

NOTA TÉCNICA N. 12/2021

O “COMUNICADO” DA DIVBEN SOBRE INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS TRAZIDAS PELA EC 103/19

O IBDP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO, entidade de cunho científico-jurídico, no uso de suas atribuições que tem entre os seus objetivos a produção de material informativo sobre seguridade social e temas jurídicos relacionados, buscando proporcionar conteúdos de acesso universal para a classe de operadores do direito, bem como para a sociedade, vem apresentar análise técnica sobre a recente divulgação do Comunicado da Divben acerca da alteração da forma de cômputo das contribuições realizadas em atraso, bem como seus efeitos sobre as regras de transição da EC nº 103/2019.

Em comunicado (sem número oficial) destinado aos seus servidores, a Divben esclareceu o posicionamento da autarquia a respeito da alteração na regra do cômputo de contribuições realizadas em atraso – fruto da inserção do §4º no art. 28 do RPS por meio do Decreto nº 10.410, de 1º de julho de 2020 – e os consequentes reflexos da nova sistemática sobre os sistemas de benefícios.

Conforme o comunicado, para contribuições a partir de 07/2020, o INSS passou a considerar para carência a data do efetivo pagamento do tributo e não mais da competência a que se refere.

1. DO CÔMPUTO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA CARÊNCIA

Cumprido destacar de imediato que os segurados que gozam de presunção de recolhimento¹ não serão afetados pela nova sistemática de cômputo de carência adotada pelo INSS.

¹ Art. 26, §4º: *Para efeito de carência, considera-se presumido o recolhimento das contribuições do segurado empregado, do trabalhador avulso e, relativamente ao contribuinte individual, a partir da competência abril de 2003, as contribuições dele descontadas pela empresa na forma do art. 216. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)*

Assim, os reflexos do conteúdo do comunicado atingem especificamente a categoria de segurado contribuinte individual. Isto porque, a partir de 1º de abril de 2003, para o contribuinte individual que presta serviço a empresa, cabe a esta a obrigação de arrecadar a contribuição do prestador a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo².

Já em relação ao segurado facultativo, como sua filiação representa ato volitivo e gera efeito somente a partir da inscrição e do primeiro recolhimento, esta não pode retroagir e não permite o pagamento de contribuições relativas a competências anteriores à data da inscrição. Após a inscrição, o segurado facultativo somente poderá recolher contribuições em atraso quando não tiver ocorrido perda da qualidade de segurado.

Segundo determina o inciso II do art. 28 do Regulamento da Previdência Social, alterado pelo Decreto nº 10.410/2020, para o segurado contribuinte individual³ e o segurado facultativo⁴, o período de carência é contado a partir da data do efetivo recolhimento da primeira contribuição sem atraso. Disso decorre que não serão consideradas para efeito de carência as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores à data daquele primeiro recolhimento em dia.

O Dec. 10.410/2020 trouxe como novidade ao art. 28 do RPS o parágrafo 4º, o qual determina que

§ 4º Para os segurados a que se refere o inciso II do caput⁵, na hipótese de perda da qualidade de segurado, somente serão consideradas, para fins de carência, as contribuições efetivadas após novo recolhimento sem atraso, observado o disposto no art. 19-E. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

De acordo com a regra anterior, em vigor até 30/06/2020, considerava-se carência com base na competência, e não na data do pagamento. Com a inserção do parágrafo 4º, defende o INSS que as contribuições em atraso realizadas a partir de 01/07/2020, data da publicação do Dec. nº 10.410/2020, somente são computadas para carência se existir uma contribuição de competência anterior em dia, na mesma categoria, **sem que tenha se operado a perda da qualidade de segurado entre ela e a**

² Caput de art. 4º da Lei nº 10.666, de 2003.

³ Com exceção da hipótese em que se presume o recolhimento, § 4º do art. 26 do RPS.

⁴ Aqui se inclui a figura do segurado especial que opta por contribuir na condição de facultativo, § 2º do art. 200 do RPS.

⁵ Segurado contribuinte individual autônomo e o segurado facultativo, inclusive o segurado especial que contribua como facultativo.

data de pagamento da contribuição em atraso que está sendo analisada. Apenas para fins de comparação, pelo regramento anterior, a manutenção ou perda da qualidade de segurado deveria ser observada em relação à competência devida, e não à data do efetivo pagamento em atraso.

Tecnicamente, seria apropriado que primeiro fosse atualizada a legislação específica de benefícios, Lei nº 8213/91, com a alteração do inciso II do art. 27, que trata do cômputo do período de carência, uma vez que um Regulamento não é o meio juridicamente adequado para alterações normativas, posto não ser sua função a inovação jurídica.

Segundo a atual redação do inciso II do art. 27,

Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições: (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

(...)

II - realizadas a contar da data de efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos V e VII do art. 11 e no art. 13. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

Cumprir pontuar que o inciso supracitado não aponta sua aplicação apenas à hipótese de não ocorrência de perda da qualidade de segurado anteriormente às contribuições efetivadas.

Conforme destacado por Kertzman e Horiuchi na obra *Novo Regulamento da Previdência Social Comentado*

[...] como ato normativo subordinado à lei, o Decreto não pode inovar, criar ou restringir direitos onde a lei não o fez. Ordens de serviço, Portarias, Decretos, não são instrumentos hábeis à inovação do ordenamento jurídico. Logo, se o Decreto não pode confrontar ou ultrapassar o disposto na lei ou na Carta Magna, havendo conflito entre o texto de um Decreto e o disposto em uma norma legal superior, esta deve prevalecer, sob pena de declaração de ilegalidade (ao confrontar lei) ou inconstitucionalidade (ao confrontar a CF/88)

do disposto no Decreto, ante a necessidade de respeito à hierarquia das normas jurídicas.

É sob essa óptica, de ato normativo subordinado à lei, que deve ser interpretado todo o conteúdo do Regulamento da Previdência Social⁶.

Não cabe aqui juízo de valor sobre o conteúdo do inciso, mas análise técnica sobre o instrumento normativo utilizado na alteração do cômputo do período de carência – um decreto. Assim, entende-se coerente eventual tese de ilegalidade do parágrafo 4º do Dec. nº 3.048/99.

2. DAS CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO PARA O DIREITO ÀS REGRAS ANTERIORES À EC 103/19

No mesmo comunicado, destacou o INSS que as contribuições em atraso realizadas a partir de 01/07/2020 somente serão consideradas se tiverem sido realizadas antes do fato gerador – no caso de benefícios não programados, ou até a DIB no caso dos demais benefícios. Esse procedimento não se aplica aos casos de complementação de contribuições após DER, vez que deve ser considerada a data do recolhimento original e não a data de sua eventual complementação.

Já no tocante ao efeito do recolhimento em atraso de contribuições e seus reflexos sobre o enquadramento do segurado nas regras de transição da EC nº. 103/2019 ou no instituto do direito adquirido, esclarece o Comunicado da Divben que as contribuições realizadas em atraso a partir de 01/07/2020 serão consideradas no tempo total do segurado, mas não para o tempo que ele tinha em 13/11/19, data da entrada em vigor da EC nº 103/2019.

Neste contexto, o posicionamento da autarquia é amparado pela doutrina de Ivan Kertzman, que em seu livro *Entendendo a Reforma da Previdência*, ao tratar da indenização após 13/11/2019, de período anterior a emenda, suscita o problema:

A controvérsia que visualizamos é a do contribuinte individual que faltava um certo tempo para cumprir os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição na data da promulgação da Reforma da Previdência de 2019 e que efetua a indenização do tempo faltante após a publicação da EC 103/2019. Esse tempo indenizado após a reforma e que se refere a período anterior a ela lhe conferirá o direito a se aposentar com as regras anteriores?

⁶ HORIUCHI, Luana; KERTZMAN, Ivan. *Novo Regulamento da Previdência Social Comentado*. Salvador: Editora jusPODIVM, 2020.

A situação narrada e exemplificada é bastante polêmica. Se, por um lado, o tempo foi pago após a data da Reforma da Previdência, ele se refere a período anterior a ela. Em nossa visão, todavia, o tempo indenizado após a Reforma não possibilita o resgate ao direito adquirido aos benefícios e à forma de cálculo anterior a ela⁷.

Destaca o autor que o mesmo posicionamento não deve ser aplicado ao segurado que requereu ao INSS a indenização até a data da promulgação da emenda, mas só pôde concluir a indenização após 13/11/2019, em razão da demora do INSS na expedição da guia de pagamento da indenização.

Segundo a perspectiva da doutrina acima mencionada, estaria correto o posicionamento da autarquia, eis que a natureza do instituto do direito adquirido reclamaria o cumprimento dos requisitos para obtenção do benefício até a data de entrada em vigor do ato normativo modificador. De acordo com esta ótica, o mesmo entendimento poderia ser aplicado em relação ao direito de utilização de regra de transição.

Veja-se o texto do art. 3º da EC 103/2019 sobre direito adquirido:

Art. 3º A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

Assim, o INSS defende ser coerente pensar que os recolhimentos em atraso, havidos após a perda da qualidade de segurado – antes ou após a reforma da previdência de 2019 – referentes a competências pretéritas, devem ser computados a título de carência e a título de tempo de contribuição, exceto para fins de direito adquirido à regra de concessão de benefício da legislação anterior à EC nº 103, ou às regras de transição com pedágio contidas na emenda.

Todavia, sob a perspectiva tributária, a questão em tela ganha outros contornos. Isso porque o constituinte de 1988, ao prever um sistema de proteção denominado de Seguridade Social, pensou também no seu financiamento, o que ocorre por toda

⁷ KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a Reforma da Previdência*. Salvador: Editora jusPODIVM, 2019.

sociedade: diretamente, por meio das contribuições sociais e, indiretamente, por meio de transferência de recursos orçamentários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Coube ao artigo 195, do texto de 1988, *racionalizar* a forma de custeio da Seguridade Social, de forma a estabelecer uma repartição de responsabilidades da sociedade com vistas à construção e manutenção da seguridade. Registre-se, ainda, que a própria Constituição, no §4º, artigo 195, prevê a possibilidade de instituir outras fontes de custeio para manutenção e expansão da seguridade social, além de impor a destinação dos recursos.

Sobre este tema, cabe ressaltar que as contribuições sociais possuem natureza jurídica tributária, circunstância que acarreta na aplicação das regras inerentes a este ramo do direito, como já decidido pelo STF no RE 138284/CE (Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/07/1992, *DJ* 28/08/1992, p. 13456) e no RE 556664/RS (Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/06/2008, *DJe* 13/11/2008) e também pelo fato de estarem previstas no capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional da Constituição.

Por serem tributos, uma vez realizado o fato gerador, o sujeito passivo estará inserido na relação jurídica tributária, que independe de vontade, é compulsória, deve ser exprimida em moeda e não constitui sanção por ato ilícito, conforme se extrai do artigo 3º, do CTN.

Nesta toada, encontram-se todos os elementos da regra matriz de incidência: os aspectos material, temporal, quantitativo, pessoal e espacial. Quanto ao fato gerador (critério material) do tributo, este é a atividade remunerada: “o mesmo evento deflagrador da filiação”⁸.

Reforça este entendimento o fato de que em uma relação de emprego, a obrigação previdenciária nasce com a remuneração devida ou creditada (conforme artigo 195, I, a, com redação conferida pela EC 20/98) e não necessariamente com o pagamento, como pontuado pelo STJ no julgamento do RESP 419667/RS:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O PAGAMENTO DE SALÁRIOS. FATO GERADOR. DATA DO RECOLHIMENTO. 1. O fato gerador da contribuição previdenciária do empregado não é o efetivo pagamento da remuneração, mas a relação laboral existente entre o empregador e o obreiro. 2. O alargamento do prazo conferido ao empregador pelo art. 459 da CLT para pagar a folha de salários até o dia cinco (05) do mês subsequente ao laborado não influi na data do recolhimento da contribuição previdenciária, porquanto ambas as leis

⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 223

versam relações jurídicas distintas; a saber: a relação tributária e a relação trabalhista. 3. As normas de natureza trabalhista e previdenciária revelam nítida compatibilidade, devendo o recolhimento da contribuição previdenciária ser efetuado a cada mês, após vencida a atividade laboral do período, independentemente da data do pagamento do salário do empregado. 4. Em sede tributária, os eventuais favores fiscais devem estar expressos na norma de instituição da exação, em nome do princípio da legalidade. 5. Raciocínio inverso conduziria a uma liberação tributária não prevista em lei, toda vez que o empregador não adimplisse com as suas obrigações trabalhistas, o que se revela desarrazoado à luz da lógica jurídica. 6. Recurso desprovido. (REsp 419.667/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/02/2003, DJ 10/03/2003, p. 97)

Já no que tange ao critério temporal, vigora o princípio do *tempus regit actum*, impondo ao cálculo a legislação vigente à época da atividade laborativa e não do requerimento administrativo (AglInt no AREsp 681.131/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/11/2020, DJe 03/12/2020).

A partir destes conceitos, é possível concluir pela inadequação do comunicado DIVBEN, que estipula somente ser possível considerar as contribuições pagas em atraso a partir de 01/07/2020 se tiverem sido realizadas antes do fato gerador para fins do enquadramento das regras transitórias e do direito adquirido.

Note-se que uma vez realizado o fato gerador, como por exemplo, o exercício da atividade remunerada entre os anos de 1990 e 1991, mesmo que não tenha havido o pagamento da exação devida, é questionável o posicionamento da autarquia no sentido de que, pela ausência do pagamento, não poderia computar este lapso para fins das regras transitórias e direito adquirido. Caso o segurado formalize o pedido administrativo, comprove o exercício da atividade (art. 45-A, da Lei 8.212/91) por meio de provas materiais (tais como declaração de imposto de renda, apresentação de alvarás, notas fiscais, contratos realizados, pagamento do ISS e etc), os efeitos devem retroagir para fins da incorporação ao seu patrimônio jurídico, isso porque o fato gerador foi realizado naquele tempo.

Registre-se, o fato gerador nasce com o exercício da atividade remunerada e não com o pagamento, tanto é que o próprio texto constitucional, ao abordar as contribuições nas empresas, estabelece que a obrigação previdenciária nasce com a remuneração *devida ou creditada*, fato este que traz repercussões fiscais e previdenciárias.

Finalmente, outro aspecto que merece reflexão, refere-se ao sujeito ativo das contribuições sociais, ou seja, quem tem competência para exigir o tributo, que no caso é a União, conforme artigo 149, da Constituição de 1988.

O artigo 33, da Lei 8.212/91⁹ delegou a capacidade tributária ativa para a Receita Federal do Brasil, que possui poderes para planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais.

Seguindo esta linha de raciocínio pode-se questionar a atitude da autarquia previdenciária, por meio do comunicado DIVBEN ou até mesmo por decreto, da regulamentação do tema. Neste aspecto, vale lembrar que o STJ já se manifestou no sentido de que o INSS não possui legitimidade passiva nas demandas em que se questiona a exigibilidade das contribuições previdenciárias (REsp 1355613/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014).

Ibrahim explica que com a criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, subordinada ao Ministério da Fazenda, o INSS deixou de ser sujeito ativo das contribuições previdenciárias, permanecendo como gestor dos recursos decorrentes destas exações¹⁰.

Desta feita, além de uma questão material, atinente ao fato gerador, pode existir um problema formal, referente à competência.

No instrumento aqui analisado, além de observar a extrapolação do decreto e do comunicado aos preceitos legais, suscitando um problema de legalidade, desrespeitou-se outro princípio princípios da Administração Pública relacionado no art. 37 da Constituição Federal: a publicidade. Nota-se que o comunicado não é uma norma jurídica, nem mesmo interna. O INSS sequer se utilizou de uma Instrução Normativa ou Ofício-Circular – este tem sido o instrumento mais usado recentemente – para manifestar seu entendimento. Entende-se que é absurdo afastar o direito adquirido – garantia fundamental protegida por cláusula pétrea – e o patrimônio jurídico do segurado com um simples comunicado.

⁹ Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\).](#)

¹⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 345.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Luana Horiuchi¹¹ - Diretoria Científica

Antonio Bazilio Floriani Neto¹² - Diretoria Científica

¹¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Previdenciário pela JusPODIVM. Autora em obras de Direito Previdenciário pela Editora JusPODIVM. Coordenadora da pós-graduação em Direito e Prática Previdenciária do Instituto IMADEC. Advogada e professora. Diretora Adjunta Científica do IBDP.

¹² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Mestre em Direito pela PUCPR, Especialista em Direito Previdenciário pela PUCPR. Advogado e professor universitário.