp 1.144.750/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2011; EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Min. Herman Benjamin,

Segunda Turma, DJe 26.5.2011.

NATUREZA JURÍDICA DA HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO

8. A Hora Repouso Alimentação - HRA constitui verba paga ao trabalhador 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.

9. O pagamento por essa "disponibilidade do empregado" é feito nos termos dos arts. 3º, II, da Lei 5.811/1972 e 71, § 4º, da CLT.

10. A Hora Repouso Alimentação – HRA 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.

11. 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 "indenização" pela hora de descanso suprimida).

12. O empregado fica efetivamente 9 (nove) horas contínuas trabalhando ou à disposição da empresa e recebe exatamente por esse período, embora uma dessas horas seja paga em dobro, a título de HRA. Trata-se de situação análoga à hora extra: remuneração pelo tempo efetivamente trabalhado ou à disposição do empregador e sujeita à contribuição previdenciária.

13. Ao contrário do afirmado no acórdão embargado, a HRA possui nítida natureza remuneratória, submetendo-se à tributação pela contribuição previdenciária patronal, nos termos dos arts. 22, I, e 28 da Lei 8.212/1991.

14. Tratando da incidência da contribuição previdenciária sobre a HRA, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.039.689/RS (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 11.9.2017), afirmou: "Desse modo, não diverge o Tribunal **a quo** do entendimento da Corte no sentido da incidência de contribuição previdenciária patronal sobre verbas remuneratórias, conforme ficou deliberado no julgamento do RE nº 565.160/SC (Tema 20 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet). Verifico que, nessa decisão, a Corte se debruçou sobre o alcance da expressão 'folha de salários', contida no art. 195, I, 'a', da Constituição Federal, que é base de cálculo da exação em tela".

15. Em *obiter dictum*, impende ressaltar que a redação do art. 71, § 4º, da CLT foi alterada pela Lei 13.467/2017: "A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho".

16. A compreensão esposada abrange apenas os pagamentos e recolhimentos realizados antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, uma vez que a nova redação do art. 71, § 4º, da CLT não foi objeto de discussão no presente caso.

CONCLUSÃO

17. Embargos de Divergência providos, para reconhecer a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a Hora Repouso Alimentação - HRA, até a entrada em vigor da Lei 13.467/2017.

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: ""Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, deu provimento aos embargos de divergência, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa." Os Srs. Ministros Og Fernandes (voto-vista), Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão."

Brasília, 27 de novembro de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0209321-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.619.117 / BA**

Números Origem: 00116076320054013300 2005116121 200533000116121

PAUTA: 14/08/2019 JULGADO: 14/08/2019

Relator
Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretário
Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A
ADVOGADO	:	FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH E OUTRO(S) - BA017455

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Previdenciárias

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. AMANDA DE SOUZA GERACY, pela parte EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL
Dr. EWERTON AZEVEDO MINEIRO, pela parte EMBARGADO: CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A
Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Og Fernandes. Aguardam os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Francisco Falcão."

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.619.117 - BA (2016/0209321-1)

RELATOR	:	MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A
ADVOGADO	:	FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH E OUTRO(S) - BA017455

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, trata-se Embargos de Divergência opostos pela FAZENDA NACIONAL, na qual se põe em questão a incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela decorrente da supressão da Hora de Repouso e Alimentação - HRA, prevista pela Lei 5.811/1972. Discute-se a natureza jurídica da verba, se indenizatória ou remuneratória.

2. Na Primeira Turma eu seguia a diretriz que foi agora resumida pela eminente Ministra REGINA HELENA COSTA, na qual defende, em seu precedente, ser de natureza indenizatória.

3. A Lei 13.467/2017 consolidou o entendimento da Primeira Turma, declarando algo que já existia. Portanto, nesse sentido, é apenas declaratória.

4. O entendimento não jurisprudencial, mas o entendimento natural e ontológico, denota que a remuneração antecipada por ele é evidentemente de caráter indenizatório. Era o que a Primeira Turma dizia majoritariamente e que a lei veio a consolidar.

5. Essa Lei da reforma trabalhista (13.467/2017), nesse ponto, é só declarativa de uma realidade jurídica preexistente. Como a lei iria inventar essa realidade? A lei iria inventar que determinado pagamento é indenizatório ou remuneratório? A lei vai classificar a natureza jurídica? A natureza jurídica não é dada pela lei, é dada pela interpretação que os Juízes fazem da realidade, e a Primeira Turma deste Tribunal já entendia ser de natureza indenizatória.

6. Diante do exposto, Senhor Presidente, vou pedir vênia à maioria

que já se formou para persistir nesse entendimento. Portanto, desprovejo os Embargos de Divergência, acompanhando a Ministra REGINA HELENA COSTA. É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.619.117 - BA (2016/0209321-1)

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: A questão submetida à apreciação desta Seção diz respeito à incidência, ou não, da contribuição previdenciária patronal sobre a Hora Repouso Alimentação – HRA.

Pedi vista antecipada dos autos, considerada a divergência de entendimentos entre as Turmas que compõem a Primeira Seção, conforme demonstrado nas razões dos embargos ora analisados.

Como bem anotado pelo eminente Relator, Min. Herman Benjamin, a Segunda Turma, em decisões unânimes e reiteradas, assenta que "a Hora Repouso Alimentação – HRA constitui verba paga ao trabalhador pela disponibilidade do empregado no local de trabalho, ou nas suas proximidades, durante o intervalo destinado a repouso e alimentação".

Por sua vez, os julgados da Primeira Turma espelham conclusão diametralmente oposta, de que "a HRA reveste natureza jurídica autenticamente indenizatória, pois seu escopo é recompor direito legítimo do empregado suprimido em virtude das vicissitudes da atividade laboral, assumindo perfil de genuína compensação, de verdadeira contrapartida a que o empregador está obrigado, por lei, a disponibilizar ao obreiro, em virtude da não fruição do direito ao intervalo para refeição e repouso que lhe é garantido, imprescindível ao restabelecimento do seu vigor físico e mental" (REsp 1.619.117/BA, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 14/9/2018).

Na Primeira Turma, verifica-se a dissonância dos votos dos Ministros Gurgel de Faria e Sérgio Kukina, que ora divergem do entendimento majoritário do colegiado, ora ressalvam posição pessoal acerca do tema, tal como consta nestes autos (e-STJ, fl. 518).

É salutar, portanto, a uniformização do entendimento, conforme proposto pelo Relator, considerado o conflito de conclusões das Turmas de Direito Público.

O Relator, Min. Herman Benjamin, ao votar pelo provimento dos embargos de divergência formalizados pela Fazenda Nacional, mantém a orientação perfilhada

pela Segunda Turma desta Corte no sentido da incidência das contribuições, presente o caráter salarial da aludida parcela.

A propósito, cito alguns precedentes da Segunda Turma:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMPREGADOS ENQUADRADOS NA LEI 5.811/72. NATUREZA SALARIAL DA VERBA PAGA EM DECORRÊNCIA DA SUPRESSÃO DA HORA DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO - HRA. ARTS. 2º, § 2º, DA LEI LEI 5.811/72 E 71, § 4º, DA CLT. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. Agravo Regimental interposto em 11/11/2015, contra decisão publicada em 10/11/2015.
> II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por CIBA ESPECIALIDADE QUÍMICAS LTDA., contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil - Área Previdenciária em São Paulo e do Chefe de Arrecadação do INSS em São Paulo, no qual se postula o reconhecimento da natureza indenizatória da parcela paga pela supressão da HRA - Hora de Repouso e Alimentação, a fim de que seja afastada a sua incidência da base de cálculo da contribuição previdenciária, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos, desde 1995.
> III. Na esteira do entendimento firmado na Segunda Turma do STJ, "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA' [...] é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim "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" (STJ, EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/05/2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.536.286/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/10/2015; REsp 1.144.750/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2011.
> IV. Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1.449.331/SP, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/5/2016, DJe 13/5/2016)

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. HORA DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO (HRA). NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão objurgado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça.
> 2. Com efeito, na esteira do entendimento firmado na Segunda Turma do STJ, "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA' [...] é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim "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" (STJ, EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 26/5/2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.536.286/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 22/10/2015; REsp 1.144.750/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25/5/2011.
> 3. Recurso Especial não provido.
> (REsp 1.655.025/BA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 5/5/2017)
>
> TRIBUTÁRIO. DECISÃO DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES.
> I - O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça.
> II - Na esteira do entendimento firmado na Segunda Turma do STJ, "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA [...] é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim "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" (STJ, EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/05/2011).
> III - No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.536.286/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/10/2015; REsp 1.144.750/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2011; AgRg no REsp 1449331/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 13/05/2016; AgInt nos EDcl no REsp 1531301/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 11/10/2016)
> IV - Agravo interno improvido.
> (AgInt no AREsp 1.122.223/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/8/2018, DJe 13/8/2018)

Na esteira da posição sedimentada pela Segunda Turma, continuo convencido do caráter salarial da aludida rubrica, analisada à luz da legislação anterior às alterações implementadas pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

Reporto-me às razões lançadas pelo em. Min. Gurgel de Faria no julgamento do REsp 1.328.326/BA, caso que, inclusive, envolvia a aplicação da Lei n. 5.811/1972, mencionada no voto do Min. Herman Benjamin, oportunidade na qual Sua Excelência consignou:

> A Lei n. 5.811/1972, trata do regime de trabalho dos empregados nas

> atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos (hipótese retratada nos autos). Tal normativo legal assim dispõe:
> [...]
> Do dispositivo transcrito, observa-se que ao empregado sujeito ao regime de revezamento de 8 horas é assegurado o direito ao pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida. Observa-se que ocorre a fruição de um direito trabalhista previsto em lei.
> Com efeito, tal rubrica possui natureza salarial, pois a supressão do intervalo intrajornada acarreta ao empregador a obrigação de pagar ao empregado o montante correspondente à hora suprimida. O tempo que o trabalhador fica à disposição do empregador é remunerado mediante salário e o incremento desse valor, em razão de ele remunerar o horário de descanso e alimentação, não altera a sua natureza.
> **Desse modo, a natureza da verba em discussão é salarial e guarda correspondência com o adicional previsto no art. 71, § 4º, da CLT, visto que a finalidade de ambos é majorar a hora trabalhada durante o período em que deveria ter havido o intervalo para repouso e alimentação, o que é corroborado pela Súmula 437, III, do TST**:
>
> > INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
> > [...]
> > III - 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.
> > [...]
>
> Assim, os valores pagos aos empregados, inclusive aos enquadrados na Lei n. 5.811/1972, em face da supressão do intervalo intrajornada, ostentam nítido caráter remuneratório, razão pela qual sofrem a incidência da contribuição previdenciária.

Caso esse resultado prevaleça ao final do julgamento, pondero aos eminentes Pares a necessidade de atentarmos às mudanças implementadas pela Reforma Trabalhista, ante a alteração da redação do mencionado § 4º do art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho a estabelecer o caráter indenizatório da compensação pela não concessão ou pela concessão parcial do intervalo intrajornada. Confira-se o aludido art. 71 em sua redação atual e anterior:

> 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 coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.
> § 1º Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.
> § 2º Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.
> § 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.
> ~~§ 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% (cinqüenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994)~~
> § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, **de natureza indenizatória**, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
> [...]

Importa analisar o impacto da referida mudança legislativa, pois o presente caso, tal como diversos outros processos julgados e ainda pendentes de análise final por esta Corte Superior, encerra impetração de mandado de segurança na origem, revestida de verdadeira pretensão declaratória, na qual requerida, expressamente, a declaração da "natureza indenizatória da parcela denominada HRA" (e-STJ, fl. 24).

Assim, tal como anotado pelo em. Min. Mauro Campbell, penso que devem ser modulados os efeitos desta decisão até a vigência das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017.

Ante o exposto, pedindo vênias pelo pedido de vista antecipado, acompanho o voto do em. Relator para conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, mantendo o entendimento esposado pela Segunda Turma desta Corte no sentido da incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a Hora Repouso Alimentação

– HRA até a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017.

É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.619.117 - BA (2016/0209321-1)
RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A
ADVOGADO : FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH E OUTRO(S) - BA017455

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Primeira Turma do STJ assim ementado:

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO VERBETE SUMULAR N. 284/STF. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A DENOMINADA HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO - HRA, PREVISTA NO ART. 3º, II, DA LEI N. 5.811/72. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. VERBA QUE OSTENTA CARÁTER INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, *in casu*, o Código de Processo Civil de 1973.
>
> II - A jurisprudência desta Corte considera que, quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o óbice do verbete sumular n. 284/STF.
>
> III - A Lei n. 5.811/72 assegura ao empregado sujeito ao regime de revezamento de oito horas o direito ao pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida em decorrência da necessidade de garantir-se a normalidade das operações ou de atender a imperativos de segurança industrial, referentes à prestação de serviços nas atividades que relaciona em seu art. 1º.
>
> IV - A seu turno, a CLT estabelece que, no trabalho contínuo, cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, uma hora (art. 71, caput), cabendo ao empregador remunerar o empregado, por eventual descumprimento dessa determinação, com acréscimo de 50% (cinqüenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho (art. 71, § 4º).
>
> V - A HRA reveste natureza jurídica autenticamente indenizatória, pois seu escopo é recompor direito legítimo do empregado suprimido em virtude das vicissitudes da atividade laboral, assumindo perfil de genuína compensação, de verdadeira contrapartida a que o empregador está obrigado, por lei, a

disponibilizar ao obreiro, em virtude da não fruição do direito ao intervalo para refeição e repouso que lhe é garantido, imprescindível ao restabelecimento do seu vigor físico e mental.

VI - As atividades listadas no art. 1º da Lei n. 5.811/72 denotam elevado grau de agressão à integridade física do empregado, de modo que a perpetuação da jornada laborai sem a pausa necessária constitui, *ipso facto*, prejuízo e/ou dano ao trabalhador, ordinariamente recomposto por prestação de insígnia indenizatória.

VII - Não se pode negar que o propósito da lei, ao onerar o empregador pela supressão do intervalo para descanso e nutrição do seu empregado, seja justamente desencorajá-lo de tornar essa prática perene ou reincidente. Isso considerado, seria rematado contrassenso admitir que o Estado pudesse auferir vantagem, consistente no incremento da sua arrecadação, mediante alargamento da base de cálculo do tributo, oriunda, exatamente, de conduta que busca desestimular e coibir, em clara ofensa ao princípio da confiança nos atos estatais que predica, dentre outras questões, o impedimento de atos contraditórios.

VIII - O emprego do verbo "remunerar", na anterior redação do § 4º, do art. 71, da CLT, não credenciava a conclusão segundo a qual a HRA ostentaria índole salarial, guardando, com mais rigor técnico, correlação semântica à forma coloquial "pagar".

IX - O Recurso Especial não pode ser conhecido com fundamento na alínea c, do permissivo constitucional. Isso porque a parte recorrente, além de ter deixado de proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados, com o escopo de demonstrar que partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes, limitando-se a transcrever ementa de julgado, não indicou os dispositivos legais que teriam sido interpretados de forma divergente pelos acórdãos contrapostos, atraindo a aplicação, neste último caso, do enunciado sumular n. 284/STF.

X - Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido.

A parte embargante alega, em breve síntese, que a decisão embargada diverge de julgamento proferido pela Segunda Turma no REsp 1.655.025/BA, *verbis*:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. HORA DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO (HRA). NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão objurgado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

2. Com efeito, na esteira do entendimento firmado na Segunda Turma do STJ, "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA' [...] é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim "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" (STJ, EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 26/5/2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.536.286/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 22/10/2015; REsp 1.144.750/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25/5/2011.
>
> 3. Recurso Especial não provido. (REsp 1.655.025/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.5.2017)

Afirma que, "analisando os julgados, observa-se que, enquanto o acórdão embargado entende que não incide a contribuição previdenciária sobre a hora repouso alimentação, tendo em vista seu caráter indenizatório, o paradigma entende que, como a HRA é paga pela retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador, deve incidir a contribuição previdenciária".

Os Embargos de Divergência foram admitidos (fls. 567-570, e-STJ).

Impugnação apresentada às fls. 580-591, e-STJ.

É o **relatório**.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.619.117 - BA (2016/0209321-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de Hora Repouso Alimentação - HRA, prevista nos arts. 3º, II, da Lei 5.811/1972 e 71, § 4º, da CLT.

O acórdão embargado consignou que tal verba "[...] reveste natureza jurídica autenticamente indenizatória, pois seu escopo é recompor direito legítimo do empregado suprimido em virtude das vicissitudes da atividade laborai, assumindo perfil de genuína compensação, de verdadeira contrapartida a que o empregador está obrigado, por lei, a disponibilizar ao obreiro, em virtude da não fruição do direito ao intervalo para refeição e repouso que lhe é garantido, imprescindível ao restabelecimento do seu vigor físico e mental".

Partindo da premissa de que a Hora Repouso Alimentação - HRA possui natureza indenizatória, concluiu que sobre ela não deve incidir a contribuição previdenciária patronal (art. 22, I, da Lei 8.212/1991).

O julgado apontado como paradigma, por sua vez, assentou: "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA' [...] é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim "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".

É patente, portanto, a similitude fática entre os acórdãos confrontados, bem como a divergência entre as soluções jurídicas adotadas em cada caso.

Compulsando a jurisprudência do STJ acerca da matéria, verifica-se que há mais um julgado da Primeira Turma no mesmo sentido da decisão embargada:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO VERBETE SUMULAR N. 284/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 195, I, A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA RELATIVA AO IMPOSTO SOBRE A RENDA. ENUNCIADO SUMULAR N. 211/STJ. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A DENOMINADA HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO - HRA, PREVISTA NO ART. 3º, II, DA LEI N. 5.811/72. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. VERBA QUE OSTENTA NATUREZA INDENIZATÓRIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - A jurisprudência desta Corte considera que, quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o óbice do verbete sumular n. 284/STF.

III - É entendimento pacífico desta Corte que o recurso especial possui fundamentação vinculada, não se constituindo em instrumento processual destinado a examinar possível ofensa à norma constitucional.

IV - A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal a quo, não obstante oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos do enunciado sumular n. 211/STJ.

V - A Lei n. 5.811/72 assegura ao empregado sujeito ao regime de revezamento de oito horas o direito ao pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida em decorrência da necessidade de garantir-se a normalidade das operações ou de atender a imperativos de segurança industrial, referentes à prestação de serviços nas atividades que relaciona em seu art. 1º.

VI - A seu turno, a CLT estabelece que, no trabalho contínuo, cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, uma hora (art. 71, caput), cabendo ao empregador remunerar o empregado, por eventual descumprimento dessa determinação, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho (art. 71, § 4º).

VII - A HRA reveste natureza jurídica autenticamente indenizatória, pois seu escopo é recompor direito legítimo do empregado suprimido em virtude das vicissitudes da atividade laboral, assumindo perfil de genuína compensação, de verdadeira contrapartida a que o empregador está obrigado, por lei, a disponibilizar ao obreiro, em virtude da não fruição do direito ao intervalo para refeição e repouso que lhe é garantido, imprescindível ao restabelecimento do seu vigor físico e mental.

VIII - As atividades listadas no art. 1º da Lei n. 5.811/72 denotam elevado grau de agressão à integridade física do empregado, de modo que a perpetuação da jornada laboral sem a pausa necessária constitui, ipso facto, prejuízo e/ou dano ao trabalhador, ordinariamente recomposto por prestação de insígnia indenizatória.

IX - Não se pode negar que o propósito da lei, ao onerar o

empregador pela supressão do intervalo para descanso e nutrição do seu empregado, seja justamente desencorajá-lo de tornar essa prática perene ou reincidente. Isso considerado, seria rematado contrassenso admitir que o Estado pudesse auferir vantagem, consistente no incremento da sua arrecadação, mediante alargamento da base de cálculo do tributo, oriunda, exatamente, de conduta que busca desestimular e coibir, em clara ofensa ao princípio da confiança nos atos estatais que predica, dentre outras questões, o impedimento de atos contraditórios.

X - O emprego do verbo "remunerar" no § 4º, do art. 71, da CLT, não credencia a conclusão segundo a qual a HRA ostentaria índole salarial, guardando, com mais rigor técnico, correlação semântica à forma coloquial "pagar".

XI - Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido.(REsp 1.328.326/BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, Rel. p./ acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 26.5.2017)

Na Segunda Turma, prevalece a compreensão de que **a Hora Repouso Alimentação - HRA possui natureza remuneratória, devendo incidir sobre ela a contribuição previdenciária patronal**:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. FOLHA DE SALÁRIOS. HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES DO STJ.

I - O presente feito decorre de ação objetivando suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária, bem como imposto sobre a renda, sobre a parcela denominada Hora Repouso Alimentação. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a sentença foi reformada.

II - Nas hipóteses em que há o provimento do recurso, a Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que o juízo de admissibilidade do especial pode ser realizado de forma implícita, sem necessidade de exposição de motivos. Assim, o exame de mérito recursal já traduz o entendimento de que foram atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, inexistindo necessidade de pronunciamento explícito pelo julgador a esse respeito. (EREsp n. 1.119.820/PI, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 19/12/2014). No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.429.300/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/6/2015; AgRg no Ag n. 1.421.517/AL, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 3/4/2014).

III - Dessarte, incide contribuição previdenciária e imposto de renda sobre a verba relacionada à supressão da hora repouso alimentação - HRA, paga como retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador, tendo em vista sua natureza eminentemente salarial. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.449.331/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 13/5/2016 e

REsp n. 1.655.025/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 5/5/2017.

IV - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1.727.114/BA, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.5.2019)

TRIBUTÁRIO. DECISÃO DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES.

I - O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

II - Na esteira do entendimento firmado na Segunda Turma do STJ, "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA (...) é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim "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" (STJ, EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/05/2011).

III - No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.536.286/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/10/2015; REsp 1.144.750/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2011; AgRg no REsp 1449331/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 13/05/2016; AgInt nos EDcl no REsp 1531301/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 11/10/2016)

IV - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1.122.223/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 13.8.2019)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMPREGADOS ENQUADRADOS NA LEI 5.811/72. NATUREZA SALARIAL DA VERBA PAGA EM DECORRÊNCIA DA SUPRESSÃO DA HORA DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO - HRA. ARTS. 2º, § 2º, DA LEI LEI 5.811/72 E 71, § 4º, DA CLT. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto em 11/11/2015, contra decisão publicada em 10/11/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por CIBA ESPECIALIDADE QUÍMICAS LTDA., contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil - Área Previdenciária em São Paulo e do Chefe de Arrecadação do INSS em São Paulo, no qual se postula o reconhecimento da natureza indenizatória da parcela paga pela supressão da HRA - Hora de Repouso e Alimentação, a fim de que seja afastada a sua incidência da base de cálculo da contribuição previdenciária, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos, desde 1995.

III. Na esteira do entendimento firmado na Segunda Turma do STJ, "a 'Hora Repouso Alimentação - HRA' [...] é paga como única e direta retribuição pela hora em que o empregado fica à disposição do empregador", configurando, assim "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" (STJ, EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/05/2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.536.286/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/10/2015; REsp 1.144.750/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2011.

IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1.449.331/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13.5.2016)

TRIBUTÁRIO. HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO. NATUREZA SALARIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia à incidência da contribuição previdenciária sobre a rubrica "hora repouso alimentação".

2. A incidência da contribuição previdenciária sobre a rubrica "hora repouso alimentação" já foi objeto de discussão na Segunda Turma que, em 1°.3.2011, no julgamento do REsp 1.157.849/RS, relator Ministro Herman Benjamim, após voto-vista do Min. Mauro Campbell (acórdão pendente de publicação), decidiu que incide a contribuição previdenciária sobre o intervalo intrajornada, posto encerrar natureza salarial.

3. No referido julgado, equiparou-se a "hora repouso alimentação" ao adicional relativo à hora-extra, por terem a mesma finalidade de majorar a contraprestação pelo trabalho exercido em condições mais gravosas para o trabalhador, além configurar a ideia de compensação financeira aos riscos à saúde do trabalhador e de sacrifício a que se submete para entregar sua prestação laboral.

4. É que a supressão do intervalo intrajornada passou a acarretar ao empregador a obrigação de pagar ao empregado o valor correspondente às horas suprimidas, calculadas, conforme o art. 71, § 4º, da CLT, com a redação que lhe deu a Lei 8.923/94, também chamada de "hora extra ficta" por analogia à extensão da jornada de trabalho ou sobrejornada.

5. Ostenta natureza salarial e não indenizatória a parcela prevista no art. 71, § 4º da CLT, com a redação conferida pela Lei n. 8.923/94, em virtude da supressão pelo empregador de intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Recurso especial provido. (REsp 1.144.750/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2011)

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 inadmite 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 inexiste 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 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. (EDcl no REsp 1.157.849/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.5.2011)

Como esposado nos precedentes da Segunda Turma acima transcritos, a Hora Repouso Alimentação - HRA constitui verba paga ao trabalhador 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:

> 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 arts. 3º, II, da Lei 5.811/1972 e 71, § 4º, da CLT:

> **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;
> [...]

> **CLT**

> 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 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. (redação em vigor até a Lei 13.467/2017)

Conclui-se, assim, que a Hora Repouso Alimentação – HRA 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 (nove) horas contínuas trabalhando ou à disposição da empresa e recebe exatamente por esse período, embora uma dessas horas seja paga em dobro, a título de HRA. Trata-se de situação análoga à hora extra: remuneração pelo tempo efetivamente trabalhado ou à disposição do empregador e sujeita à contribuição previdenciária.

Ao contrário do afirmado no acórdão embargado, **a HRA possui nítida natureza remuneratória, submetendo-se à tributação pela contribuição previdenciária patronal, nos termos dos arts. 22, I, e 28 da Lei 8.212/1991**.

Nesse sentido, manifestou-se a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.039.689/RS (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 11.9.2017), *verbis*:

> [...]
>
> Ademais, verifico que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia consignando que a Hora de Repouso para Alimentação (HRA) caracteriza-se como verba remuneratória na qual há incidência de contribuição previdenciária patronal, conforme se observa do seguinte trecho do voto condutor do acórdão

recorrido:

"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".

Desse modo, não diverge o Tribunal **a quo** do entendimento da Corte no sentido da incidência de contribuição previdenciária patronal sobre verbas remuneratórias, conforme ficou deliberado no julgamento do RE nº 565.160/SC (Tema 20 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet). Verifico que, nessa decisão, a Corte se debruçou sobre o alcance da expressão "folha de salários", contida no art. 195, I, 'a', da Constituição Federal, que é base de cálculo da exação em tela.

Dessa perspectiva, tenho, para mim, que a presente controvérsia está abrangida na matéria analisada no referido tema. A propósito, transcrevo a seguinte passagem do voto do Ministro Alexandre de Moraes, proferido no julgamento do RE nº 565.160/SC, que, a meu ver, resume a amplitude do assunto lá debatido e o entendimento proferido pela Corte:

"(...) para fins previdenciários, o texto constitucional adotou a expressão 'folha de salários' como o conjunto de **verbas remuneratórias** de natureza retributiva ao trabalho realizado, incluindo gorjetas, comissões, gratificações, horas extras, 13º salário, adicionais, 1/3 de férias, prêmios, entre outras parcelas cuja natureza retributiva ao trabalho habitual prestado, **mesmo em situações especiais**, é patente" (grifei)

Em *obiter dictum*, impende ressaltar que a redação do art. 71, § 4º, da CLT foi alterada pela Lei 13.467/2017: "A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho".

No entanto, a compreensão ora esposada abrange **apenas** os pagamentos e recolhimentos realizados antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, uma vez que a nova redação do art. 71, § 4º, da CLT não foi objeto de discussão no presente caso.

Diante do exposto, **dou provimento aos Embargos de Divergência, para reconhecer a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a Hora Repouso Alimentação - HRA, até a entrada em vigor da Lei 13.467/2017.**

É como **voto**.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.619.117 - BA (2016/0209321-1)
RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A
ADVOGADO : FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH E OUTRO(S) - BA017455

RATIFICAÇÃO DE VOTO

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HORA REPOUSO ALIMENTAÇÃO (HRA). NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS. LEI 13.467/2017.

1. O e. Min. Og Fernandes apresenta percuciente voto-vista, acompanhando o voto que já proferi, para dar provimento aos Embargos de Divergência da Fazenda Nacional, reconhecendo a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a Hora Repouso Alimentação – HRA.

2. Sua Excelência propõe a modulação dos efeitos da decisão até a vigência das alterações promovidas pela Lei 13.467/2017, que modificou a redação do art. 71, § 4º, da CLT, passando a prever: "A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho".

3. Considerando a natureza declaratória do Mandado de Segurança, há que se analisar o impacto da mudança legislativa quanto à natureza da verba referida.

4. Ratifica-se o voto, dando provimento aos Embargos de Divergência. Acolhe-se a sugestão do Min. Og Fernandes, para modular os efeitos desta decisão, delimitando que, até a vigência da Lei 13.467/2017, a Hora Repouso Alimentação - HRA possui clara natureza remuneratória.

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

O e. Min. Og Fernandes apresenta percuciente voto-vista, acompanhando o voto que já proferi, para dar provimento aos Embargos de Divergência da Fazenda Nacional, reconhecendo a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a Hora Repouso Alimentação – HRA.

Sua Excelência propõe, ainda, a modulação dos efeitos da decisão até a vigência das alterações promovidas pela Lei 13.467/2017, que modificou a redação do art. 71, § 4º, da CLT, passando a prever: "A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o

pagamento, **de natureza indenizatória**, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho".

Como bem ressaltado pelo Min. Og, considerando a natureza declaratória do Mandado de Segurança, há que se analisar o impacto da mudança legislativa quanto à natureza da verba referida.

Diante do exposto, **acolho a relevante sugestão do Min. Og Fernandes, para modular os efeitos desta decisão, delimitando que, até a vigência da Lei 13.467/2017, a Hora Repouso Alimentação - HRA possui clara natureza remuneratória.**

É como **voto**.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0209321-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.619.117 / BA**

Números Origem: 00116076320054013300 2005116121 200533000116121

PAUTA: 23/10/2019 JULGADO: 27/11/2019

Relator
Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretário
Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	:	FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO	:	CRISTAL PIGMENTOS DO BRASIL S.A
ADVOGADO	:	FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH E OUTRO(S) - BA017455

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Previdenciárias

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, deu provimento aos embargos de divergência, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa."

Os Srs. Ministros Og Fernandes (voto-vista), Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.