

# DESCABIMENTO DE INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS QUE POSSUAM OSPROVENTOS DE APOSENTADORIA CALCULADOS NOS TERMOS DO ART. 40, §§ 3º E 17 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 41/03

**Marília Vieira Bueno<sup>1</sup>**

A Emenda Constitucional nº 41/2003 trouxe profundas alterações no regime próprio dos servidores públicos civis estatutários, estabelecendo um novo paradigma no que concerne à aposentadoria.

Com efeito, até o advento da aludida Emenda, possuíam os servidores públicos estatutários direito à aposentadoria integral, bem como tinham direito à paridade, ou seja, os reajustes concedidos aos servidores ativos deveriam ser estendidos aos inativos, conforme a redação original do parágrafo 4º do artigo 40 e, posteriormente, do parágrafo 8º do mesmo artigo 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98.

Como se verá a seguir, a EC nº 41/2003, ao alterar a redação dos parágrafos 3º e 17 do artigo 40 da Constituição Federal, fixou uma nova forma de cálculo dos proventos de aposentadoria. Senão vejamos:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equi-

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

lívrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

(...)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

(...)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...)

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Os servidores públicos estatutários que passam para a inatividade com base nos §§ 3º e 17 do art. 40 da Carta da República, com a redação dada pela EC nº 41/2003, têm seus proventos iniciais de aposentadoria calculados com base na média dos 80 (oitenta) maiores salários de contribuição, a contar de julho de 1994, devidamente atualizados, com o que se apura o vencimento médio, devendo ser observado o art. 1º, §5º, da Lei Federal 10.887/2004, que limita os proventos à remuneração do cargo efetivo.

Assim prevê a Lei Federal nº 10.887/2004:

“Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

§ 3º Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência aos quais o servidor esteve vinculado ou por outro documento público, na forma do regulamento.

§ 4º Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:

I - inferiores ao valor do salário-mínimo;

II - superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.”

Como acima referido, as reformas previdenciárias levadas a efeito pelas Emendas Constitucionais 20/98, 41/2003 e 47/2005 introduziram profundas modificações nas concessões e cálculos dos proventos de aposentadoria do regime próprio de previdência social dos servidores públicos estatutários.

Em assim sendo, as legislações infraconstitucionais que conce-

dem determinados benefícios aos servidores estatutários, quando da sua inativação, devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal.

Tendo em vista a constitucionalização do regime previdenciário dos servidores públicos, deve-se verificar a adequação ao regramento constitucional das leis dos entes federados que preveem, por exemplo, a incorporação de gratificações nos proventos de aposentadoria.

Válido, aqui, lembrar a lição de Luís Roberto Barroso ao discorrer sobre a aplicação da Constituição na interpretação das normas infraconstitucionais:

“Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

(...)

b) Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir; esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”.

( BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional

Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2ª ed., 2010, São Paulo, Editora Saraiva, p. 364)

Antes das reformas constitucionais, o sistema de previdência próprio do servidor público então previsto no art. 40 da Constituição Federal não tratava do tempo de exercício do servidor no cargo, nem cogitava de tempo de contribuição previdenciária. Independente de haver ou não contribuído para o regime previdenciário, e sem se perquirir sobre a idade, o servidor podia se aposentar com proventos integrais e paritários.

Nesse contexto constitucional, editou-se normas estatutárias que previam a incorporação aos proventos de aposentadoria de uma série de gratificações, desde que atendidos determinados requisitos, sendo o art. 103 da Lei Complementar nº 10.098/94, do Estado do Rio Grande do Sul, um exemplo dessas disposições legais, assim prevendo:

“Art. 103 - A função gratificada será incorporada integralmente ao provento do servidor que a tiver exercido, mesmo sob forma de cargo em comissão, por um período mínimo de 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) intercalados, anteriormente à aposentadoria, observado o disposto no § 1º do artigo anterior.”

Após as alterações constitucionais do art. 40 da Carta da República, o regime próprio de previdência dos servidores públicos passou a ter caráter contributivo e solidário, com o cômputo do tempo de contribuição previdenciária. Os proventos, à exceção daqueles que se inativam com direito à integralidade e paridade, nos termos do art. 6º da EC 41/2003 e do art. 3º da EC 47/05, passaram a ser calculados, então, com base na média utilizada para as contribuições no regime geral do INSS e no regime próprio, nos termos do § 3º do art. 40, sendo os valores das remunerações consideradas para o cálculo do benefício devidamente atualizados, na forma da lei ( art. 40, § 17, da CF/88).

A Lei Federal nº 10.887/2004 regulamentou os parágrafos §3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, estabelecendo a forma de

cálculo dos proventos iniciais, considerando-se a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que estiver vinculado, correspondentes a 80% de todo o período contributivo, desde a competência de julho de 1994, ou desde a do início de contribuição, se posterior àquela competência.

Deve-se observar, portanto, que, na atual sistemática constitucional, os servidores públicos que não preencherem os requisitos das regras transitórias que asseguram o direito à integralidade e paridade dos proventos, estabelecidos nos artigos 6º da EC 41/2003 e 3º da EC 47/05, terão seus proventos calculados pela média dos 80 maiores salários de contribuição.

É de se frisar que os proventos são percebidos em parcela única, de modo que há uma total desvinculação com a remuneração dos servidores ativos, em razão do que não há paridade, ou seja, quando as parcelas que compõem a remuneração dos servidores em atividade forem reajustadas, não repercutirá nos proventos dos aposentados. Neste sentido, os proventos dos inativos sem paridade devem ser reajustados por lei própria, vez que lhes é inaplicável a lei que aumenta, por exemplo, o valor do vencimento básico dos ativos.

Verifica-se, assim, uma mudança de paradigma constitucional. Se, até o advento da EC nº 41/2003, eram as leis estatutárias dos entes federados que determinavam a forma de remuneração dos aposentados, bem assim das parcelas que comporiam os proventos de inatividade, as alterações introduzidas no art. 40 da Constituição Federal tiveram o condão de estabelecer um novo parâmetro para o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria, qual seja, o salário de contribuição.

Assim, para o cômputo dos proventos iniciais não importa a espécie de parcela remuneratória percebida pelo servidor, se vencimento básico, ou se adicionais por tempo de serviço, ou ainda se gratificações por função, mas, sim, se houve a correspondente contribuição previdenciária.

Claro é que o salário de contribuição será fixado pelas respectivas leis da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a matéria está

prevista no art. 18 da Lei nº 7.672/82, que inclui as funções gratificadas na base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Dessarte, uma vez que a gratificação por função compõe a base de cálculo da contribuição previdenciária, será computada no cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria.

Tem-se, ainda, a questão da remuneração que servirá como limitador dos proventos iniciais, nos termos do art. 40, § 2º, da Constituição da República e do § 5º do art. 1º da Lei Federal nº 10.887/2004.

A citada Lei Federal, ao disciplinar o cálculo dos proventos iniciais, determinou fosse considerada a média aritmética simples das maiores remunerações. Quando a média das remunerações atualizadas ultrapassar o valor da remuneração do servidor no cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria, no entanto, esta última remuneração será o limite.

Não se pode perder de vista a dicção do art. 103 da LC nº 10.098/94 supracitado de que a função gratificada será incorporada integralmente aos proventos. Ora, nas hipóteses de aposentadoria calculada nos termos dos §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, não se há falar em incorporação de parcelas remuneratórias aos proventos, vez que estes são percebidos em parcela única, tendo como base de cálculo inicial as remunerações do servidor.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que, se não cabe a incorporação de parcelas remuneratórias aos proventos calculados com base na média aritmética simples dos 80 maiores salários de contribuição, não cabe a inclusão, para fins de se estabelecer a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, de parcelas que não serão incorporadas aos proventos, mas somente aquelas percebidas na última remuneração do cargo.

Nessa esteira, à luz do disposto nos §§ 3º e 17 do artigo 40 da Constituição Federal, o parâmetro para o cálculo dos proventos de aposentadoria é a remuneração sobre a qual incidiu contribuição previdenciária, sendo irrelevante, para o seu cômputo, as normas estatutárias que preveem a incorporação de gratificações, as quais somente incidirão quando se tratar de inativação com proventos integrais.

E, como parâmetro limitador dos proventos iniciais, nos termos do art. 40, § 2º, da Constituição Federal e do art. 1º, § 5º, da Lei nº 10.887/2004, considera-se a última remuneração percebida pelo servidor em atividade.

Nesse compasso, impõe-se considerar, no cálculo da média das maiores remunerações do servidor, as parcelas que compõem o salário de contribuição definido na lei de cada ente da Federação, afastando-se a incidência das normas estatutárias atinentes às incorporações de gratificações nas aposentadorias concedidas nos termos dos §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 41/03, sendo a última remuneração percebida pelo servidor ativo o limitador dos proventos iniciais.