



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



08-04-14

SEB

=====

067 TC-022652/026/08

Contratante: Prefeitura Municipal de Franco da Rocha.

Contratada: Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga.

Autoridades que firmaram os Instrumentos: Marcio Cecchettini (Prefeito) e Marco Antonio Donário (Coordenador de Negócios Jurídicos e Assuntos Institucionais).

Objeto: Aquisição de 130.000 litros de gasolina comum e 340.000 litros de óleo diesel.

Em Julgamento: Termos Aditivos celebrados em 06-08-08 e 13-10-08. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, publicada no D.O.E. de 09-08-13.

Advogados: Maria do Carmo Alvares de Almeida Mello Pasqualucci, Leonardo Akira Kano, Alberto Luis Mendonça Rollo e outros.

Procuradora de Contas: Letícia Formoso Delsin.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **Termo Aditivo nº 002**, de 06-08-08 (fl. 613) e do **Termo Aditivo nº 003**, de 13-10-08 (fl. 630) ao Contrato nº 69/08, celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCO DA ROCHA** e a **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**, cujo objeto é a aquisição de 130.000 litros de gasolina comum e 340.000 litros de óleo diesel.

O Termo Aditivo nº 002/08 tem por finalidade o realinhamento de preço do item 02 – óleo diesel, passando de R\$ 1,7980 para R\$ 1,8447 por litro adquirido, resultando no acréscimo de R\$ 15.878,00.

O Termo Aditivo nº 003/08 tem por finalidade o realinhamento de preço do item 01 – gasolina, passando o valor de R\$ 2,05 para R\$ 2,0841 por litro adquirido, resultando no acréscimo de R\$ 4.433,00.

A licitação e o contrato foram apreciados e julgados regulares,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



porém o termo aditivo nº 001, de 05-06-08, que contemplava o realinhamento de preço do óleo diesel de R\$ 1,650 para R\$ 1,7980 por litro, foi considerado irregular, consoante decisão desta C. Segunda Câmara, sessão de 05-02-13, que acolheu voto de minha autoria. O v. acórdão transitou em julgado em 07-03-13.

1.2 As partes foram cientificadas da remessa do instrumento contratual a esta Corte e notificadas para acompanhar os trâmites do processo por meio de publicações na imprensa oficial (fl. 340).

1.3 A **Fiscalização** concluiu que os aditivos são irregulares, tendo em vista do princípio da acessoriedade (fls. 638/641).

1.4 Regularmente notificada (fl. 644), a **Administração** apresentou a documentação relativa ao contrato e ao aditivo anterior, bem como aquela atinente à celebração dos aditamentos ora em exame, na qual destaque as justificativas e os cálculos acerca dos realinhamentos de preços (fls. 649/724).

Encaminhou, ainda, o relatório da sindicância instaurada para apurar as responsabilidades pelo ato condenado, asseverando a Comissão sindicante que: *“1) O elenco probatório é satisfatório para apurar a veracidade dos fatos; 2) Pelo que consta nos autos, conclui esta Comissão pela prática de ato danoso à Municipalidade, visto que foi financiada despesa sem amparo legal, devendo os responsáveis pela autorização da despesa ser acionados para ressarcir o prejuízo causado (fls. 726/741)”*.

Posteriormente, o senhor Márcio Cecchettini, ex-Prefeito do Município de Franco da Rocha e responsável pelos atos aqui apreciados, encaminhou defesa em que alega que *“a variação dos preços dos combustíveis representava uma quebra do equilíbrio do contrato, inviabilizando a execução do ajuste, e por esse motivo foi feito o realinhamento dos preços, com base na Lei nº 8666/93, em seu artigo 65, inciso II, alínea ‘d’”*. Ademais, sublinhou que *“a proposta foi feita em fevereiro e o aumento determinado pela Petrobrás foi em abril, o que por si já justifica o realinhamento dos preços”* (fls. 746/749).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.5 Instada a se manifestar (fl. 750), a **Assessoria Técnica** opinou pela irregularidade dos Termos Aditivos ns. 2 e 3, com aplicação dos incisos XV e XXVII, do art. 2º, da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 742/743).

1.6 O **Ministério Público de Contas**, por seu turno, manifestou-se pelo prosseguimento nos termos regimentais (fl. 743-v).

É o relatório.

2. VOTO

2.1 A instrução dos autos aponta para a desaprovação dos aditamentos por esta Corte de Contas.

Isto porque os Aditivos nº 002 e nº 003 recaem nas mesmas impropriedades já constatadas no Termo Aditivo nº 001, já julgado irregular por este Tribunal de Contas.

2.2 No que concerne à aplicação do princípio da acessoriedade, aventada pela Fiscalização, destaco que a licitação e o ajuste foram julgados regulares, sendo condenado, porém, o termo Aditivo nº 001, que realinhou o preço do óleo diesel (item 2) de R\$ 1,650 para R\$ 1,7980 por litro.

Destarte, entendo que apenas o Termo Aditivo nº 002 mantém vínculo lógico com o Termo julgado irregular, posto que objetivou realinhar o preço do óleo diesel (item 2) a partir do valor estabelecido ato reprovado (R\$ 1,7980). Ou seja, ao tratar do mesmo objeto (óleo diesel - item 2) e ao intentar o aumento do seu preço (de R\$ 1,7980 para R\$ 1,8447 por litro), o Termo nº 002 contaminou-se dos vícios contidos no ato condenado.

Por outro lado, não entendo que ao Termo Aditivo nº 003, que visou ao realinhamento do preço da gasolina (item 1), de R\$ 2,05 para R\$ 2,0841 por litro, incida a aplicação do princípio da acessoriedade, uma vez que não decorre logicamente do Termo Aditivo nº 001, mas, sim, do próprio Contrato nº 69/08, julgado regular.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



2.3 De qualquer forma, os dois aditamentos em tela carregam as mesmas impropriedades que ensejaram a condenação do Termo Aditivo nº 001.

A propósito, reproduzo trecho do voto condutor por mim prolatado (fls. 573/577), com o qual fundamento também a condenação dos aditivos ora em exame:

“Alterações de preços decorrentes de oscilações de mercado são eventos facilmente previsíveis.

Além disso, pela extensão das atividades que exerce no setor de combustíveis, a contratada tinha todas as condições para avaliar eventuais oscilações do preço ofertado no certame de forma a mantê-lo irrajustável, neste caso, durante o prazo de vigência contratual, não se justificando sua alteração sem comprovação de específica demonstração da caracterização da situação prevista em lei.

Segundo o artigo 65, II, “d”, da Lei federal n. 8.666/93, para caracterizar a hipótese de autorização de realinhamento de preços a Administração deve comprovar a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, capazes de retardar ou impedir a execução do objeto licitado, ou, ainda, a ocorrência de caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica extraordinária e extracontratual. Essa demonstração não ocorreu nestes autos e, por isso, restou afrontado o dispositivo em comento.

A propósito, trago à colação decisão¹ desta C. Segunda Câmara, no TC-2622/006/07, na sessão de 30-06-09, em que o E. Conselheiro Relator Renato Martins Costa, assim abordou a questão:

“Todavia, para que se possa aceitar tal mudança, o contratado deve comprovar e demonstrar que o encargo se tornou insuportável, o que definitivamente não ocorreu.

Nesses termos, a majoração é possível, desde que fique comprovada a existência de fatores imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, que tornem muito onerosa a execução pelo contratado. O fato é que os argumentos apresentados, ao menos nesta instância de julgamento, não conseguem provar a ocorrência de qualquer eventualidade econômica extraordinária ou extracontratual.

Consoante leciona Marçal Justen Filho:

“O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa de agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza o rompimento do equilíbrio

¹ Mantida pelo E. Plenário, na sessão de 28-03-12, Relator E. Conselheiro EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração.

Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração."

Caracteriza-se uma modalidade de atuação culposa quando o evento causador da maior onerosidade era previsível e o particular não o previu. (...). Cabia-lhe o dever de formular sua proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis.

Presume-se que assim tenha atuado. Logo, sua omissão acarretou prejuízos que deverão ser por ele arcados.

*Rigorosamente, nessa situação inexistente rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Se a ocorrência era previsível, estava já abrangida no conceito de 'encargos'". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 11ª edição, p. 543). **GN.**"*

2.4 Por oportuno, observo que o Contrato nº 69/08 foi celebrado em 28-05-08, com término previsto para 31-12-08, enquanto o Termo Aditivo nº 001 foi firmado em 05-06-08; o Termo Aditivo nº 002, em 06-08-08; e o Termo Aditivo nº 003, em 13-10-08.

Ou seja, em um pacto cuja vigência é de aproximadamente 6 (seis) meses, foram celebrados 3 (três) aditivos buscando o reequilíbrio econômico-financeiro, o que, no meu entendimento, torna patente, pelo menos, a inexequibilidade dos preços avençados.

2.5 Pelo exposto, julgo **irregulares** o Termo Aditivo nº 002 e o Termo Aditivo nº 003, e, por conseguinte, ilegais as despesas decorrentes.

Determino que sejam tomadas as providências previstas no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar estadual nº 709/93, ciente este Tribunal, em 60 (sessenta) dias, das medidas adotadas.

Sala das Sessões, 08 de abril de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO