



Fim da CPMF não dá ao Estado direito de rever contratos unilateralmente

22/07/2011

Embora extinta a exigibilidade da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – a famigerada CPMF – desde 1º de janeiro de 2008 – e lá se vão três anos -, vêm se espalhando ainda hoje pelo País medidas administrativas com reflexos diretos nos contratos celebrados com a Administração Pública, estejam eles ou não ainda em vigor.

Por tese com gênese no Tribunal de Contas da União, tem a Administração Pública de um modo geral entendido que os preços ajustados com seus contratados quando da vigência da CPMF devem necessariamente ser revistos a partir da extinção do tributo, com repetição praticamente compulsória dos valores que diz ter pago a maior a tal título.

Para a Administração, todo e qualquer preço ajustado na vigência do tributo traz em si embutida a provisão da CPMF, portanto compõe o custo de todo e qualquer contrato, ainda que não componha o tributo a planilha de composição de preço quando da contratação.

Para a Administração Pública é simples assim, reclamando o imediato pagamento dos valores de que teriam os particulares indevidamente se apropriado a partir da extinção da CPMF, determinando em alguns casos em que os contratos ainda vigorem até mesmo a glosa de faturas a vencer.

Para o (bom) direito, a questão merece, contudo, maior reflexão.

De início, não podemos deixar de recordar que a posição do TCU já fora no passado antagônica à que hoje defende, tendo a Corte sustentado com pródiga fundamentação quando da análise de pedidos de revisão de preços pela majoração da alíquota da própria CPMF que “não restou comprovada a correlação entre a majoração dos tributos e os preços da contratada, tampouco a existência de sacrifício insuportável que enseje o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Desta vez, quando extinto o tributo, o raciocínio lógico-jurídico do TCU parece ter trilhado caminhos diversos, o que acabou por incentivar não apenas a União, mas também os Estados e, especialmente os milhares de Municípios de todo o País, a agora reclamar a repetição do apontado indébito.

A tese, que tem esteio no artigo 65, parágrafo 5º da Lei 8.666/93, merece respeito, mas entendemos vir despida da auto-executoriedade que se lhe tem pretendido aplicar, exigindo como dito alhures maior acuidade em sua análise e aplicação.

Duas situações fáticas distintas se têm verificado ultimamente, uma traduzindo casos em que os contratos já se acham encerrados e outra que retrata contratos ainda em vigor.



Nesta última hipótese, a solução encontrada pela Administração consiste na glosa direta do suposto crédito apurado, em compensação ao débito fazendário, o que por si só causa espanto jurídico, na medida em que a pretendida repetição não pode ser, em absoluto, considerada como dívida líquida e certa, exigindo, antes, a apreciação da questão pelo Poder Judiciário, evidentemente por provocação do suposto credor interessado.

Para aqueles casos em que os contratos já se acham encerrados, a solução encontrada pela Administração Pública não nos causa menor assombro, na medida em que promove a inscrição do “débito” na dívida ativa, bem como no Cadastro de Inadimplentes (o CADIN), onde este se ache por lei implementado.

Uma vez mais, está a Administração Pública a afastar a querela da apreciação do Judiciário, o que fere de morte o disposto no artigo 5º, inciso 35 da Constituição Federal, considerando como débito simples tese jurídica, que não é passível de ser cobrada pelo princípio de auto-executoriedade dos atos administrativos que, neste caso, também não pode ser pelo princípio da presunção da legalidade beneficiada.

Assim, podemos afirmar, de plano, pelo próprio conteúdo normativo do artigo 65, parágrafo 5º da Lei 8.666/93, na medida em que condiciona a revisão contratual à comprovada repercussão nos preços contratados, seja a maior ou a menor, não se podendo, especialmente pela possibilidade de redução do preço, admitir que a prova de impacto seja apenas do particular exigida.

Vale dizer, para aqueles casos em que o reflexo da cobrança de CPMF não esteja expressamente previsto nas planilhas de composição de preço, é ônus da Administração demonstrar o efetivo e concreto impacto no preço contratado pela extinção do referido tributo, devendo para tanto, evidentemente, percorrer a via Judicial e processual adequada.

Noutro giro, não vem a pretendida repetição ou revisão específica e automática regulada em lei, de modo que não se pode falar em débito apto a ser inscrito na dívida ativa ou passível de execução, muito menos em obrigação pecuniária vencida e não paga, de modo que a condução do problema pela Administração Pública se tem revelado, em nosso sentir, ilegal e abusiva.

E é ela, Administração, quem deve do Judiciário se socorrer para fazer vingar a tese que defende, não se podendo do particular exigir, até mesmo por força de princípios Constitucionais como o da razoabilidade, que vá ele bater às portas do Judiciário para combater indevidas cobranças, retenções e negativas.

Mesmo porque, se do particular se exigir tal comportamento, dele seria o ônus processual probatório de demonstrar, naquilo que é objeto de nosso estudo, que os custos da CPMF não compuseram a planilha de preços quando da respectiva contratação, a rigor do que dispõe o artigo 333, I do Código de Processo Civil, em clara e indevida inversão do ônus que vem imposto pelo artigo 65, parágrafo 5º da Lei 8.666/93 àquele que pretender a revisão ali prevista.

Ainda que assim não fosse, ou seja, que se pudesse admitir a revisão mesmo sem que tal custo estivesse claramente incluído na composição do preço do contrato, ou mesmo naqueles casos em

que se observa tal composição, da mesma forma não se haveria que falar na pretendida revisão.

Isso porque a CPMF não era tributo capaz de compor os custos do serviço prestado, na medida em que não está direta ou indiretamente relacionado ao objeto do contrato, já que o fato gerador de sua incidência não é o recebimento de valores, nem a prestação de serviços, mas sim a movimentação financeira.

Não se há, nesta esteira, como admitir e muito menos presumir que o custo da CPMF estivesse embutido de alguma forma na composição do preço contratado, eis que, repita-se, não se revela como custo do contrato, já que sua incidência se daria em momento posterior à execução do próprio contrato, ainda assim condicionada a evento, em tese, futuro e incerto, qual seja, a respectiva movimentação financeira.

Leciona a respeito Mestre Marçal Justen Filho:

A forma prática de avaliar se a modificação da carga tributária propicia desequilíbrio da equação econômico-financeira reside em investigar a etapa do processo econômico sobre o qual recai a incidência.

Ou seja, a materialidade da hipótese de incidência tributária consiste em certo fato signo-presuntivo de riqueza. Cabe examinar a situação desse fato signo-presuntivo no processo econômico.

Haverá quebra da equação econômico-financeira quando o tributo (instituído ou majorado) recair sobre atividade desenvolvida pelo particular ou por terceiro necessária à execução do objeto da contratação.

Diversa é a situação quando a incidência recai sobre a riqueza já apropriada pelo particular, incidindo economicamente sobre os resultados extraídos da exploração.

Verifica-se, destarte, por avalizada doutrina, que a possibilidade ou não de revisão contratual para repetição de eventual indébito pago pela Administração a seus contratados a partir da extinção da CPMF em Janeiro de 2008 demanda criteriosa análise, não podendo a questão jurídica ser decidida unilateral e arbitrariamente, devendo, antes, ser submetida à apreciação do Judiciário, evidentemente, por interesse e iniciativa do pretenso credor.

Não se pode deslembrar, finalmente, que no curso da relação contratual Administrativa não raro os valores inicialmente contratados sofrem redução, por vezes em decorrência até mesmo de determinação legal, como ocorreu, por exemplo, no Município de São Paulo com a Edição do Decreto Municipal 50.395, de 21 de janeiro de 2009.

Ora, em tendo havido qualquer espécie de renegociação ou redução de valores em relação ao preço inicial contratado, não se há mais como pretender a repetição agora desejada pela Administração Pública, já que não existirão meios para se aferir se nesta redução, negociada ou imposta, já não se estava a reduzir também o valor correspondente ao impacto da CPMF no preço inicial proposto e ajustado.

Os estudos, aqui alinhavados de modo bastante genérico e superficial, nos levam à inexorável conclusão de que a CPMF não pode ser considerada como elemento de composição de preços dos contratos administrativos celebrados em sua vigência, posto ter por fato gerador momento posterior à própria execução do contrato, ainda que de trato sucessivo, não merecendo guarida a tese de repetição de indébito desenvolvida pela Administração Pública e disseminada por todo o território nacional nem mesmo naqueles casos em que, por mera formalidade, tenha constado da respectiva planilha.

Naqueles casos em que não se visualiza a provisão dos custos da CPMF na composição do preço proposto e ajustado com a Administração, não se há como falar em revisão de preço ou em restituição de valores pagos a este título, à medida que não se terá como comprovar de modo técnico estivesse tal custo previsto de modo difuso na planilha apresentada e aceita pelo órgão contratante.

Em quaisquer dos casos, porém, nos parece vedado à Administração Pública promover qualquer tipo de retenção, execução, inscrição em dívida ativa ou em cadastros de inadimplentes, não escapando a questão à necessária apreciação do Poder Judiciário, aqui não se aplicando princípios como o da auto-executoriedade ou da presunção de legalidade do ato administrativo, já que não se trata de débito consolidado por força de lei, mas de mera interpretação jurídica ou, em verdade, de tese desenvolvida pela Administração em seu próprio interesse, que não pode de forma generalizada ser confundida com o interesse público e que, ainda assim, deve ser analisada à luz de princípio não menores e menos importantes como os da estrita legalidade e moralidade, por exemplo.

Longe de pretendermos nestas breves linhas esgotar os debates acerca do tema, esperamos poder ter com eles apenas contribuído, para que seja a discussão analisada com maior zelo e profundidade.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-jul-22/fim-cpmf-nao-estado-direito-rever-contratos-unilateralmente/>