



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL 0033201-26.2011.4.01.3300/BA

Processo na Origem: 332012620114013300

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por MAP SISTEMAS DE SERVIÇOS LTDA E OUTRA, insurgindo-se contra sentença que denegou a segurança vindicada, objetivando afastar a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a título de intervalo intrajornada. (fls. 98/103)

Em suas razões recursais, defende a não incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas atinentes ao intervalo intrajornada, em razão de sua natureza indenizatória.

Ao final, requer a compensação dos valores recolhidos indevidamente, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, atualizados pela Taxa SELIC, observada a prescrição decenal. (fls. 111/120)

Contrarrazões apresentadas às fls. 127/130.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso. (fls. 139/142)

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA (RELATOR):

Acerca da prescrição do direito de pleitear repetição de indébito dos tributos lançados por homologação, ressalto que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento (RE 566621/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, trânsito em julgado em 17/11/2011, publicado em 27/02/2012), com aplicação do art. 543-B, do CPC (repercussão geral), com eficácia vinculativa, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/2005, decidindo pela aplicação da prescrição quinquenal para a repetição de indébito, às ações ajuizadas a partir de 09 JUN 2005.

Confira-se a ementa do julgado:

“DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser

considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566621/RS, STF/Pleno, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, data do julgamento: 04/08/2011; trânsito em julgado em 17/11/2011, publicado em 27/02/2012).

Assim, considerando que a presente ação foi ajuizada em 13/9/2011, aplicável o prazo prescricional quinquenal.

Quanto à matéria de fundo, a controvérsia diz respeito à legitimidade da exigência do recolhimento de contribuição social previdenciária incidente sobre a hora repouso e alimentação (intervalo intrajornada).

Quanto à hora de repouso e alimentação, a jurisprudência deste TRF é pela incidência da contribuição, vez que integra a remuneração. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIOS. IMPOSTO DE RENDA. HORA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NATUREZA SALARIAL.

1. Indeferido o pedido de benefício de assistência judiciária gratuita, uma vez "... as entidades sindicais possuem a função de representar os interesses coletivos da categoria ou individuais dos seus integrantes, perante as autoridades administrativas e judiciais, e em razão de terem revertidas a seus cofres as mensalidades arrecadadas de seus associados, formando fundos para o custeio de suas funções, entre as quais função de assistência judiciária. Assim, descabe a concessão da assistência judiciária gratuita, salvo se comprovada a necessidade do benefício" (AgRg no REsp. 963.553/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 07.03.2008 e REsp 876812 / RS, Relator(a): Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, DJe 01/12/2008). No mesmo sentido, vejam-se os seguintes julgados, proferidos por esta e. Corte: AC 200734000228892, SEGUNDA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, e-DJF1, DATA: 02/04/2009, PAGINA: 194; AC 2005.38.00.045977-0/MG, Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, Sétima Turma, e-DJF1 p.458 de 14/03/2008.

2. *In casu*, verifica-se que o pressuposto fático necessário à avaliação e acolhimento do pedido, qual seja, a miserabilidade jurídica, não foi atendido pelo ora apelante, não merecendo reparos a decisão monocrática, que indeferiu o pedido.

3. Acerca da prescrição do direito de pleitear repetição de indébito dos tributos lançados por homologação, ressalto que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento (RE 566621/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, trânsito em julgado em 17/11/2011, publicado em 27/02/2012), com aplicação do art. 543-B, do CPC (repercussão geral), com eficácia vinculativa, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/2005, decidindo pela aplicação da prescrição quinquenal para a repetição de indébito, às ações ajuizadas a partir de 09 JUN 2005, que é o caso em apreço.

4. A hora de repouso integra o conceito de remuneração, sendo devida a incidência da contribuição previdenciária, bem como o imposto de renda.

5. "A jurisprudência vem se posicionando no sentido de que a verba paga pelo empregador a título de hora repouso alimentação (HRA) não tem natureza indenizatória e sim salarial. Precedentes do TRF-4ª Região." (AMS 2005.33.00.011612-1/BA, DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, OITAVA TURMA, 15/06/2007 DJ p.126).

6. *Apelação não provida*"

(AC 0045876-55.2010.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL RONALDO CASTRO DESTÊRRO E SILVA (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.575 de 13/06/2014)

Na mesma linha de entendimento, em esclarecedora decisão, o egrégio Superior Tribunal de Justiça reconheceu legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre a verba denominada hora repouso alimentação, conforme se verifica das razões ofertadas no aresto adiante acrescido. *Verbis*:

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 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 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.

(EDRESP 200901838451, HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:26/05/2011 .DTPB.)

Sob essa perspectiva, tem-se por devida a incidência de contribuição previdenciária sobre a hora repouso e alimentação, uma vez que possui natureza salarial.

Pelo exposto, **nego provimento à apelação**. Sentença mantida.

É como voto.