É possível defender a reserva de administração (*Vorbehalt der Verwaltung*) para evitar sobrecarga de fiscalização e controle (*accountability overload*) nas concessões?

Numa decisão que se soma a uma tendência ainda incipiente de autocontenção no Sistema Tribunal de Contas[i], o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES) decidiu que "*o descumprimento de obrigações contratuais por concessionária de serviço público deve ser apurado e sancionado, em regra, pelo Poder Concedente no âmbito da relação contratual, sem prejuízo da responsabilização perante o Tribunal de Contas quando demonstrados dano ao erário, nexo causal e conduta dolosa, fraudulenta ou caracterizada por erro grosseiro*"[ii].

Consta no acórdão do mencionado Tribunal de Contas que, "*em relação à concessionária, embora o inadimplemento contratual seja inequívoco, a responsabilização sancionatória pelo Tribunal de Contas encontra limites jurídicos, diante da ausência de dano ao erário e da natureza eminentemente contratual da obrigação, sendo a repressão primária de competência do Poder Concedente (...) As medidas sancionatórias decorrentes desse inadimplemento — advertência, multa contratual, glosa, execução de garantias ou eventuais providências mais gravosas — integram o regime jurídico do contrato (...) A atuação desta Corte, por sua vez, se limita ao monitoramento das determinações expedidas ao Município, inclusive quanto à necessidade de exigir, de forma tempestiva e formal, o cumprimento da obrigação contratual*".

Em resumo, para o TCE/ES, incumbe ao Poder Concedente a responsabilidade originária, principal e preferencial para fiscalizar a execução do contrato de concessão e eventualmente aplicar sanções à concessionária, devendo a atuação do Tribunal de Contas ser subsidiária e condicionada à comprovação de três elementos essenciais: (i) dano ao erário; (ii) nexo de causalidade entre a conduta e o dano e (iii) conduta qualificada por dolo, fraude ou erro grosseiro.

Isso parece manter aderência ao art. 175, parágrafo único, inciso I da CF/88, que remete à lei a disciplina das condições de fiscalização das concessões e a Lei nº 8.987/1995 atribui expressamente ao Poder Concedente o poder-dever de fiscalizar permanentemente o serviço, aplicar penalidades, intervir e até declarar a caducidade da concessão (arts. 29, 32 e 38).

Vislumbra-se, assim, uma primazia fiscalizatória do Poder Concedente, na qual a atuação do Tribunal de Contas é subsidiária, evitando-se o risco de o órgão de controle substituir o Poder Concedente no papel de regulador natural da concessão.

Mas qual seria o fundamento teórico dessa primazia? E mais: seria possível invocá-la para conter a crescente sobreposição de controles a que estão submetidas as concessões?

Pensamos que a resposta passa por dois conceitos: a reserva de administração (*Vorbehalt der Verwaltung*) e a sobrecarga de fiscalização e controle (*accountability overload*).

De origem alemã e recepcionada na doutrina luso-brasileira sobretudo a partir de J. J. Gomes Canotilho e Nuno Piçarra[iii], a reserva de administração designa um núcleo de competências próprias da função administrativa que não pode ser absorvido pelos demais Poderes. Segundo Paulo Modesto, trata-se de uma zona de decisão reservada ao Executivo: o Legislativo não deve editar atos administrativos concretos travestidos de lei e o Judiciário não deve substituir o gestor nem esgotar a sua discricionariedade, o que não transforma a reserva em escudo contra a ilegalidade, o abuso ou a desproporção[iv].

Veja: no campo das concessões, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é farta. A partir do *leading case* firmado na ADI 3.343/DF, a Suprema Corte tem reiteradamente invalidado leis de iniciativa parlamentar que interferem no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, reconhecendo que a política tarifária e a gestão dos serviços delegados integram o núcleo da função executiva[v].

Ora, se a reserva de administração protege o Poder Concedente contra a ingerência do Legislativo, nada impede que, *mutatis mutandis*, ela também pode servir de instrumento balizador de atuação dos órgãos de controle externo. Trata-se, é verdade, de uma extensão de um conceito pensado originariamente para a relação entre os Poderes, mas de uma extensão que a jurisprudência já vem fazendo, ainda que sem a nomenclatura alemã, sob a rubrica do chamado controle de segunda ordem.

O caso mais emblemático é o da cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de contêineres (SSE) nos portos. O Tribunal de Contas da União (TCU) entendeu que "*pode determinar a agência reguladora que anule dispositivos de ato normativo editado em desacordo com as atribuições legais da agência, em face de desvio de finalidade na sua edição. Tal medida se insere na competência do Tribunal para exercer o controle de segunda ordem sobre as atividades finalísticas e o controle dos atos de gestão praticados no âmbito da entidade*"[vi]. O STF, contudo, anulou a deliberação no MS 40.087, consignando o relator que, "*enquanto a Antaq agiu dentro de suas competências institucionais, o TCU extrapolou as suas, invadindo as da agência reguladora e, quiçá, as do Cade*", entendimento mantido pela Segunda Turma, que assentou que a fiscalização do controle externo sobre as agências reguladoras deve ser de segunda ordem, vedada a substituição do regulador[vii].

Diga-se, aliás, que o rótulo não basta: o TCU invocou o controle de segunda ordem e, ainda assim, o STF identificou ali ~~verdadeira~~ substituição do regulador. Como já tivemos oportunidade de registrar, esse conceito foi sendo remodelado ao longo do tempo e ainda guarda considerável margem de subjetividade. ~~sendo oportuna a advertência de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara no sentido de que "*Corte de Contas não é Conselho de Estado*"[viii].~~

Mas atenção: reserva de administração não é imunidade. Não por acaso o TCE/ES ressalvou a responsabilização da concessionária e manteve o monitoramento das determinações dirigidas ao Município. O controle externo segue íntegro em dois planos.

O primeiro é o do próprio Poder Concedente, cuja omissão é controlável. Para o TCE/SP, "*a omissão do Poder Público frente ao inadimplemento contratual da concessionária constitui infração à boa governança contratual*"[ix] e, para o TCE/PE, "*a concessão da execução de serviços públicos não exonera o Poder Concedente do dever de fiscalizar a qualidade da prestação e o cumprimento dos prazos contratuais*", sendo certo que "*deficiências procedimentais de monitoramento, desacompanhadas de dano ao erário e de conduta individual caracterizadora de dolo ou erro grosseiro, ensejam regularidade com ressalvas e medidas corretivas, mas não justificam a aplicação de multa pessoal*"[x].

O segundo é o da própria concessionária, que pode ser alcançada quando presentes os requisitos já mencionados. Na mesma linha, o TCE/PE já assentou que "*é legítima a atuação do Tribunal de Contas sobre a concessionária quando esta concorre para a irregularidade ou a execução da medida depende de sua atuação contratual*"[xi].

Registre-se, ainda, que a exigência de dolo, fraude ou erro grosseiro feita pelo TCE/ES dialoga com a jurisprudência mais recente do Plenário do TCU, para quem o art. 28 da LINDB "*também se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário*", dependendo o débito da comprovação de culpa grave[xii], embora o tema ainda não esteja pacificado naquela Corte.

Passemos à outra face do problema.

Em artigo anterior, já alertávamos que as concessionárias de saneamento estão submetidas a um verdadeiro "*modelo de múltiplas chibatas*": Poder Concedente, agências reguladoras, Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), Tribunais de Contas e Ministério Público[xiii]. É o que a doutrina denomina *accountability overload*, compreendida por Marianna Montebello Willeman como a superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa, apta a comprometer a eficiência da gestão pública[xiv].

Na literatura estrangeira, Arie Halachmi descreve o paradoxo de que a pressão por prestação de contas, concebida para assegurar desempenho, acaba por prejudicá-lo, com atrasos, formalismo excessivo e desestímulo à inovação[xv], enquanto Jonathan Koppell demonstra que expectativas conflitantes, oriundas de diferentes fóruns de controle, minam a efetividade da organização controlada[xvi].

Nas concessões, o risco é evidente. Contratos de longo prazo, incompletos por natureza, são especialmente sensíveis à possibilidade de que cada instância revisite a mesma decisão com critérios distintos. E há um efeito ainda mais perverso: o regulador permanece formalmente responsável, mas passa a decidir conforme aquilo que imagina ser a preferência do controlador, de modo que, ao final, a multiplicação descoordenada de controles enfraquece a própria *accountability*, pois se torna difícil identificar quem efetivamente decidiu e quem deve responder pelos resultados.

Observe-se que o problema não está na pluralidade de controles em si, já que a redundância também pode ser virtuosa, mas na existência de demandas conflitantes entre as instâncias[xvii]. O argumento, portanto, não é por menos controle, e sim por controle coordenado.

E o Sistema Tribunal de Contas já começa a reconhecê-lo. O TCE/RJ, diante de matéria já decidida no mérito em mandado de segurança, deixou expressamente consignado ser "*forçoso reconhecer a ausência do critério de oportunidade para se prosseguir com o exame de mérito (...) evitando-se os efeitos adversos da sobrecarga/superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa (accountability overload), de forma a prevenir eventuais decisões conflitantes e resguardar a segurança jurídica*"[xviii].

É bem verdade que o mesmo Tribunal, em outra oportunidade, ponderou que "*a necessária deferência entre as instituições não pode ser sinônimo de submissão de uma perante a outra*"[xix]. Mas é exatamente esse o equilíbrio que aqui se propõe: deferência, sim; submissão, não.

E nem se diga que a primazia do Poder Concedente redundaria em impunidade nos municípios que não dispõem de estrutura técnica para fiscalizar suas concessões. Nesses casos, a resposta adequada é o controle da omissão do Poder Concedente e o fortalecimento da regulação de primeira ordem, aposta feita, por exemplo, pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) ao prestigiar entidades reguladoras independentes orientadas pelas normas de referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), e não a substituição do Poder Concedente pelo órgão de controle.

Diante desse cenário, a conjugação da reserva de administração com o combate ao *accountability overload* permite extrair do acórdão do TCE/ES algumas aplicabilidades de ordem prática: (i) o inadimplemento contratual sem dano ao erário deve ser enfrentado pelo Poder Concedente, com os instrumentos do contrato e da Lei nº 8.987/1995, e não por imputação direta à concessionária no processo de controle externo; (ii) a atuação do Tribunal de Contas deve recair, preferencialmente, sobre o Poder Concedente, por meio de determinações e monitoramento, como fez o TCE/ES; (iii) a responsabilização direta da concessionária exige a demonstração cumulativa de dano ao erário, nexo causal e dolo, fraude ou erro grosseiro, e não a mera constatação do inadimplemento; (iv) a Corte de Contas não deve redefinir escolhas técnicas e regulatórias do Poder Concedente ou da agência reguladora, tampouco alterar unilateralmente as cláusulas econômico-financeiras do contrato[xx]; (v) em matérias de competência compartilhada, devem ser privilegiadas soluções consensuais, como as conduzidas pela Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) do TCU, que já homologou acordos envolvendo concessões rodoviárias, aeroportuárias e ferroviárias, observando-se os fundamentos e parâmetros legais ao exercício do consensualismo[xxi] e (vi) havendo matéria já decidida por outra instância, é possível requerer o reconhecimento da ausência de oportunidade para o prosseguimento do exame de mérito, nos moldes do precedente do TCE/RJ.

Em outras palavras, a reserva de administração se presta a questionar o modo, a intensidade e a finalidade do controle sobre as concessões, e não a sua existência.

Para finalizar, respondendo à questão que dá título ao presente artigo, afirmamos que sim, é possível defender a reserva de administração para evitar a sobrecarga de fiscalização e controle nas concessões, desde que compreendida em sentido relativo, como primazia do Poder Concedente na fiscalização e na sanção contratual, e não como imunidade ao controle externo. Mais do que reduzir o controle, trata-se de torná-lo coordenado e eficaz, em benefício da segurança jurídica, da modicidade tarifária e, em última análise, do usuário do serviço público.

Por **Aldem Johnston Barbosa Araújo**, advogado de Mello Pimentel Advocacia. Membro da Comissão Especial de Saneamento e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/PE. Membro da Coordenação de Direito Público da Editora da OAB/PE. Pós-Graduado em Direito Público e **Ismar Viana**, Doutor em Direito Administrativo pela PUCSP. Mestre em Direito. Professor. Auditor de Controle Externo. Advogado. Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro Permanente do Conselho Consultivo da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil.

E-mails: aldem.johnston@mellopimentel.com.br e ismarviana@ismarviana.com.br

[i] O Sistema Tribunal de Contas brasileiro é o conjunto de órgãos de controle externo autônomos que auxiliam o Poder Legislativo na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública.
[ii] TCE/ES, Acórdão TC-1184/2025 – 2ª Câmara, Processo TC-0305/2025, relator conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, publicado em 19/01/2026 - Informativo de Jurisprudência nº 137.
[iii] Canotilho, J. J. Gomes, Direito constitucional e teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003; Piçarra, Nuno, A reserva de administração, O Direito, Lisboa, 1990.
[iv] Modesto, Paulo, Uso de reserva de administração e reserva de organização no STF, Consultor Jurídico, 30/07/2026, disponível em https://conjur.com.br/2026-jul-30/reserva-de-administracao-e-reserva-de-organizacao-na-jurisprudencia-do-stf/ acesso em 01/11/2026.
[v] STF, ADI 3.343/DF, Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2011; ARE 1.393.729/PR, Ministro Gilmar Mendes, julgado em 15/05/2023; RE 1.410.140/RJ, Ministro Dias Toffoli, julgado em 29/05/2023; Rcl 70.569/SP, Ministro Edson Fachin, julgado em 17/02/2025 e ARE 1.581.073/MT, Ministro André Mendonça, julgado em 25/02/2026, todos referidos por Modesto, Paulo, op. cit.
[vi] TCU, Acórdão 1825/2024 – Plenário.
[vii] STF, MS 40.087, Relator: Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática de 07/10/2025, mantida pela Segunda Turma em 2026.
[viii] Sundfeld, Carlos Ari e Câmara, Jacintho Arruda, apud Araújo, Aldem Johnston Barbosa e Correia, Marcelo Bruto da Costa, Tribunais de Contas podem recomendar e/ou determinar alterações em contratos de concessão?, Editora Digital OAB/PE, 04/03/2026, disponível em https://editoraoabdigital.org.br/tribunais-de-contas-podem-recomendar-e-ou-determinar-alteracoes-em-contratos-de-concessao/ acesso em 01/11/2026.
[ix] TCE/SP, Processo 006179.989.25-6.
[x] TCE/PE, Acórdão T.C. nº 1685/2026 – Primeira Câmara, Processo TCE-PE 24101335-5, Relator: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior.
[xi] TCE/PE, Acórdão T.C. nº 2019/2025 – Primeira Câmara, Processo TCE-PE nº 23100064-9, Relator: Conselheiro Eduardo Lyra Porto.
[xii] TCU, Acórdão 1460/2025 – Plenário. No mesmo sentido, Acórdão 8007/2025 – Primeira Câmara e Acórdão 3197/2026 – Primeira Câmara. Em sentido contrário, entendendo que o art. 28 da LINDB não modificou os requisitos da responsabilidade financeira por débito, Acórdão 1993/2025 – Segunda Câmara.
[xiii] Alves, Maria Fernanda Colaço, apud Araújo, Aldem Johnston Barbosa, Accountability overload: um risco para as concessionárias de saneamento, Editora Fórum, 09/11/2023, disponível em https://editoraforum.com.br/noticias/destaque/accountability-overload-um-risco-para-as-concessionarias-de-saneamento/ acesso em 01/11/2026.

[xiv] Willeman, Marianna Montebello, Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020.
[xv] Halachmi, Arie, Accountability overloads, in Bovens, Mark; Goodin, Robert E. e Schillemans, Thomas (eds.), The Oxford Handbook of Public Accountability, Oxford: Oxford University Press, 2014.
[xvi] Koppell, Jonathan G. S., Pathologies of accountability: ICANN and the challenge of "multiple accountabilities disorder", Public Administration Review, v. 65, n. 1, 2005, pág. 94-108.
[xvii] Schillemans, Thomas e Bovens, Mark, The challenge of multiple accountability: does redundancy lead to overload?, in Dubnick, Melvin J. e Frederickson, H. George (eds.), Accountable governance: problems and promises, Armonk: M. E. Sharpe, 2011; Aleksovska, Marija e Schillemans, Thomas, Dissecting multiple accountabilities: a problem of multiple forums or of conflicting demands?, Public Administration, 2022, pág. 711-736.
[xviii] TCE/RJ, Acórdão nº 90272/2023-PLENV, Processo TCE-RJ nº 229.118-8/23.
[xix] TCE/RJ, Acórdão nº 54496/2025-PLEN, Processo TCE-RJ nº 107.132-7/2025, Relator: Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento, em 12/11/2025.
[xx] Araújo, Aldem Johnston Barbosa e Correia, Marcelo Bruto da Costa, op. cit.
[xxi] Registre-se que a constitucionalidade da SecexConsenso é objeto de questionamento perante o STF.

Publicado em 16/11/2026

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

JOHNSTON, Aldem; VIANA, Ismar.

É possível defender a reserva de administração (*Vorbehalt der Verwaltung*) para evitar sobrecarga de fiscalização e controle (*accountability overload*) nas concessões?

Disponível em: www.licitacaoecontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.