

Tribunais de Contas podem recomendar e/ou determinar alterações em contratos de concessão?

O Sistema Tribunal de Contas é composto por 33 órgãos de controleⁱ, mas seu figurino constitucional é adaptado a partir do que a Carta Magna definiu para o Tribunal de Contas da União (TCU), conforme expressa dicção do art. 75 ao estabelecer que: *“as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”*.

Pois bem, à luz do texto constitucional, a expedição de recomendações e determinações por parte dos Tribunais de Contas tem como fundamento a competência para *“assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”* conferida pelo art. 71, IX.

Caso suas recomendações e determinações não sejam atendidas, o art. 71, X da CF/88 autoriza os Tribunais de Contas a sustarem, se não atendidos, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo.

Mas, e no caso dos contratos?

A Carta de Outubro não fez distinção entre contratos administrativos, contratos da administração, contratos estatais, contratos de concessão, etc. Ela simplesmente estabeleceu no art. 71, §§ 1º e 2º que, no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Poder Legislativo, que, por seu turno, solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis mas, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar o ato de sustação, o órgão de controle externo decidirá a respeito.

Especificamente sobre os contratos de concessão (tema do presente texto), Alexandre Aroeira Salles e Luís Henrique Baeta Funghiⁱⁱ enxergam no art. 71, IX da CF/88 um limitador à possibilidade de um Tribunal de Contas vir a fazer determinações e recomendações que, na prática, se consistiriam numa substituição da agência reguladora pelo órgão de controle externo, conforme se pode ver a seguir:

“A CF/88 não entregou competência para o Tribunal de Contas da União substituir ao administrador público, em especial, ao órgão regulador, para aplicar sua própria compreensão do que seria mais adequado ao interesse público em determinada atuação administrativa fundada em norma legal. O inciso IX do Art. 71 é expresso em autorizar ao TCU assinar prazo ‘para que órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade’. Isso significa que o TCU não pode fazer um crivo discricionário sobre se determinado investimento em concessão rodoviária é mais ou menos relevante que outro e, portanto, escolher no lugar do Poder Concedente qual a melhor medida a ser adotada. A lei expressamente entregou à agência

reguladora essa incumbência, por sua técnica e capacidade de planejamento de longo prazo.”ⁱⁱⁱ

Aliás, essa questão da substituição da agência reguladora pelo órgão de controle externo é o cerne do debate do chamado papel de “controlador de segunda ordem” dos Tribunais de Contas nos contratos de concessão, estando presentes na própria jurisprudência da corte federal de controle desde o início da experiência nacional em concessões, a partir do entendimento de que o controle exercido sobre entes reguladores em negócios jurídicos de longo prazo deve ser deferente, não visando a “estabelecer o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando verificar a ocorrência de ilegalidade ou de omissão da autarquia no cumprimento das normas jurídicas pertinentes”^{iv}. A autocontenção no controle de decisões regulatórias, espelhada no conceito de controle de segunda ordem, na prática evoluiu ao longo do tempo para o entendimento mais largo de que caberia ao controlador atuar de forma preventiva, para além do estrito controle de legalidade, na expedição de determinações preventivas e corretivas destinadas a “mitigar os riscos contratuais a fim de aumentar a eficiência” nos sistemas concedidos, o que, por sua vez, não resultaria em ingresso na competência das agências, mas em determinações para que o ente regulador aprimore os seus parâmetros regulatórios^v.

Como a questão do controle de segunda ordem se circunscreve com muito mais proeminência no TCU (que, como exposto, retrabalha os limites de tal conceito ao longo do tempo^{vi}), vamos trazer, a título ilustrativo, uma decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) que fazendo remissão expressa ao Acórdão 2302/12-TCU-Plenário^{vii}, se manifestou, nos autos do Processo nº 104.718-4/24, no seguinte sentido:

“(...) como órgão de controle de primeira ordem, a agência reguladora se coloca como a entidade pública mais conhecedora das informações da operação e desempenho dos serviços concedidos. Ademais, como cediço, cabe a atuação dos Tribunais de Contas em contratos de concessão na verificação de ilegalidades ou irregularidades na atuação das Agências Reguladoras, detentoras do controle de primeira ordem.”

Não é sem razão essa preocupação com eventuais ingressos do controle externo nos parâmetros regulatórios de primeira ordem dos contratos de concessão, pois, como destacado pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco em despacho técnico^{viii} que apresentou a análise consolidada e crítica da modelagem proposta para a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário naquele estado, a Corte de Contas deve necessária e obrigatoriamente observar a lógica sistêmica dos contratos de concessão:

“(...) um contrato de concessão guarda ínsito a ideia de delegação a particulares de uma atribuição do Poder Público. O contrato de concessão é, para além do produto da autonomia da vontade, um insofismável instrumento de regulação que abrange questões complexas, tais como regras sobre serviço adequado, política tarifária e direito dos usuários (...) Trata-se, por assim dizer, de algo completamente discrepante e transcendente se comparado com mero contrato

de obra pública, pois consubstancia-se em verdadeiro repositório de regras acordadas em torno de interesses que nelas, as regras, repousam pacificadas, ou melhor, equacionadas ante o acordo regulatório que o contrato encerra. É bem de ver que o concessionário e o Poder Concedente se unem por um propósito colaborativo insculpido na própria regulação contratual, partindo-se do estabelecimento translúcido de repartição de riscos. (...) muito embora a concessão de serviços seja atividade empresarial autônoma, isto não significa dizer que o concedente e concessionária estejam em polos afastados. A rigor, a contratualização do vínculo instala a obrigação de colaboração recíproca - não só no que respeita ao objeto próprio do contrato, mas também quanto a deveres laterais de conduta que precisam instruir a conduta das partes (...) a todo risco se associa um custo. Um arranjo concessório que atribua ao privado um plexo de riscos que ele, concessionário, não consegue avaliar e absorver, leva ao encarecimento da contrapartida que os particulares exigem para aceitar tal encargo (...) o contrato de concessão comum de serviço público é convoluto em várias camadas de interesses, de elementos e de variáveis que são precificados e sopesados por um ajuste de regulação - o contrato - que funciona numa lógica de implicações mútuas. Dessarte, entremostra-se-me algo feérico caminhar de costas para tal realidade, azumbrando os referidos contornos de implicações mútuas (...) em sede de concessão de serviço público, impende cuidar do todo, buscando-se a sua 'homeostase' sustentável, lés a lés; o que exige razoabilidade e consequencialismo na abordagem (...) Cumpre ao TCE/PE, neste átimo, respeitar, também, as filigranas e implicações essenciais dos contratos de concessão comum, de forma a não escorchar aspectos que dialogam com outros tantos. No ponto, o controle tem de observar a lógica sistêmica do contrato, de maneira a contribuir para que gargalos futuros não redundem em frustração de metas, como também em escarmentos que, de regra, atingem o usuário sob forma de efeito colateral (aumento de tarifas)."

Por sinal, o TCE/PE tem dois precedentes (já cobertos pelo manto do trânsito em julgado) sobre a atuação do controle externo em contratos de concessão que merecem ser destacados, tendo em vista a maturidade com que o Tribunal valorizou a primazia do estabelecido no contrato nas relações jurídicas de longo prazo, premiando a segurança jurídica.

No Acórdão T.C. nº 1503/2015 proferido nos autos da auditoria especial nº 1502023-0, o TCE/PE se deparou com um pedido da sua equipe técnica para que fossem determinadas alterações num contrato de concessão.

Apreciando tal pleito, a Corte de Contas pernambucana o rejeitou com base nos seguintes argumentos:

"As concessões, assim como as PPPs, são instrumentos por meio dos quais a Administração Pública delega ao setor privado a prestação de serviços públicos visando, de um lado, aperfeiçoá-los e, de outro, atrair recursos privados para construção de infraestrutura pública. Esse aspecto, inclusive, adquire particular relevo em países em desenvolvimento, como no Brasil, em que os recursos públicos são escassos. (...) Todavia, as concessões são avenças complexas e de longa duração que demandam vultosos investimentos, razões pelas quais a atração do capital privado reclama, fundamentalmente, segurança jurídica na

execução dos Contratos firmados com a Administração Pública. Neste sentido, os órgãos de controle devem ser bastante cautelosos nas hipóteses de serem suscitadas modificações supervenientes em Contratos de concessão e de PPP firmados com o Poder Público, notadamente num Estado carente como Pernambuco, em que, apesar da notória necessidade de expressivos investimentos, ainda possui um incipiente programa de concessões de rodovias e PPPs. (...) a possibilidade de modificação superveniente de Contratos de concessão deve ser feita com muita moderação para não ensejar insegurança jurídica e só deve ocorrer quando demonstrado forte prejuízo ao interesse da Administração ou dos usuários dos serviços, o que não me parece ser o caso. (...) a hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro constitui-se como cláusula econômica da concessão e, como tal, não pode ser modificada após a conclusão do Certame e celebração do Contrato sem a concordância da concessionária, como estabelece o art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/93. (...) Da leitura do Contrato de concessão, constata-se facilmente a inexistência de previsão de reequilíbrio em favor do Poder Concedente caso haja algum atraso nas obras sob responsabilidade da concessionária. A solução adotada pelo Contrato para tal hipótese é, claramente, a aplicação das sanções contratuais, previstas na cláusula décima primeira do Contrato e não a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Ora, conforme já dito acima, não é possível a alteração de cláusula econômica após a celebração do Contrato.”

Já no Acórdão T.C. nº 395/2019 proferido nos autos dos embargos de declaração nº 1509495-9 nº 1502023-0, o TCE/PE excluiu determinações contidas no Acórdão T.C. nº 1914/2015 (que foi proferido no processo TC nº 1408224-0) no sentido de alterar um contrato de concessão.

Como uma das determinações que restaram excluídas era no sentido de fosse inserida uma cláusula contratual estabelecendo o reequilíbrio econômico-financeiro e para a realização de revisão extraordinária do contrato, o Acórdão T.C. nº 395/2019 a afastou sob o seguinte argumento:

“(...) vislumbro nesta questão uma potencial violação aos princípios da vinculação ao edital e da ‘pacta sunt servanda’, da legalidade e da força vinculante dos contratos quando, no Acórdão embargado, determinou-se a inserção de cláusula contratual estabelecendo o reequilíbrio econômico-financeiro para ocorrência de tráfego acima do previsto em projeto. Por conseguinte, mais uma vez invocando a Autotutela, excluo do Acórdão a referida determinação”

No campo federal, após uma fase que conjugou crises em contratos de concessões licitados antes da crise econômica de 2014/2015 e ausência de parâmetros interpretativos seguros sobre os limites para a renegociação de contratos de concessão, o TCU instituiu órgão (SECEX Consenso) responsável por mediar processos negociais envolvendo agências federais e concessionários, o que resultou já em 45 processos submetidos a solução consensual, com 21 acordos já homologados através de Acórdãos do TCU^{ix}, destacando-se o setor de transportes (rodovias, aeroportos e ferrovias) como os de maior número de soluções consensuais.

A evolução das soluções consensuais a partir de 2023 demarca um novo paradigma para os parâmetros interpretativos de incidência do controle externo sobre os contratos de concessão, em que as soluções consensuais ganham primazia sobre as decisões unilaterais (seja das agências ou mesmo dos controladores) e o controle de segunda ordem abre espaço para atuação mediadora e colaborativa dos órgãos de controle externo nos contratos complexos de longo prazo.

Ante o exposto, respondendo ao questionamento do título, podemos dizer que: (i) a partir da leitura do art. 71, IX e §§ 1º e 2º da CF/88 não seria possível aos Tribunais de Contas expedir recomendações e/ou determinar diretamente alterações em contratos de concessão, embora, sob a jurisprudência vigente no TCU, haveria em sede de controle de segunda ordem a possibilidade expedição de determinações ou recomendações destinadas às agências reguladoras competentes em sede de controle preventivo ou corretivo – o que, por sua vez, finda por relegar a tal espaço de controle um acentuado viés subjetivo e carente de maiores parâmetros interpretativos; (ii) mesmo que se entenda que a conclusão do item “i” seja sujeita a diversas interpretações, como exemplificam a própria atuação dos órgãos de controle, não seria possível a alteração de cláusula econômica unilateralmente após a celebração do contrato de concessão via recomendação ou determinação de um Tribunal de Contas, de que resultam os esforços por construções consensualistas hoje em curso e (iii) mais uma vez se reconhecendo o largo espaço interpretativo deixado no item “i”, a modificação superveniente de contratos de concessão deve ser feita com muita parcimônia para não ensejar insegurança jurídica e só deve ocorrer quando demonstrado forte prejuízo ao interesse da Administração ou dos usuários dos serviços, privilegiando-se sempre as soluções consensualistas, quando possível.

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 **Marcelo Bruto da Costa Correia**, especialista em políticas públicas e gestão governamental do Ministério da Gestão e Inovação.

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

ⁱ Tribunal de Contas da União, os 26 Tribunais de Contas dos Estados, os 3 Tribunais de Contas dos Municípios (TCM/BA, TCM/PA e TCM/GO), os 2 Tribunais de Contas Municipais (TCM/SP e TCM/RJ) e do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

ⁱⁱ Salles, Alexandre Aroeira e Funghi, Luís Henrique Baeta, Substituição do Regulador pelo Controlador? A fiscalização do Tribunal de Contas da União nos contratos de concessão rodoviária, Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade, Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (org.), São Paulo: Almedina, 2020, pág. 296.

ⁱⁱⁱ No mesmo sentido, colham-se as lições de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara: “(...) o poder de intervenção do Tribunal de Contas nas atividades da Administração Pública encontra limites. Ele não é instância revisora integral da atividade administrativa, que seja competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais. Corte de Contas não é Conselho de Estado. (...) São três os fatores de restrição ao poder de comando do Tribunal de Contas. O primeiro tem a ver com os tipos de comando: o Tribunal não pode dar qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo direitos e deveres. O segundo fator diz respeito aos motivos do comando: o Tribunal só pode emitir comandos se constatar ilegalidades, não por outros motivos. O terceiro fator tem a ver com o objeto da fiscalização: o poder de comando do Tribunal só existe se a ilegalidade apurada for em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, mas não por conta de ilegalidades em outras matérias administrativas, examinadas no âmbito da ampla fiscalização operacional. (...) Se o Tribunal, analisando a atuação administrativa em qualquer campo, considera que tais ou quais melhorias podem ser feitas para torná-la mais eficiente, nem por isso produzirá atos de comando (...) apenas as ilegalidades podem ser motivo para a

emissão de comando do Tribunal de Contas.” (Sundfeld, Carlos Ari e Câmara, Jacintho Arruda, Competências de controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e limites, Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade, Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (org.), São Paulo: Almedina, 2020, págs. 21,22, 23 e 24)

^{iv} Acórdão n. 715/2008

^v Acórdão n. 283/2016 – TCU

^{vi} O tema foi objeto de análise por parte de um dos articulistas que subscrevem o presente texto em um artigo específico, a saber: Araújo, Aldem Johnston Barbosa. Tribunais de Contas podem exercer controle de segunda ordem nas agências reguladoras?, Conjur, 01.11.2024. disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-nov-01/tribunais-de-contas-podem-exercer-controle-de-segunda-ordem-nas-agencias-reguladoras/>, acesso em 25/01/2026.

^{vii} Que estabelece que “o TCU não deve substituir as agências reguladoras em seus atos discricionários”.

^{viii} Disponível em <https://www.tcepe.tc.br/internet/index.php/noticias/484-2025/setembro/8101-tce-pe-autoriza-concessao-de-agua-e-saneamento-e-faz-recomendacoes-a-compesa> acesso em 25/01/2026.

^{ix} <https://portal.tcu.gov.br/solucao-consensual>

Publicado em 06/03/2026

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

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. Tribunais de Contas podem recomendar e/ou determinar alterações em contratos de concessão?

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