

A ofensa à intangibilidade da equação econômico-financeira pela exigência da onerosidade excessiva

Angélica Petian

Pós-doutora em Direito pela USP; Sócia do Vernalha Pereira Advogados

O ordenamento jurídico estabelece uma série de regras que caracterizam os contratos administrativos, conformando-lhes o respectivo regime jurídico, marcado pela presença de prerrogativas que permitem a Administração Pública contratante alterar as cláusulas ajustadas, inclusive de maneira unilateral.

As chamadas cláusulas exorbitantes desestabilizam a igualdade entre as partes contratantes e impõem severas condicionantes ao princípio da equivalência material, uma vez que a Administração Pública contratante é detentora de prerrogativas que não encontram reflexo no contratado.

A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos cuidou de apresentar os direitos exorbitantes da Administração, quando na posição de contratante, fazendo-o por meio do art. 58. O citado dispositivo confere à Administração a prerrogativa de (i) modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público; (ii) rescindir unilateralmente os ajustes; (iii) fiscalizar a execução contratual; (iv) aplicar sanções administrativas diante do inadimplemento contratual; e (v) nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Como forma de equilibrar a relação contratual, impondo limites à atuação administrativa e salvaguardando os direitos dos contratados, o ordenamento jurídico prescreveu a intangibilidade da equação econômico-financeira do ajuste, sendo garantida a manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Conforme já reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, “a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato” (RE 902910 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018).

A citada Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos reiterou a prescrição no parágrafo primeiro do art. 58 ao determinar que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado” e que, em caso de modificação contratual unilateral “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”, conforme o parágrafo segundo do mesmo artigo.

A garantia constitucional, regulamentada pela Lei nº 8.666/93, com especial destaque para o art. 65, II, “d”, impõe a manutenção da proporcionalidade havida ao tempo da proposta vencedora da licitação entre os encargos dos contratos, somadas suas despesas indiretas e contemplada a margem de lucro praticada e a sua remuneração.

Não há nas normas constitucional e legal citadas nenhuma previsão de que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato só será devido diante do agravamento excessivo dos encargos do contratado. A regra é clara: havendo variação decorrente de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que majorem os custos do contratado, a remuneração deve ser reequilibrada.

Para fins da caracterização do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, basta que a equação econômico-financeira do contrato tenha sido atingida, sendo, portanto, irrelevante a dimensão desse impacto.

Nesse sentido são os ensinamentos de Fernando Vernalha Guimarães, para quem “O pressuposto (onerosidade excessiva) não consta, nem mesmo implicitamente, da redação da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93. Não há, ademais, qualquer outra regra veiculada pela Lei 8.666/93 ou por outras normativas aplicáveis ao tema dos contratos administrativo que prescreva a exigência”¹.

Vale acrescentar que, eventual lei que imponha o requisito da onerosidade excessiva, acima de determinado patamar, como condição para a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro feriria a garantia constitucional supedaneada no art. 37, XXI, acerca da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos.

Não obstante, nos últimos tempos, alguns órgãos e entidades da Administração Pública, ao ensejo de criar procedimentos para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro rompido, têm editado normas que impõem um valor mínimo de desequilíbrio, em total desrespeito à prescrição constitucional.

A título de exemplo vale citar a Resolução ANAC nº 355/2015, que previu o valor mínimo de desequilíbrio de 5,5% da receita bruta média dos últimos três exercícios do concessionário para iniciar a revisão extraordinária do seu contrato, apta a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Caso a variação não atinja esse percentual os eventos que ensejaram o desequilíbrio poderiam ser tratados no bojo da revisão ordinária dos contratos, programada para ocorrer a cada cinco anos.

Embora a Resolução da ANAC se dirija a contratos de concessão, cujo regime é ditado pela Lei nº 8.987/95, não há diferenças significativas no que toca à garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, excetuada a necessária alocação de riscos que deve ser feita, impondo aqueles que serão suportados por cada uma das partes e que não motivarão revisões contratuais para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, caso o risco antevisto se materialize.

O art. 9º, § 4º da Lei nº 8.987/95 prescreve que “havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

Além da alteração unilateral do contrato, respeitada a alocação de riscos feita pela respectiva matriz contratual, sempre que ato ou fato imprevisível ou de consequências incalculáveis atacar o equilíbrio do contrato este deverá ser restabelecido. No caso específico dos contratos de concessão, considerando a sua longevidade e os impactos que o desequilíbrio pode causar ao longo do tempo, a Lei nº 8.987/95 exige que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”, conforme redação do art. 9º, § 4º.

Infelizmente o exemplo da ANAC não é o único disponível. O Departamento Nacional de Infraestruturas de Transportes – DNIT editou a Instrução de Serviços nº 15/2016 para estabelecer os critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos decorrente do acréscimo dos custos de aquisição de materiais asfálticos. Essa norma previu um limitador ao reequilíbrio – o gatilho de 7% (sete por cento) –, restringindo as hipóteses de reequilíbrio a variações que superassem esse piso.

Essas limitações impedem a preservação da relação entre encargos e retribuição, definida em lei, na medida em que consideram que variações inferiores aos percentuais estabelecidos motivem revisões contratuais, impondo ao contratado que suporte o prejuízo até determinada monta.

1. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21. Disponível em: <www.direitodoes-tado.com/revista/REDAE-21-fevereiro-Fernando-Vernalha-uimaraes.pdf>.

Esse requisito, que passou a ser conhecido sob o rótulo de “onerosidade excessiva”, não está na legislação e, portanto, não deve condicionar o reconhecimento do desequilíbrio contratual.

A doutrina especializada combate o requisito da onerosidade excessiva. Para Marçal Justen Filho: “O artigo 65, II, *d*, não faz qualquer alusão à necessidade de o evento superveniente ser dotado de carga de nocividade tão intensa que impeça a execução da prestação originalmente assumida. O que a Lei previu foi a ocorrência de um evento imprevisível ou de consequências incalculáveis, apto a produzir a frustração da relação original entre encargos e vantagens” [...] Não se estabeleceu que o direito à revisão somente surgiria se os efeitos fossem muito graves. Não se exigiu que a execução do contrato se tornasse inviável².

Também nesse sentido é possível verificar a posição do Tribunal de Contas da União, a exemplo do Acórdão 2.933/2011 – Plenário, por meio do qual o Ministro Relator Valmir Campelo aduziu: “Com as devidas vênias, ainda, tenho ressalvas à aplicação irrestrita desse entendimento. É que tanto na alínea ‘d’, do inciso II, do art. 65, quanto no § 5º do mesmo artigo, todos da Lei 8.666/93, não trazem qualquer referência à materialidade (onerosidade excessiva e insuportabilidade do novo ônus) como condição de reequilíbrio. Prevê-se, somente, a álea extraordinária e extracontratual, como ainda a comprovada repercussão nos preços contratados. Parecem-me extralegais tais condicionantes para a manutenção do equilíbrio do contratado, sagradamente protegido pela Constituição da República”.

A nosso ver, qualquer condicionamento que não encontre na norma constitucional seu fundamento de validade não sobreviverá de forma legal no ambiente jurídico. A premissa fundamental, que deve ser respeitada em qualquer regramento sobre o assunto, é o direito do contratado ao ressarcimento pleno e integral dos prejuízos sofridos.

A fixação, pela Administração Pública contratante, de percentuais mínimos de variação dos encargos do contratado para que esse faça jus ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos ofende as normas constitucionais e legais que regem os contratos dessa natureza e não encontram guarida legal.

Como citar essa publicação:

PETIAN, Angélica. “A ofensa à intangibilidade da equação econômico-financeira pela exigência da onerosidade excessiva”. In *SAM – Solução em Direito Administrativo e Municipal* nº 81. Seção Soluções ABRADADE. São Paulo: SGP, março/2026, p. 131-133.

2. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 1197.

