

São Paulo, 31 de julho de 2012.

Ao Departamento de Operação
Sr. Paulo Sérgio De Ponti

Ref.: Primeiro Instrumento Particular de Aditivo ao Contrato de Fornecimento nº
ASE/GH/5539/01/2010
Petrobrás Distribuidora S.A.

Parecer nº 159/12

Prezados Senhores,

Solicitam-nos V.S^{as}. análise acerca da possibilidade de promover o primeiro aditamento ao Contrato de Fornecimento nº ASE/GH/5539/01/2010, celebrado em 09 de agosto de 2010, que formalizou a contratação da empresa Petrobrás Distribuidora S.A., para fornecimento de óleo diesel a ser retirado pela EMAE na cidade de São Paulo e região do ABCD.

Esclarece o Sr. Gerente de Vendas a Consumidores de São Paulo da empresa contratada que:

“Como é de conhecimento público, vigora no Brasil, desde 2002, regime de liberdade de preços em toda a cadeia de produção e comercialização de combustíveis – produção, distribuição e revenda. Conforme artigo 61 da Lei 9.478, de 1997 e portarias interministeriais, de 28 de 1999 e 240 de 2001. Não existindo qualquer tipo de tabelamento, valores máximos e mínimos, nem necessidade de autorização prévia para reajustes de preços de combustíveis. A Petrobrás Distribuidora S.A. adquire produtos de refinarias e usinas, estando sujeita as variações de preços estabelecidos pelas mesmas. A Petrobrás Distribuidora S.A. não possui qualquer tipo de controle sobre o preço praticado por seus fornecedores, tampouco qualquer método de previsão destes preços.



Com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, face alteração dos custos de aquisição e considerando o exposto no artigo 65, inciso II, letra “D” da Lei 8.666, informamos em anexo o(s) novo(s) preço(s) do combustível (eis), considerando que:

- *Ocorreu um aumento no custo de aquisição do diesel A S500, derivado de petróleo, que compõe 95% do diesel comercial (B S500);*
- *Ocorreu um aumento no custo de aquisição do biodiesel, B100, de origem renovável, que compõe 5% do diesel comercial (B S500);*

<i>Óleo diesel B S500</i>	
<i>PREÇO REALINHADO</i> <i>(R\$/Litro):</i>	<i>1,8136</i>

Assim, solicitamos que analisem nosso pedido de revisão em até 48 horas contadas a partir do recebimento desta, a fim de podemos manter o fornecimento do mesmo.”

Em consideração à situação acima narrada, analisaremos a possibilidade de celebração do primeiro instrumento particular de aditivo ao contrato nº ASE/GH/5539/01/2010, nos termos do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93.

Primeiramente, cabe observar que o Contrato de Fornecimento nº ASE/GH/5539/01/2010 prevê o reajuste de preço em seu artigo 5º, *in verbis*:

“CLÁUSULA 5ª - REAJUSTE DE PREÇO

O preço contratado será reajustado anualmente, conforme legislação vigente, a partir de mês base dos preços, de acordo com a seguinte fórmula:

$R = Po [(D) - 1]$, onde:

R = Parcela de reajuste;

X

(Handwritten signature)

Po = Preço inicial do contrato no mês em referência dos preços

D = Variação dos índices representativos do “diesel”, ocorrida entre o mês de referência dos preços e o mês de aplicação do reajuste, publicados pela Revista Conjuntura Econômica da FGV, Índice Nacional de Custo de Obras Hidrelétricas, coluna 26 – “Óleo Diesel”, código FGV 160027.”

Analisando a referida cláusula contratual, concluímos que o preço será reajustado anualmente, de acordo com a *variação dos índices representativos do “diesel”, ocorrida entre o mês de referência dos preços e o mês de aplicação do reajuste, publicados pela Revista Conjuntura Econômica da FGV, Índice Nacional de Custo de Obras Hidrelétricas, coluna 26 – “Óleo Diesel”, código FGV 160027.”*

De outra parte, esclarecemos que o desequilíbrio encontrado no contrato supramencionado advém do aumento de valor na aquisição do diesel AS500, derivado do petróleo, que compõe 95% (noventa e cinco por cento) do diesel comercial (BS500), bem como aumento de valor na aquisição do biodiesel, B100, de origem renovável, que compõe 5% (cinco por cento) do diesel comercial (BS500).

Segundo o apurado, a Petrobrás Distribuidora S.A. é empresa distribuidora de óleo diesel, que adquire seus produtos junto a um fornecedor autorizado pela ANP, repassando-o ao consumidor final.

Dessa forma, o preço do óleo diesel fornecido no contrato em comento deverá se balizar pelo preço médio praticado pelas distribuidoras, uma vez que somente estas fornecem os produtos diretos para o consumidor final.

Com efeito, sobre o equilíbrio econômico do contrato administrativo, leciona DIOGENES GASPARINI¹, *in verbis*:

¹ GASPARINI, Diógenes. “Direito Administrativo.” Editora Saraiva, 4ª Edição, p. 393.

“É a relação de igualdade entre os encargos do contratante-particular e a correspondente compensação a que faz jus, fixada no contrato administrativo para a justa remuneração do pactuado. (...)”

Tal alteração impõe ao Poder Público contratante a imediata obrigação de promover o reajustamento correspondente, de forma que, de pronto, ocorre o reequilíbrio da avença. O reequilíbrio pode ser feito, conforme a natureza do contrato, pelo aumento da tarifa, por subsídio ou mediante reajustamento de preço e muitas vezes pela revisão.”(g.n.)

A recomposição da equação econômico financeira é agasalhada pela Carta Magna, em seu artigo 37, inciso XXI, que assim dispõe:

“Art. 37

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (g.n.)

De acordo com o susomencionado dispositivo, extrai-se que as condições de pagamento ao particular deverão ser respeitadas segundo as condições reais e concretas, mantidas as condições efetivas da proposta.

Desta feita, é possível que qualquer contratado venha a pleitear a recomposição dos preços acordados. Entretanto, tal recomposição deve ser formalizada em documentos aptos a demonstrar o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

Com esse imediato acerto, o contratado não sofrerá indevida redução nos seus itens econômicos e financeiros, nem auferirá vantagens sem justa causa.

Nesse sentido, dispõe o artigo 65, inciso II, alínea "b", e § 6º, *in verbis*:

"Art. 65

Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

(...)

§6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial."(g.n.)



Segundo se depreende do dispositivo legal supratranscrito, os contratos poderão ser alterados, com as devidas justificativas, para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, para a justa remuneração do objeto em comento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse sentido, importante transcrevermos os ensinamentos do ilustre professor MARÇAL JUSTEN FILHO², *in verbis*:

“Rompido o equilíbrio econômico-financeiro, deverá promover-se a revisão de preços através de alteração bilateral do contrato. Mesmo nos casos de alteração unilateral da Administração, o aditamento deve ser realizado. (§6º). A Administração e o particular, após efetivado o exame dos fatos, promoverão aditamento contratual, destinado a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da contratação. (...) A revisão do contrato envolve uma modificação contratual e sua formalização pressupõe a um termo aditivo.” (g.n.)

Frise-se que a revisão do equilíbrio econômico-financeiro nasce da configuração de um evento apto a gerar a alteração da proposta.

Nesse sentido, ensina o ilustre professor³ que: “*em face do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, é irrebatível a configuração de um evento apto a gerar o rompimento da equação econômico-financeira, de modo a exigir providências compensatórias.*”

Corroborando com o alegado, o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, assim decidiu:

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª Edição, Dialética, p. 798.

³ Idem, p. 786.



“É assente nos contratos administrativos a possibilidade de sua revisão à luz da cláusula rebus sic stantibus hoje consagrada na Lei de Licitações, verbis: ‘art. 65 (...)’ (REsp nº 612/123/SP, 1ª Turma, Ministro Relator Luiz Fux) (g.n.)

Na análise em questão, verificamos que o aumento na aquisição do diesel AS500 e do biodiesel B100, que compõe o óleo diesel comercial, decorre das variações dos preços estabelecidos pelas refinarias de petróleo, submetidas ao regime de preços de mercado, o que acaba por submetê-las a oscilações de preços.

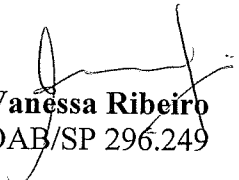
A ocorrência deste fato excepcional decorre do reflexo dos encargos inicialmente não previstos na elevação dos preços e na margem de comercialização, regulada pelos parâmetros divulgados pela ANP.

Destarte, concluímos que, devido à majoração do preço do diesel AS500, derivado do petróleo, que compõe 95% (noventa e cinco por cento) do diesel comercial (B S500), bem como aumento de valor na aquisição do biodiesel, B100, de origem renovável, que compõe 5% (cinco por cento) do diesel comercial (BS500) faz-se necessário o realinhamento de preço no sentido de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em comento.

Pelo exposto, com fulcro no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, entendemos possível, s.m.j., o reequilíbrio do contrato de fornecimento nº ASE/GH/5539/01/2010, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

É o parecer.

Atenciosamente,


Vanessa Ribeiro
OAB/SP 296.249



De acordo.

A handwritten signature in black ink, which appears to read "Pedro Eduardo Fernandes Brito", is written over a horizontal line.

Pedro Eduardo Fernandes Brito
Gerente do Departamento Jurídico