



EXMO.SR. DR. MARCELO ALEXANDRE DE OLIVEIRA, PROMOTOR DE JUSTIÇA-ASSESSOR DA SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Processo: SEI 29.0001.0118841.2021-52

Prezado Senhor,

A **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES E FISCAIS DE TRIBUTOS MUNICIPAIS- FENAFIM**, entidade que congrega os integrantes dos Fiscos dos Municípios do Brasil e compõe o **Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado – FONACATE**, vem a esse *parquet* colaborar no **SEI 29.0001.0118841.2021-52**, com a finalidade da elucidação do direito e da consecução da justiça, conforme segue:

1 - A douta Promotora de Justiça **VANESSA BORTOLOMASI**, em visão inicial, fez referência à possível inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 16/2003 do Município de Cubatão-SP, diploma legal que instituiu o pagamento de Adicional de Produtividade Fiscal aos fiscais de tributos daquela municipalidade, inclusive em períodos de afastamentos.

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o





Na impressão vestibular da Promotora, o fato de a Lei em tela permitir que o adicional de produtividade seja pago inclusive nos meses em que houver afastamento legal do servidor (férias, licenças, entre outros) estaria ferindo os princípios norteadores da Administração Pública, descritos no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo, por não respeitar o interesse público, uma vez que representaria despesa que poderia onerar de forma desarrazoada os cofres municipais.

A Promotora embasa o cerne do seu questionamento de possível inconstitucionalidade na impressão inicial de achar que o dito Adicional de Produtividade Fiscal teria natureza **propter laborem**, e por isso impossibilitado de ser pago durante afastamentos dos servidores, ainda que tais afastamentos sejam previstos em lei.

2 – De partida, inclusive por ser de fácil constatação, faz-se necessário lembrar que o Adicional de Produtividade Fiscal instituído pelo Município de Cubatão-SP através da Lei Complementar nº16/2003 é parcela remuneratória de natureza **pro labore facto**, pois indubitável seu caráter retributivo por ato específico do servidor, praticado e finalizado em momento pretérito tanto pelas atribuições específicas cometidas por lei aos integrantes do Fisco, quanto pelas próprias condições inerentes ao cargo. Sua marca fundamental de retribuição pelo desempenho de atribuições específicas tem fundamento de validade já no texto constitucional que comete aos servidores fiscais da Administração Tributária a missão de fiscalizar, arrecadar e cobrar os tributos que garantem a prestação de todos os serviços essenciais à população e custeiam o funcionamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, dos entes, órgãos e instituições que materializam o Estado Democrático de Direito.

E não é à toa que essas Administrações Tributárias são estabelecidas pelo art.37, XXII da Carta Magna como essenciais ao funcionamento do Estado e exercidas por servidores de carreiras específicas. *In verbis*:

Art.37 -

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o





suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (grifos nossos)

Da dicção do dispositivo constitucional acima transcrito, constata-se que esses servidores fiscais desenvolvem atribuições específicas que envolvem o lançamento dos tributos que, para tanto, exigem uma série de atos preparatórios e executórios, e muitos desses atos com grau de perícia e cuidados especiais, incluindo o sigilo quanto às informações fiscais trabalhadas, pois melindres não são raros nessa tensa relação entre a missão pública do Fisco e o interesses privados dos contribuintes, em que os primeiros (esses servidores) têm atribuições legais de constituírem em débito os segundos (os particulares), isto é, os integrantes dos Fiscos são os que geram gravames financeiros impositivos aos contribuintes. Por tudo isso, nítido é o caráter retributivo da parcela remuneratória Adicional de Produtividade Fiscal, tanto pelas atribuições especiais cometidas por lei aos integrantes do Fisco, quanto pelas próprias condições inerentes ao cargo que esses servidores exercem.

Para se configurar como de natureza **propter laborem**, conforme sugeriu a impressão da digna Promotora com atuação em Cubatão-SP, precisaria ser a parcela remuneratória em discussão uma recompensa pelo desempenho de serviços comuns em condições anormais ou adversas, como por exemplo, uma Gratificação de Difícil Acesso. Mas esse não é o caso do Adicional de Produtividade Fiscal a que fazem jus os integrantes do Fisco cubatonense.

Corroboram com essa solar previsão constitucional os ensinamentos dos Mestres Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini e Marçal Justen Filho, acerca dos tipos de parcelas remuneratórias, em que deixam clara a diferença entre o caráter **propter laborem** das gratificações e o caráter **pro labore facto** dos adicionais ligados ao desempenho de atribuições específicas, por atos praticados e finalizados em momento pretérito ou pelas condições próprias inerentes ao cargo, como o é, nitidamente, o Adicional de Produtividade Fiscal estabelecido pela Lei Complementar nº 16/2003 do Município de Cubatão-SP, assim como ocorre em milhares de Municípios e nos Estados da Federação:

Enquanto o adicional significa recompensa ao tempo de serviço (*ex facto temporis*)
ou retribuição pelo desempenho de atribuições especiais ou condições inerentes ao

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o





cargo (*ex facto officii*), a gratificação constitui recompensa pelo desempenho de serviços comuns em condições anormais ou adversas (condições diferenciadas do desempenho da atividade – *propter laborem*) ou retribuição em face de condições pessoais ou situações onerosas do servidor (*propter personam*) [Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001, 26ª ed., p. 449; Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 233; Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 760].

A presente lição quanto à natureza ***propter laborem***, que não se confunde com a ***pro labore facto***, dos ilustres administrativistas é tão certa e respeitada que esse próprio *parquet* paulista vem se apoiando nela em diversos posicionamentos. Tanto é assim que - em garantia da segurança à literalidade da citação transcrita e para prestigiar o embasamento já reiteradamente expressado por esse Ministério Público - é que selecionamos o trecho acima *ipsis litteris* de três peças jurídicas das lavras dos eminentes membros desse Órgão Ministerial, em que foram grafados exatamente da mesma forma em processos diferentes pelos três: a) Sergio Turra Sobrane, Subprocurador-Geral de Justiça – Jurídico, no Processo nº 0063358-56.2011.8.26.0000 (gratificação concedida discricionariamente pelo Prefeito do Município de Pedreira-SP), em 16/05/2011; b) Nilo Spinola Salgado Filho, Subprocurador-Geral de Justiça – Jurídico, no Processo nº 2140689-75.2014.8.26.0000 (gratificação por assiduidade criada no Município de Chavantes-SP), em 09/12/2014; e c) Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Protocolo nº 58.456/15 (gratificação atribuída sem critérios objetivos pelo Município do Guarujá-SP), em 18/11/2015.

O claro caráter ***pro labore facto*** do Adicional de Produtividade Fiscal, que em hipótese alguma se confunde com o ***propter laborem***, principalmente nos moldes especificados e criteriosos em que foi estabelecido pela Lei Complementar nº 16/2003 de Cubatão-SP, expressa-se no desempenho de funções que ultrapassam as rotinas burocráticas internas da repartição, pois além de os trabalhos dos integrantes do Fisco exigirem conhecimentos

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o





específicos e aprofundados para análises de escritas fiscais e contábeis, interpretação e aplicação da legislação tributária, exigem também diligências e abordagens externas, envolvendo busca, verificação e apreensão de documentos e livros, bem como interdição de estabelecimentos a depender da infração cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, tudo em defesa da receita pública.

Nessa linha de bem separar as gratificações (*propter laborem*) dos adicionais (*pro labore facto*), os mesmos eminentes membros desse Ministério Público do Estado de São Paulo citados acima, adotando exatamente a mesma redação, asseveram com as mesmas letras em suas peças datadas de 16/05/2011, 09/12/2014 e 18/11/2015 os contornos das gratificações *propter laborem*:

Se tradicional ensinança assinala que “o que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo do serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor” (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001, 26ª ed., p. 452), agrega-se a partir de uma distinção mais aprofundada que “a gratificação é uma vantagem relacionada a circunstâncias subjetivas do servidor, enquanto o adicional se vincula a circunstâncias objetivas. (...) dois servidores que desempenhem um mesmo cargo farão jus a adicionais idênticos. Já as gratificações serão a eles concedidas em vista das características individuais de cada um. No entanto, é evidente que tais gratificações se sujeitam ao princípio da isonomia, de modo a que dois servidores que apresentem idênticas circunstâncias objetivas farão jus a benefícios iguais” (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 761).

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o





Ou seja, os adicionais são compensatórios dos encargos decorrentes de funções especiais apartadas da atividade administrativa ordinária e as gratificações dos riscos ou ônus de serviços comuns realizados em condições extraordinárias. Com efeito, “se o adicional de função (*ex facto officii*) tem em mira a retribuição de uma função especial exercida em condições comuns, a gratificação de serviço (*propter laborem*) colima a retribuição do serviço comum prestado em condições especiais” (Wallace Paiva Martins Junior. Remuneração dos agentes públicos, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85). (grifos nossos)

3 – Embora não parem quaisquer dúvidas quanto à natureza típica de adicional (***pro labore facto***) do Adicional de Produtividade Fiscal instituído pela Lei Complementar nº 16/2003 do Município de Cubatão-SP, mas apenas como análise complementar ao tema, insta ressaltar que – caso houvesse qualquer impressão equivocada que pudesse levar a se entender que este Adicional se confundiria como uma mera gratificação, pois assim não o é – uma vez a Lei Complementar tendo expressamente determinado sua percepção quando dos afastamentos estabelecidos pela mesma Lei em sua Seção I, art.11, não haveria o que se questionar quanto ao recebimento do Adicional em tela por ocasião dos ditos afastamentos legais dos servidores do Fisco. *In verbis*:

Seção I - Da instituição, opção e abrangência

Art. 7º - Fica instituído o Adicional de Produtividade Fiscal - APF - a ser atribuído aos ocupantes dos cargos de Agente Fiscal de Tributos e Fiscal de Tributos da Prefeitura Municipal de Cubatão que atuem na execução de serviços de planejamento e administração tributária e serviços fiscais de natureza interna e externa, nos termos desta Lei, e estejam em efetivo exercício nas Supervisões e Coordenadorias hierarquizadas à Gerência de Tributos da Secretaria de Finanças.

Art. 8º -

Art. 9º -

Art. 10 -

Art. 11 - Para os efeitos desta seção, considera-se como de efetivo exercício:

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o





I - os afastamentos decorrentes de:

a) férias, casamento e luto;

b) convocação para o serviço militar e outros obrigatórios por lei.

II - as licenças:

a) por acidentes em serviço ou doença profissional;

b) para tratamento da própria saúde, pelo prazo concedido pela autoridade médica, na forma da lei, ou até a data do início da aposentadoria por invalidez, ou do falecimento;

c) especial, concedida à funcionária gestante;

d) concedidas pela Legislação Municipal, sem prejuízo dos vencimentos.

(grifos nossos)

Nesse sentido de assegurar com a devida previsão legal a garantia da percepção até de parcela remuneratória com caráter mais precário como são as gratificações (***propter laborem***), o Tribunal de Contas do Estado de Goiás, no ACÓRDÃO - CONSULTA Nº 00010/2020 - Processo nº 05443/20 do Município de Rio Verde, reafirmou o ensinamento do insigne Hely Lopes Meirelles no sentido de que essas gratificações, embora não se incorporando automaticamente aos vencimentos, serão sim incorporadas quando a lei assim o disser, ou seja, o tema sob análise desse Ministério Público é o Adicional de Produtividade Fiscal, mas até as precárias gratificações são incorporadas quando a lei assim determina:

Tratando acerca da gratificação de serviço “propter laborem”, o ilustre Hely Lopes Meirelles ensina que: “Gratificação de serviço (propter laborem) é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. O que caracteriza essa modalidade de gratificação é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. (...) Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o



que as enseja, porque são retribuições pecuniárias 'pro labore faciendo' e 'propter laborem'. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador." (in Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição, págs.466/467). (grifos nossos)

4 – Por seu turno, a Emenda à Constituição Federal nº 103, que operou significativas alterações nas regras previdenciárias, como nítida medida de austeridade que retirou direitos e garantias consagradas, mesmo assim, manteve o direito à parcela de produtividade quando da aposentação, apenas estabelecendo o cálculo a partir de média aritmética dos valores, conforme determina o art.4º, §8º, II da EC nº103/2019. *In verbis*:

Art. 4º -

§ 8º - Considera-se remuneração do servidor público no cargo efetivo, para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria com fundamento no disposto no inciso I do § 6º ou no inciso I do § 2º do art. 20, o valor constituído pelo subsídio, pelo vencimento e pelas vantagens pecuniárias permanentes do cargo, estabelecidos em lei, acrescidos dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes, observados os seguintes critérios:

II - se as vantagens pecuniárias permanentes forem variáveis por estarem vinculadas a indicadores de desempenho, produtividade ou situação similar, o valor dessas vantagens integrará o cálculo da remuneração do servidor público no cargo efetivo mediante a aplicação, sobre o valor atual de referência das vantagens pecuniárias permanentes variáveis, da média aritmética simples do indicador, proporcional ao número de anos completos de recebimento e de respectiva contribuição, contínuos ou intercalados, em relação ao tempo total exigido para a aposentadoria ou, se inferior, ao tempo total de percepção da vantagem.

(grifos nossos)

5 – Do que se constata dos elementos aqui trazidos, se a parcela remuneratória atinente ao Adicional de Produtividade Fiscal é incorporada e levada, naturalmente, até para os proventos da aposentadoria, tem-se a mais concreta certeza de sua percepção quando dos meros afastamentos legais (férias, licenças, entre outros).



6 – Conforme se percebe das normas, das doutrinas e das posições jurídicas desse próprio Órgão Ministerial paulista aqui lembradas, a Parcela remuneratória de Adicional de Produtividade Fiscal, criada pela Lei Complementar nº16/2003 do Município de Cubatão-SP, é percebida pelos integrantes do Fisco municipal, nos moldes da Lei, inclusive durante os afastamentos legais. E isso é o que ocorre em milhares de Municípios do Brasil (cuja citação aqui seria por demais exaustiva, mas de fácil pesquisa e confirmação através da rede mundial de computadores “internet”). Nesses entes municipais espalhados por todo o Brasil, e essa é a experiência da FENAFIM, todos os que se importam com a eficiência e os resultados arrecadatários produtos das atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas pelos servidores fiscais que fazem as Administrações Tributárias, parcelas remuneratórias como essa de Cubatão são comuns e fundamentais para o bom funcionamento dos serviços de combate à sonegação e para a garantia da arrecadação dos tributos.

A FENAFIM agradece a atenção e continua à disposição para colaborar na elucidação do direito e na consecução da justiça.

Brasília, 27 de fevereiro de 2022.

Carlos Cardoso Filho
Diretor Jurídico da FENAFIM

FENAFIM – Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais, Setor Comercial Sul, Quadra 07, Bloco A, nº 100, sala 507, Edifício Torre do Shopping Pátio Brasil, Asa Sul, CEP: 70307-902 - Brasília/DF, fone: (61) 3322-2037, (61) 99180-6131 e-mail: fenafim@fenafim.com.br

Entidade que integra o



MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.615 SÃO PAULO

REGISTRADO : MINISTRA PRESIDENTE
REQTE.(S) : MUNICIPIO DE CUBATAO
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO
REQDO.(A/S) : RELATOR DA ADI Nº 2223305-29.2022.8.26.0000 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : ASSOCIACAO DOS SERVIDORES DE FISCALIZACAO DE TRIBUTOS MUNICIPAIS DE CUBATAO - ASFIT
ADV.(A/S) : MARCELO LAMY E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : ASSOCIACAO DOS FISCAIS E AUDITORES TRIBUTARIOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SAO PAULO
ADV.(A/S) : CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : ASSOCIACAO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DE TRIBUTOS DOS MUNICIPIOS E DISTRITO FEDERAL - ANAFISCO
ADV.(A/S) : FELIPE TEIXEIRA VIEIRA
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES FISCAIS E FISCAIS DE TRIBUTOS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CUBATÃO - AFISC
ADV.(A/S) : VANDERLI VOLPINI ROCHA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : FEDERACAO NACIONAL DOS AUDITORES E FISCAIS DE TRIBUTOS MUNICIPAIS - FENAFIM
ADV.(A/S) : FABIO LUIZ FERRAZ MING
INTDO.(A/S) : MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO
ADV.(A/S) : DOUGLAS PREDO MATEUS E OUTRO(A/S)

SUSPENSÃO DE LIMINAR. ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE FISCAL (APF). REMUNERAÇÃO POR PERFORMANCE NA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA (CF, ART. 37, *CAPUT*). PRECEDENTES. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA EM RELAÇÃO ÀS CARREIRAS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA (CF, ART. 39, § 7º).

1. O adicional de produtividade fiscal (APF) instituído pelo Município de Cubatão/SP opera por meio de um **sistema de pontuação** pelo qual o servidor obtém vantagem pecuniária adicional em razão do desempenho, da complexidade das tarefas, da responsabilidade pela execução e do incremento da arrecadação tributária.

2. A jurisprudência desta Casa reconhece a constitucionalidade do modelo de remuneração dos servidores públicos por performance, como concretização do princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*). **Precedentes.**

3. Sob essa ótica, é possível que as atividades ensejadoras do adicional de produtividade coincidam, no todo ou em parte, com as atribuições funcionais ordinárias do cargo, emprego ou função, desde que a vantagem pecuniária seja estruturada de modo que exija dedicação especial do servidor, esteja voltada ao atingimento de metas e objetivos estabelecidos pelos órgãos de gestão e

resulte na ampliação, melhoria ou aprimoramento do serviço e, por isso mesmo, reverta o investimento em benefício da coletividade.

4. Medida liminar **deferida**.

Vistos etc.

1. Trata-se de suspensão de liminar ajuizada pelo Município de Cubatão/SP visando a sustar os efeitos da liminar concedida nos autos da ADI nº 2223305-29.2022.8.26.0000, em curso perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela qual suspensos os efeitos da LC municipal nº 16/2003, na parte em que dispõe sobre a parcela remuneratória denominada **adicional de produtividade fiscal (APF)**.

2. O adicional de produtividade fiscal (APF) foi instituído em favor dos agentes públicos municipais titulares dos cargos de Agente Fiscal de Tributos e Fiscal de Tributos da Prefeitura Municipal de Cubatão, sendo calculado com base em **sistema de pontuação** disciplinado pela LC nº 16/2003. Afere-se o “*quantum*” devido a cada servidor por meio dos pontos obtidos pelas atividades realizadas no mês, conforme tabela de pontuação, estabelecida “*em razão do desempenho, da complexidade das tarefas a serem executas, da responsabilidade pela execução e pelo incentivo ao incremento da arrecadação tributária*” (art. 13).

3. Segundo o Ministério Público paulista, autor da representação de inconstitucionalidade estadual, o bônus de produtividade (APF) desrespeita o **interesse público** e os **princípios orientadores da Administração Pública** (CF, art. 37, *caput*) por se tratar de parcela adicional concedida pelo exercício de atividades inerentes ao cargo. Alega que o mero cumprimento dos deveres funcionais não justifica o pagamento de adicional.

4. Afirma o Município de Cubatão que a suspensão liminar do pagamento do adicional de produtividade fiscal (APF) afeta diretamente a sistemática arrecadatória estabelecida pela Administração Pública municipal, fundada na remuneração dos agentes tributários com base na produtividade, tal como expressamente autorizado pelo art. 39, § 7º, da Constituição Federal.

5. Aduz que o diploma legislativo municipal fixou critérios claros e objetivos de aferição da produtividade dos servidores a que se destina. Além de afastar parâmetros subjetivos da sistemática de pontuação, os critérios relacionam-se com o exercício efetivo das atividades relacionadas à fiscalização tributária municipal.

6. Pleiteia-se a suspensão liminar da decisão proferida pelo Desembargador Relator da ADI nº 2223305-29.2022.8.26.0000, a fim de evitar grave lesão à ordem e à economia pública municipal.

É o breve relato.

Questões preliminares

7. A via eleita – suspensão de liminar – consubstancia meio processual autônomo à disposição, exclusiva, segundo as normas de regência, das pessoas jurídicas de direito público e do Ministério Público, para buscar a sustação – com objetivo de salvaguardar o interesse público primário –, nas causas contra o Poder Público e seus agentes, de decisões judiciais que potencialmente provoquem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O incidente de contracautela – vocacionado a impedir a execução imediata de uma decisão judicial proferida contra a Fazenda Pública e seus agentes nas hipóteses previstas em lei – reveste-se de absoluta excepcionalidade (SL 933-AgR-Segundo/PA, Red. p/ acórdão Min. *Marco Aurélio*, Tribunal Pleno, DJe 17.8.2017; SL 1.214-AgR/RJ, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, DJe 26.11.2019; SS 5.026-AgR/PE, Rel. Min. *Ricardo*

SL 1615 MC / SP

Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 29.10.2015, v.g.), tendo em vista a própria singularidade dos requisitos que dão ensejo a pedido dessa natureza (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 80). Daí porque, medida de caráter excepcional que é, comporta exegese estrita, a nortear e balizar o conteúdo e o alcance das respectivas normas de regência.

Restrito o instituto da contracautela a decisões proferidas por tribunais de instância inferior, não constitui em qualquer hipótese a suspensão de liminar sucedâneo recursal, condicionado o seu manejo à prevenção de grave lesão ao interesse público primário (SL 56-AgR/DF, Rel. Min. *Ellen Gracie*, Tribunal Pleno, DJ 23.6.2006; SL 1.234-AgR/PI, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, DJe 26.11.2019; SS 3.450-AgR/CE, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, DJe 12.3.2010; STA 512-AgR/PI, Rel. Min. *Cezar Peluso*, Tribunal Pleno, DJe 08.11.2011, v.g.).

Nessa linha, imprescindível que, na suspensão de liminar, a causa de pedir esteja vinculada à potencialidade de violação da ordem, da saúde, da segurança ou da economia públicas, sendo, ainda, indispensável, para o cabimento de tal medida, perante o Supremo Tribunal Federal, que o processo subjacente esteja fundado em matéria de natureza constitucional direta (SS 3.075-AgR/AM, Rel. Min. *Ellen Gracie*, Tribunal Pleno, DJ 29.6.2007; SS 5.353-AgR/BA, Rel. Min. *Luiz Fux*, Tribunal Pleno, DJe 17.12.2020; STA 782-AgR/SP, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, DJe 18.12.2019, v.g.).

Registro, por fim, que a análise do pedido de contracautela se cinge à presença dos requisitos previstos em lei, impertinente cogitar de apreciação meritória do processo subjacente, ainda que de todo indispensável tenha, a tese sustentada, um *mínimo de plausibilidade* (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 657-8), em juízo sumário de cognição (SL 1.165-AgR/CE, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, DJe 13.02.2020; SS 1.918-

SL 1615 MC / SP

AgR/DF, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ 30.4.2004; SS 3.023-AgR/AM, Rel. Min. *Ellen Gracie*, Tribunal Pleno DJ 25.4.2008; SS 3.717-AgR/RJ, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, Tribunal Pleno, DJe 18.11.2014, *v.g.*).

8. Assentadas tais premissas, reputo configurada a legitimidade ativa do requerente, que ostenta a condição de pessoa jurídica de direito público interno.

Demonstrada a existência de risco de lesão à ordem pública, especialmente ao regular funcionamento das atividades da Administração Tributária municipal de Cubatão, além da possível ocorrência de grave violação dos princípios e regras constitucionais (CF, art. 37, XXII, e 39, § 7º).

9. Presentes os requisitos formais de admissibilidade da ação suspensiva, analiso o pedido de liminar deduzido.

Princípio da eficiência e o critério da “remuneração por performance” na jurisprudência do STF

10. Cuida-se o adicional de produtividade fiscal (APF) de verdadeira espécie de parcela remuneratória por performance. A lei municipal impugnada, ao menos em juízo deliberatório, parece estabelecer critérios efetivos, de índole objetiva e impessoal, destinados à aferição da produtividade de cada servidor e ao cálculo da gratificação especial devida de acordo com o grau de eficiência atingido. Não sugere tratar-se, como faz parecer o Ministério Público paulista, de parcela adicional vinculada simplesmente ao exercício ordinário das atividades funcionais. Buscou o legislador municipal criar verdadeiro sistema de estímulo aos agentes públicos, para que os órgãos da Administração Tributária municipal consigam atingir com sucesso metas e objetivos previamente definidos conforme o planejamento fiscal do ente municipal.

11. A jurisprudência desta Casa reconhece a constitucionalidade do modelo de remuneração dos servidores públicos por performance. Sob essa ótica, é possível que o fato gerador do direito à parcela remuneratória de produtividade coincida, no todo ou em parte, com as atribuições funcionais ordinárias do cargo, emprego ou função. O fator essencial para que se legitime a instituição de vantagem pecuniária dessa natureza (independentemente de se chamar gratificação, adicional ou bônus de produtividade), consiste no fato de ser estruturada de modo que exija dedicação especial do servidor, esteja voltada ao atingimento de metas e objetivos estabelecidos pelos órgãos de gestão e resulte na ampliação, melhoria ou aprimoramento do serviço e, por isso mesmo, reverta o investimento em benefício da coletividade.

12. Como se vê, o adicional de performance consiste em vantagem pecuniária instituída como modelo de concretização do **princípio da eficiência** no âmbito da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Gratifica-se o trabalho eficiente, objetivando-se estimular a excelência na prestação dos serviços públicos.

Nesse sentido, o Plenário desta Corte, em sucessivos julgamentos, reconheceu a constitucionalidade da outorga da titularidade dos honorários sucumbenciais aos Advogados Públicos (CPC, art. 85, § 19). Nas palavras do eminente Min. Edson Fachin, *“o dispositivo legal que prevê como direito do advogado público os honorários sucumbenciais relaciona-se ao princípio da eficiência, insculpido no art. 37, da Constituição da República, pois depende da natureza e qualidade dos serviços efetivamente prestados”* (ADI 7.014, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 28.11.2022, DJe 19.12.2022).

13. Em relação aos servidores públicos das carreiras da Administração Tributária há previsão constitucional expressa em relação ao adicional ou prêmio de produtividade:

“Constituição Federal

.....
Art. 39. (...)
.....

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, **inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.**”

Essa previsão constitucional, conforme a jurisprudência desta Suprema Corte, **também visa à concretização do princípio da eficiência**, tal como afirmado pelo Plenário no julgamento da ADI 6.562, Rel. Min. Gilmar Mendes, no qual reconhecida a plena constitucionalidade do **bônus de eficiência e produtividade** instituído pela União em favor carreiras tributária e aduaneira da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho. Confira-se a ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA E DA AUDITORIA-FISCAL DO TRABALHO. LEI FEDERAL 13.464, DE 2017. SISTEMA REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL DE SUBSÍDIO. RESERVA LEGAL ABSOLUTA NA FIXAÇÃO E ALTERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. VEDAÇÃO À VINCULAÇÃO E À EQUIPARAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS.

1. A instituição do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e da Auditoria-fiscal do Trabalho não ofende o regime constitucional de remuneração

por subsídio. As carreiras a que se destinam exerceram opção constitucional por remuneração sob a sistemática de vencimentos (Art. 39, § 8º da CF/88).

2. O Bônus de Eficiência não macula a exigência constitucional de lei específica a fixar e alterar a remuneração dos servidores públicos (Art. 37, X da CF/88). Legislação própria fixa o limite mínimo (vencimentos), enquanto a Lei 13.464/2017 ressalta a observância do teto remuneratório do funcionalismo. A remuneração por desempenho encontra suas balizas, seu intervalo, satisfatoriamente previstas em lei formal e se amolda ao respaldo constitucional do princípio da eficiência (Art. 37, caput c/c Art. 39, § 7º da CF/88).

3. Não ofende a regra constitucional de vedação à vinculação ou à equiparação de remuneração de servidores públicos (Art. 37, XIII da CF/88) o incremento salarial condicionado à satisfação de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico dos órgãos a que vinculados os servidores. Precedentes da Corte. Distinções.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 6562, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022)

14. Em síntese, esta Corte reconhece compatível com o princípio da eficiência na Administração Pública a instituição, sempre por meio de lei, de parcela remuneratória por performance (CF, art. 37, *caput*). Quanto às carreiras da Administração Tributária, como no caso, há expressa previsão constitucional nesse sentido (CF, art. 39, § 7º). Plenamente configurada, portanto, a plausibilidade jurídica do pedido de contracautela.

Necessidade de prazo razoável à implementação das medidas e providências cabíveis nos planos legislativo, administrativo e orçamentário

15. Outro aspecto de inquestionável relevo jurídico a ser considerado consiste no fato de o adicional em questão (APF) constituir parcela importante do regime remuneratório e da organização dos serviços da Administração Tributária municipal **há mais de 20 (vinte) anos**.

16. Essa circunstância torna necessária a estipulação de prazo adequado para o Município de Cubatão adotar as providências legislativas necessárias ao cumprimento da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, **caso o acórdão venha a ser mantido ao final**.

17. A ruptura imediata do regime remuneratório vigente, com a supressão pura e simples de aproximadamente 30% (trinta por cento) do estipêndio funcional dos servidores municipais, acarretará grave impacto na gestão da Administração Tributária local e evidente prejuízo aos servidores públicos municipais, privados de parcela significativa de suas remunerações.

18. É preciso enfatizar que o adicional de produtividade fiscal caracteriza parcela remuneratória de caráter alimentar percebida pelos agentes fiscais de Cubatão desde 2003, a justificar a tutela da confiança e da boa-fé dos servidores municipais atingidos por sua supressão, assim como a preservação da segurança jurídica nas relações entre a Administração Pública municipal e os administrados.

19. Em situações semelhantes, o Supremo Tribunal Federal tem entendido necessária a **modulação dos efeitos** das decisões proferidas em sede de controle concentrado, para assegurar aos entes federativos prazo razoável para a implementação das medidas e providências cabíveis nos planos legislativo, administrativo e orçamentário. Nessa linha:

DE EFEITOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. VALIDADE DE ATOS PRATICADOS EM CARGOS DE DELEGADO DE POLÍCIA DE GÊNESE NULA. INVIABILIDADE ADMINISTRATIVA E ORÇAMENTÁRIA DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO. DIFERIMENTO DA EFICÁCIA DA DECISÃO, EM 18 MESES A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO.

.....
3. A jurisprudência do Plenário desta Suprema Corte reconhece a viabilidade de conhecimento de embargos declaratórios para a modulação da eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, desde que comprovada suficientemente hipótese de singular excepcionalidade (ver, por todos, o leading case a respeito da questão, a ADI 3.601 ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 15/12/2010).

.....
5. A reformulação do quadro de delegados do Estado do Amazonas num horizonte de curto prazo, além de dificultada pela inexistência de concurso em vigor, ainda encontra óbice na momentânea impossibilidade de incremento de despesas com pessoal, motivada pelo atingimento do limite prudencial para gastos desse tipo no ano de 2016, conforme demonstrado por Nota Técnica da Secretaria Executiva do Tesouro local.

6. Acolhimento parcial dos embargos de declaração do Governador do Estado do Amazonas, para diferir, em 18 meses a partir da publicação da ata deste julgamento, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis em questão, período dentro do qual o Estado do Amazonas poderá programar-se, nos planos administrativo e orçamentário, para o cumprimento da decisão.

(ADI 3415 ED-segundos, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO

ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 27-09-2018 PUBLIC 28-09-2018)

Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Contexto fático-jurídico da edição da lei impugnada. Situações concretas não mencionadas na modulação. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Impossibilidade de se analisar, em ação direta, todas as situações concretas decorrentes da declaração de inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos. Informações trazidas aos autos que demonstram a necessidade de alargamento do prazo. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. Questão de ordem. Manutenção dos efeitos produzidos pelo acordo celebrado entre a União, o Estado de Minas Gerais e o INSS foi homologado judicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.135.162/MG.

.....

3. Deve ser alargado o prazo da modulação dos efeitos. O enorme volume de cargos de servidores da educação sujeitos a substituição por servidores concursados (por volta de 80.000 servidores na educação básica) e a complexidade dos trâmites relacionados a tal substituição sinalizam para a inviabilidade de se proceder a todas as substituições até 1º de abril do corrente ano de 2015, quando teria fim o prazo de modulação. Soma-se a tudo isso a circunstância de que em 2014 ocorreram eleições estaduais, tendo havido sucessão na chefia do Poder Executivo do Estado, o que impactou os procedimentos voltados à regularização dos quadros funcionais abrangidos pelo art. 7º da Lei Complementar estadual nº 100/2007. Ademais, estando em curso o ano letivo, eventual substituição de um grande número de profissionais da educação impactaria negativamente o serviço de educação do Estado, devido à descontinuidade da metodologia de ensino, em prejuízo dos alunos.

.....

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para, em relação aos servidores da educação básica e superior do Estado, estender o prazo de modulação dos efeitos até o final de dezembro de 2015, esclarecendo-se, em questão de ordem, que devem ser mantidos válidos os efeitos produzidos pelo acordo celebrado entre a União, o Estado de Minas Gerais e o INSS – o qual foi homologado judicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.135.162/MG – no que tange à aplicação do regime próprio de previdência social aos servidores atingidos pela declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 7º da Lei Complementar nº 100/2007, com a manutenção do período de contribuição junto ao regime próprio.

(ADI 4876 ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 17-08-2015 PUBLIC 18-08-2015)

20. No caso, a decisão proferida pelo TJSP será analisada por esta Suprema Corte em sede de recurso extraordinário, de modo que a suspensão dos efeitos do acórdão, até final julgamento de mérito, mostra-se imprescindível à tutela da boa-fé e da confiança dos servidores públicos municipais, assim como necessária à preservação da regularidade das atividades da Administração Tributária do Município de Cubatão.

Conclusão

21. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para **sustar os efeitos** da medida cautelar deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da ADI nº 2223305-29.2022.8.26.0000, até o trânsito em julgado da decisão de mérito proferida naquela causa.

SL 1615 MC / SP

22. Intime-se o Ministério Público do Estado de São Paulo, na condição de interessado, para manifestação. **Após**, ouça-se o Procurador-Geral da República (art. 4º, § 2º da Lei 8.437/1992).

Publique-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2023.

Ministra ROSA WEBER

Presidente

Documento assinado digitalmente