

JOTA

TCU

TCU contra acordos em infraestrutura

É errado tratar TAC de investimento como acordo de colaboração

JULIANA BONACORSI DE PALMA

25/07/2017 11:31



O consórcio alega que teve problemas com as obras por causa das especificidades do empreendimento.

O acordo de leniência serve para robustecer o processo de investigação por uma dinâmica do tipo “moeda de troca”: informações e provas por benefícios (*acordo de colaboração*). A sua finalidade principal é sancionar. Totalmente diferente é o termo de ajustamento de conduta (TAC) celebrado para viabilizar uma licença ambiental, cuja finalidade é negociar o conteúdo da decisão administrativa final e, assim, viabilizar negócios (*acordo integrativo*). Outra figura, ainda, é o acordo que visa a substituir uma sanção administrativa ou seu processo por compromissos de investimento, como o TAC no âmbito da ANATEL (*acordo substitutivo*). Este tem por fim trazer melhorias aos mercados regulados por investimentos diretos

assumidos em compromissos. Os acordos substitutivos não têm finalidade sancionatória.

É errado, portanto, tratar TAC de investimento como acordo de colaboração ou, pior, aproximá-lo de sanção administrativa. O Tribunal de Contas da União (TCU) incorre exatamente nesse erro ao suspender TAC celebrado pela ANATEL. Repudia-se qualquer negociação mais efetiva entre Poder Público e particulares porque isso seria pura captura.

Um dos problemas das telecomunicações é o alto valor do passivo de multas não recolhidas. Segundo o *Relatório Anual 2015* da ANATEL, somente 24,1% das multas constituídas em 2015 foram recolhidas, totalizando R\$ 39,1 milhões. 64,67% das multas aplicadas entre 2000 e 2015 foram recolhidas, mas o montante corresponde a apenas 14,01% do total devido – reles R\$ 705,4 milhões. Isso significa que R\$ 4,3 bilhões não foram arrecadados no período. As multas mais altas estão judicializadas. O Judiciário suspendeu 1,47% das multas no período, o que pode sugerir baixo impacto judicial no *enforcement* da Agência. Porém, somadas, o valor das multas suspensas judicialmente equivale a 45,86% do valor total, ou seja, R\$ 2,3 bilhões. As demais estão inscritas no Cadin ou na Dívida Ativa da União: nada menos que R\$ 1,98 bilhão, segundo o mesmo *Relatório Anual 2015* da ANATEL. Há sério problema de *enforcement* no setor.

Outro ponto importante: dos R\$ 20 bilhões arrecadados pelo FUST, incluindo os valores de multa, pouco mais que 1% se convolveram em investimento. A LOA/2015 (Lei nº 13.115/2015) autorizou dotação de R\$ 7,5 milhões para o setor de telecomunicações em 2015, contingenciado em 43,2%. O panorama tem levado a reações institucionais. Uma foi a liminar em ação civil pública da OAB para determinar a destinação dos recursos da FISTEL apenas às finalidades do fundo (Processo n.º 65319-70.2016.4.01.3400, 5ª Vara Federal). Outra, a apresentação de projetos para afastar o contingenciamento dos fundos de telecom (PL 3041/2015 e PL 7236/2017).

É nesse cenário que os acordos substitutivos nos setores regulados se inserem. Trata-se de *instrumentos de compromisso de investimento*, bilateralmente definidos entre regulador e regulado em processo de negociação de obrigações. Só o valor de referência do TAC da Oi é de R\$ 1,18 bilhão e o da Telefônica é de R\$ 2,86 bilhões. Segundo o próprio TCU, há 37 pedidos de celebração de TACs na ANATEL, envolvendo multas de R\$ 9,1 bilhões.

Não cabe ao controlador suspender acordos substitutivos pelo simples fato de discordar do seu conteúdo ou desconfiar da negociação. É ilegítimo o uso de presunções para analisar a validade dos acordos. O controlador tem um importante papel a cumprir para garantir a *regularidade procedimental* do pacto, zelando para que este se desenvolva no curso de um processo administrativo e pela efetiva motivação dos compromissos. Substituir regras por presunções e suspender acordos de investimentos é fonte de insegurança jurídica – isso sim afasta investimentos no Brasil.

JULIANA BONACORSI DE PALMA – Professora da FGV Direito SP. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP e LL.M. pela Yale Law School.