

TC 023.481/2018-8**Tipo:** Representação com pedido de cautelar.**Unidade Jurisdicionada:** Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) e Telecomunicações Brasileiras S. A. (Telebras).**Responsável:** Gilberto Kassab (CPF 088.847.618-32), Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações; Jarbas José Valente (CPF 184.059.671-68), Presidente da Telebras.**Procurador:** não há.**Representante:** Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM).**Proposta:** Conhecimento, deferimento do pedido de cautelar e oitiva.**INTRODUÇÃO**

1. Trata-se de representação com pedido de cautelar formulada pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTelebrasil), em face de possíveis irregularidades na contratação da empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras) pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) para a prestação dos serviços destinados ao programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac), por meio do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sendo esse instrumento objeto de pedido de anulação pelo representante.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. A presente representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, bem como terem sido identificados indícios de que procedimentos realizados pelo MCTIC e pela Telebras possam resultar em dano ao erário ou irregularidade grave.

3. A representação também atende ao requisito de admissibilidade previsto no §1º do art. 113 da Lei 8.666/1993, c/c o inciso VII do art. 237 do Regimento Interno do Tribunal, por ter sido postulada por pessoa jurídica, contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações, ao solicitar a “invalidação” do referido contrato “de modo a estancar manifesta violação ao dever de licitar previsto pelo art. 37, XXI da Constituição Federal” (peça 1, 27).

4. Na sua petição, o representante alega que os critérios adotados pelo MCTIC para caracterizar a contratação direta da Telebras por inexigibilidade não estão compatíveis com a realidade e as condições do mercado, de forma que o processo de contratação foi direcionado indevidamente à empresa estatal e sem justificativa plausível, em uma situação em que deveria haver processo licitatório com a oportunidade de participação de diversas empresas do setor de telecomunicações.

5. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução-TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade, pois há elevada materialidade no contrato assinado entre a Telebras e o MCTIC, R\$ 663,5 milhões, e possível prejuízo decorrente da não seleção da proposta mais vantajosa para a administração, bem como risco de inexecução

contratual com grave impacto ao fornecimento de banda larga em escolas, postos de saúde e órgãos públicos.

6. Assim, diante da legitimidade do representante, da competência do TCU, e da existência do interesse público, propõe-se conhecer da representação, nos termos do inciso VII do art. 237.

EXAME SUMÁRIO

7. Antes de endereçar a questão do exame sumário da presente representação, é necessário analisar o tipo de petição apresentada ao Tribunal e as condições que levaram à abertura do presente processo.

8. No documento encaminhado ao TCU, o representante se refere diversas vezes à sua manifestação como sendo uma “denúncia”, nomenclatura essa que, em uma avaliação superficial do documento, ensejaria a restrita aplicação dos artigos contidos na subseção III, do capítulo III do Regimento Interno do TCU, que normatizam a análise de denúncias encaminhadas ao TCU.

9. Ocorre que, ao aprofundar a leitura e os argumentos trazidos pelo representante, verifica-se que a sua argumentação se baseia essencialmente nos dispositivos que regem a lei de licitações, a saber (peça 1):

SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL — SINDITELEBRASIL (...) **vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no art. 113, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93**, nos arts. 53 a 55 da Lei Federal nº 8.443/1992, e 234 a 236 do Regimento Interno desta Corte (...) apresentar denúncia de ilegalidades (...)

(...)

11. O objetivo da presente denúncia não é questionar a correção da decisão política de alteração de diretrizes e ampliação de metas do programa de fomento de acesso à internet banda larga. O objetivo da presente denúncia é questionar a postura do MCTIC, uma vez que, independentemente da Norma Geral do GESAC, **o que a iniciativa privada naturalmente esperaria do MCTIC seria a instauração de um procedimento de licitação para atendimento desta nova demanda, nos termos do art. 37, XXI da Constituição Federal e da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 21 de junho de 1993, a fim que os serviços pretendidos pelo MCTIC pudessem ser oferecidos à iniciativa privada, garantindo um procedimento de contratação com a observância do princípio constitucional da isonomia, possibilitando a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa para a administração pública, ao mesmo tempo em que se promove o desenvolvimento nacional sustentável.**

(...)

14. Como visto, **esta nova contratação de serviços de banda larga nada mais é que a continuidade de outra já existente — em nada se relacionando com a contratação de satélite —, que por sua vez foi realizada nos termos estabelecidos da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.**

(...)

38. Corroborando as evidências de que a contratação direta da Telebras está eivada de vícios, **em claro descompasso com a Constituição Federal e com a Lei Federal nº 8.666/93 ora trazidas** (...)

Ao final, o Sindicato requer a procedência da presente denúncia, para que **seja determinada a invalidação do Contrato Telebras (doc. 06), com efeitos retroativos, de modo a estancar a manifesta violação ao dever de licitar previsto pelo art. 37, XXI da Constituição Federal.** Como consequência da invalidade, o Sindicato **requer a determinação para que o MCTIC realize licitação para a contratação dos serviços do GESAC.** (sem grifos no original)

10. Verifica-se que a argumentação apresentada se fundamenta no conteúdo disposto pela Lei 8.666/1993, de maneira que a entidade representante passa a obter, por força do art. 113, § 1º, da referida lei, competência para representar ao TCU, em consonância com o inciso VII do art. 237 do Regimento Interno do Tribunal, sendo aplicável ao processo o conteúdo da subseção IV do capítulo III desse regimento, que normatiza o processo de representação junto à Corte de Contas.

11. Diante do exposto, o documento contido nas peças 1 a 5 dos autos constitui elemento de um processo de controle externo do tipo representação com cautelar, conforme previsão no inciso VII do art. 237 do Regimento Interno do TCU.

12. Com relação ao exame sumário, trata-se de análise dispensável nos termos do art. 106 da Resolução-TCU 259/2014, visto que é representação formulada com base no art. 113, §1º, da Lei 8.666/93. No entanto, é importante ressaltar a elevada materialidade (o contrato questionado nos autos corresponde a R\$ 663,5 milhões de reais), a sua alta relevância (por meio do contrato está previsto o atendimento de 15.000 órgãos e entidades públicas) e a existência de significativos riscos de danos ao erário (conforme citado no exame de admissibilidade).

EXAME TÉCNICO

13. No dia 10/7/2018, o representante SindTelebrasil, sindicato que representa operadoras de telecomunicações, apresentou ao TCU pedido de: i) cautelar para a imediata suspensão do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 firmado entre o MCTIC e a Telebras; ii) invalidação do referido contrato; e iii) determinação para que o ministério realize licitação para a contratação dos serviços previsto no referido contrato e destinados a atender o programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) (peça 1, p. 27).

14. É importante mencionar também que o tema da presente representação já estava sendo acompanhado por esta unidade técnica do TCU, no âmbito do processo administrativo de produção de conhecimento TC 017.207/2017-7, com fundamento no 242, inciso II e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, c/c o item 1.3 do Anexo da Portaria-Segecex 14/2014. Foram expedidas diligências (TC 017.207/2017-7, peças 53 e 54) com o intuito de obter informações preliminares sobre o contrato em discussão e as questões relacionadas ao programa Gesac e ao chamado “Internet para Todos”, que corresponde a uma expansão do primeiro programa, conforme será explicado na próxima sessão.

15. Desse modo, o conteúdo apresentado na presente instrução tem como base as informações obtidas no processo de elaboração das diligências e nos documentos e dados recebidos a partir delas, além dos documentos que constituíram a abertura dos autos.

16. Antes de adentrar nos argumentos e fatos apresentados pelo representante, é necessário entender o histórico do programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) e o contexto atual em que se encontra.

I. Histórico e objetivos do Programa Gesac

17. O Programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) foi criado pela Portaria-MC 256/2002, apresentando como objetivo inicial a disseminação de meios que permitissem a universalização do acesso a informações e serviços do governo, por meio eletrônico. Esse programa visava originalmente oferecer conexão à internet para telecentros, unidades de saúde, escolas, pontos de fronteira, quilombos e aldeias indígenas. Sua prioridade era o atendimento a comunidades em estado de vulnerabilidade social de todo o Brasil, que não tivessem outras formas de serem incluídas digitalmente (TC 032.508/2017-4, peça 37, p. 19).

18. Ressalta-se que a prestação de serviço de acesso à internet por meio do Gesac conta com isenção de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), aprovada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) por meio do Convênio ICMS 141/2007.

19. Desde a criação do programa Gesac, o ministério (antes o antigo Ministério das Comunicações, que passou a ser o MCTIC) contratava os serviços de telecomunicações das operadoras existentes e, por meio dessa contratação, atendia as localidades e as entidades que se encaixavam no perfil do programa.

20. Em 2014, o ministério publicou a Portaria MC 2.662, de 13 de novembro de 2014, que atualizava as normas gerais do Gesac. Nesse ano, foram feitas as contratações no modelo descrito no parágrafo acima, conforme afirmação do próprio MCTIC (peça 22, p. 3):

O primeiro modelo de contratação, como tem se dado tradicionalmente, refere-se à contratação da União de conexões para instituições beneficiárias. Para esse caso, as empresas são contratadas por meio de processos administrativos previstos na Lei 8666/93. **No presente momento, vigoram seis contratos, sendo que cinco deles foram firmados em 2014 com o Consórcio Conecta Brasil II, formado por Embratel, Oi e Vivo. Esses contratos foram prorrogados até junho de 2019, a fim de não prejudicar as instituições hoje atendidas.** (sem grifos no original)

21. Logo, desde 2014 o programa Gesac vem sendo executado por meio de cinco contratos assinados com as operadoras citadas na transcrição e que esses contratos, cuja previsão de término era em junho de 2018, foram prorrogados até o final do primeiro semestre de 2019.

22. Em 2017, por meio da Portaria MCTIC 7.154, de 6/12/2017, o ministério aprovou nova norma geral para o Gesac fazendo alterações significativas no programa, de modo que, além do modelo citado acima, haveria uma segunda forma de prestação de serviços, que o MCTIC denominou como “Internet para Todos” (peça 22, p. 16):

49. O programa Internet para Todos é uma ampliação do GESAC, Programa Governo Eletrônico — Serviço de Atendimento ao Cidadão. Como tem sido realizado nos últimos anos, **o GESAC é responsável por conectar à internet escolas, hospitais, postos de saúde, aldeias indígenas, postos de fronteira e quilombos**, em áreas remotas que não têm outro meio de serem inseridas no mundo das tecnologias da informação e comunicação.

50. Constatando a insuficiência de atendimento a muitas localidades, apesar de todo o crescimento da cobertura da telefonia móvel nos últimos anos, **o MCTIC desenvolveu a proposta de uma nova modalidade de aplicação dentro do GESAC, que foi denominada de Internet para Todos, cujo objetivo é prover conexão às pessoas que vivem em uma localidade de um município.** Assim, formalmente, **trata-se da Portaria 7154/2017 que amplia as possibilidades de atendimento no âmbito do programa GESAC.**

(...)

É necessário enfatizar duas características que separam as duas formas. A primeira refere-se ao acesso à internet. **No caso do Gesac, em sua versão tradicional, o acesso franqueado a uma pessoa depende do tipo de instituição conectada.** Numa escola são os alunos em seus períodos de aula. Num posto de fronteira esse acesso é definido pelas atribuições desse posto. Numa unidade de saúde o uso é basicamente administrativo. **Já no Internet para Todos, o uso, posto que é um contrato ente uma pessoa e uma empresa, é livre e não depende de normatização do MCTIC.** A segunda característica que diferencia as duas modalidades é o financiador. **Enquanto no GESAC o contrato das conexões é feito pelo governo federal e pago com recursos do OGU, no Internet para Todos esse contrato é bancado pelo próprio contratante.** O Internet para Todos será implementado a partir de parcerias entre o MCTIC e municípios e executado por empresas credenciadas junto ao ministério. (grifos nossos)

23. Desse modo, o programa Gesac passou a ter duas frentes de trabalho:

a) uma, que chamaremos de “Gesac”, que consiste no fornecimento de conectividade à internet contratada e financiada pelo MCTIC, cujos destinatários são as instituições públicas, escolas e entidades de cunho social, assim como já vinha sendo feito historicamente, como mostra os contratos de 2014 com as operadoras do Consórcio Conecta Brasil II;

b) a segunda, que chamaremos de “Internet para Todos” (IT), que consiste no fornecimento de internet aos usuários finais das localidades remotas, sendo a conexão contratada e paga pelo próprio usuário, mas viabilizada pelas condições trazidas pelo “novo” Gesac, em conjunto com operadoras que se cadastrem no programa.

24. Ressalta-se que, conforme afirmação do MCTIC, os benefícios fiscais de isenção de ICMS previstos para o programa Gesac no Convênio ICMS 141/2007 são aplicáveis às duas modalidades citadas acima (peça 22, p. 18).

25. Além dos cinco contratos de 2014, o MCTIC possui mais um contrato vigente (MCTIC 02.0040.00/2017) para a prestação dos serviços do programa em discussão. Em 13 de dezembro de 2017, o ministério assinou o referido contrato com a Telebras destinado a transferir para a empresa estatal a prestação integral da parcela do Gesac, cujos contratos de 2014 terminam em 2019. A contratação da estatal possui vigência para os próximos cinco anos.

26. Sobre essa contratação, o MCTIC afirma (peça 22, p. 3):

13. O sexto contrato vigente refere-se **à contratação da Telebras por inexigibilidade, dado que era a única empresa a ofertar o produto solicitado.**

14. Ao longo de sua existência, **o programa GESAC vem passando por diversas transformações, que englobam desde mudanças nas tecnologias empregadas, passando pelo número e tipos de serviços ofertados, até chegar ao público alvo atendido.** Essas alterações são essenciais para que Programa Gesac se mantenha atualizado às necessidades de seu público alvo, garantindo eficiência e qualidade nos serviços oferecidos, viabilizando a necessária ampliação do seu escopo de atendimento. (grifos nossos)

27. Dessa forma, o ministério afirma que foram necessárias transformações no Gesac para atualizá-lo, tanto com relação à tecnologia utilizada quanto ao quantitativo do público alvo, de maneira que foram feitas mudanças nos seus requisitos técnicos e nas suas características. Essas atualizações, segundo o MCTIC na transcrição acima, resultaram em um serviço cujas características só poderiam ser atendidas pela Telebras, o que justificaria a contratação por inexigibilidade de licitação.

28. É exatamente sobre esse ponto que se estrutura a petição apresentada ao TCU pelo representante, dado que ele alega que o referido contrato com a Telebras deveria ser anulado por não estarem sendo atendidos os requisitos de inexigibilidade previstos em lei, de modo que a concorrência restaria prejudicada com a ausência de um devido processo licitatório para a prestação dos serviços do Gesac.

29. Para compreender melhor os requisitos de inexigibilidade adotados pelo MCTIC e questionados pelo representante, é necessária uma breve explicação do funcionamento dos serviços em discussão.

II. Características técnicas dos serviços satelitais destinados ao atendimento do Gesac e sua relação com a inexigibilidade adotada no Contrato MCTIC 02.0040.00/2017

30. Embora o ministério não tenha, inicialmente, limitado de maneira explícita a forma de atendimento (terrestre ou satelital) dos serviços do Gesac, pelas especificações contidas nos documentos que compõem o processo de contratação desse serviço, entende-se que, por se tratar de atendimento de localidades remotas, foi considerado o atendimento por meio de satélites.

31. Nessas condições, o ministério explica sobre as bandas de capacidade satelital e suas características, na Nota Técnica 27452/2017/SEI-MCTIC (peça 23, p. 2 a 6):

Necessária, neste ponto, uma breve explicação sobre as bandas de capacidade satelital. **Os satélites geoestacionários operam em variadas faixas de frequência tais como as bandas C, X, Ku, e mais recentemente a banda Ka (K above).**

(...)

A **banda C concentra grande parte dos tipos de comunicação tradicionais**, a exemplo do Trunking (operadoras de telecomunicações), Broadcasting (operadoras de televisão) e Networking. Esta banda opera com antenas receptoras grandes, tipicamente da ordem de 2,4 a 3,6m de diâmetro. O grande limitador da banda C, além do tamanho dos terminais, é a disponibilidade de banda de frequência, de apenas 500 MHz.

A banda X é usada especificamente para fins militares.

Para a **banda Ku**, as antenas receptoras possuem diâmetro de 0,6 a 1,8m e **operam principalmente no serviço de Televisão DTH (Direct to Home) e comunicação de dados com estações VSAT em aplicações corporativas (como é o caso do atual contrato GESAC)**. A limitação continua sendo a quantidade de banda de frequência disponível, de apenas 750 MHz. As taxas de transmissão das redes VSAT ofertadas comercialmente no mercado variam de 256 Kbps à 2 Mbps, de acordo com a aplicação e disponibilidade de recursos.

O mercado de comunicação via satélite está sofrendo uma revolução através da exploração da **banda Ka, principalmente para transmissão de dados e mais especificamente para conexões de acesso à Internet, não apenas do mercado empresarial e corporativo, mas também de usuários residenciais**, SOHO (Small Office Home Office), comunidades e afins.

Com grandes ganhos tecnológicos, alto desempenho e altíssima velocidade, essa tecnologia é atualmente explorada ao redor do mundo buscando a otimização de recursos e maior eficiência na transmissão de dados.

(...)

A banda Ka tem a vantagem de ser a única com capacidade para disponibilizar serviços com velocidades de transmissão muito elevadas.

(...)

Em decorrência, a banda Ka possui maior disponibilidade de banda de frequências, o que implica mais capacidade de transmissão de dados de internet, (...)

A consequência direta desse brutal aumento de capacidade em banda Ka é a redução do custo da capacidade de transmissão de dados no segmento espacial. Esse foi um dos fatores que fez com que essa tecnologia se espalhasse com rapidez pelo mundo nos últimos anos. (grifos nossos)

32. Assim, o ministério entende que a melhor forma de atender às necessidades do Gesac seria por meio de exploração de capacidade satelital em banda Ka. Continua sua análise afirmando (peça 23, p. 6):

Para prover esse serviço aos 6.500 pontos de acesso (escolas rurais), **necessita-se de uma capacidade mínima do satélite no enlace direto de 650 Mbps agregados, distribuído por todo o território nacional.**

(...) **Para atender esta necessidade, verifica-se que o único satélite com cobertura em todo o território nacional com capacidade de oferecer esse serviço é o Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas - SGDC, operado pela Telebras.** (sem grifos no original)

33. Dessa forma, o MCTIC conclui que, devido à necessidade de prestação dos serviços por meio da banda Ka e a exigência de que o fornecedor dessa capacidade satelital tenha cobertura em todo o território nacional, o único possível prestador de serviços do Gesac seria a Telebras, dado que a empresa estatal detém um satélite que atenda ambos os requisitos.

34. Essa análise e os argumentos acima foram objeto de questionamento pelo representante, entre outras supostas irregularidades, cujo conteúdo e suas respectivas análises serão apresentados a seguir.

III. Questionamentos e análises quanto às irregularidades identificadas nos autos

35. A petição do representante apresenta questionamentos essencialmente sobre três principais temas:

a) a legalidade do processo de contratação por inexigibilidade da Telebras para a prestação dos serviços do Gesac;

b) o benefício indevido a um concorrente específico do mercado privado, causado por decisão e atos do próprio poder público;

c) a possibilidade, ou não, de a Telebras prestar serviços de telecomunicações diante de suas competência legais.

36. O representante traz argumentos e questiona diferentes pontos relacionados à atuação do MCTIC, da Telebras, e do Programa Gesac. Ocorre que, ao analisar os documentos e os dados contidos nos autos, principalmente aquelas informações obtidas por meio das diligências feitas pela área técnica do TCU antes mesmo da abertura da presente representação, conforme TC 017.207/2017-7, peças 53 e 54, percebeu-se a necessidade de se aprofundar no tema, de forma que a presente instrução não está adstrita somente ao objeto e aos termos da representação apresentada (Acórdãos 2.522/2013-TCU-Plenário e 277/2014-TCU- Plenário).

37. Diante do exposto, serão descritos a seguir os argumentos apresentados pelo representante, os fatos identificados pela própria área técnica do TCU em suas diligências e as conclusões dessa equipe sobre os pontos abordados nos autos.

III.1. A LEGALIDADE DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DA TELEBRAS PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DO GESAC

III.1.1. Argumentação trazida pelo representante

38. O representante inicia a sua argumentação falando do escopo principal da sua manifestação (peça 1, p. 4):

11. O objetivo da presente denúncia não é questionar a correção da decisão política de alteração de diretrizes e ampliação de metas do programa de fomento de acesso à internet banda larga. O objetivo da presente denúncia é questionar a postura do MCTIC, uma vez que, independentemente da Norma Geral do GESAC, o que a iniciativa privada naturalmente esperaria do MCTIC seria a instauração de um procedimento de licitação para atendimento desta nova demanda, nos termos do art. 37, XXI da Constituição Federal e da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a fim que os serviços pretendidos pelo MCTIC pudessem ser oferecidos à iniciativa privada, garantindo um procedimento de contratação com a observância do princípio constitucional da isonomia, possibilitando a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa para a administração pública, ao mesmo tempo em que se promove o desenvolvimento nacional sustentável.

12. (...) A regra da licitação, a segurança jurídica e a confiança legítima que as operadoras de telecomunicações depositaram no MCTIC acabaram sendo frustradas, pois o MCTIC, ao arrepio dos princípios básicos regentes da atividade pública e, em conflito com as recomendações

exaradas pela Advocacia-Geral da União (...), inexplicavelmente decidiu pela rejeição sumária da licitação e, conseqüentemente, pela contratação direta com a Telebras, fundamentada numa suposta inexigibilidade de licitação. (grifos nossos)

39. Fica claro que o representante entende que o MCTIC se equivocou ao não realizar processo licitatório para a contratação de serviços de telecomunicações para executar os projetos previstos nas novas condições do Gesac.

40. A primeira argumentação apresentada é que o serviço de conexão à internet previsto no “novo” Gesac não possui nenhuma singularidade que justificasse a inexigibilidade da Telebras e a ausência de licitação.

41. Sobre esse argumento o representante alega que:

- uma evidência de que não há singularidade é que o próprio MCTIC confessa que essa contratação com a Telebras irá substituir a anterior, cujo contrato celebrado com o Consórcio Conecta Brasil II (peça 1, p. 5);
- essa nova contratação de serviços de banda larga nada mais é que a continuidade de outra já existente e que a natureza dos serviços prestados permanece exatamente a mesma — e não são singulares (peça 1, p. 5);
- tanto são os mesmos serviços que justamente a necessidade de substituí-los, frente ao recente vencimento do contrato vigente, foi utilizada para justificar a pressa do MCTIC nessa nova contratação (peça 1, p. 5);
- o sindicato não é o único a contestar a contratação mediante inexigibilidade de licitação, dado que a AGU, no Parecer 01363/2017/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU, datado de 7 de dezembro de 2017 (um dia antes da publicação da inexigibilidade da Telebras), enxergou problemas na contratação direta, recomendando que o MCTIC ajustasse o procedimento da contratação direta para que ele fosse considerado válido (...) (peça 1, p. 7);
- em uma leitura rápida da comparação dos instrumentos contratuais, os contratos de 2014 e o da Telebras preveem serviços extremamente similares de transmissão bidirecional de dados (internet banda larga), sendo que o contrato da Telebras é quatro vezes o valor dos anteriores (peça 1, p. 10);

Ressalta-se que análise acima foi resultado da leitura de que os contratos antigos tinham como objeto a prestação de serviços *"em regime continuado de transmissão bidirecional de dados, em âmbito nacional"*, no valor de R\$ 158.176.016,89 e que o contrato da Telebras tem como objeto a prestação de serviços *"em regime continuado de transmissão bidirecional de dados, em âmbito nacional"*, no valor de R\$ 663.575.000,00 (peça 1, p. 10);

- o parecer da AGU expressamente deixa clara a necessidade de justificar o elevado preço proposto pelo MCTIC (peça 1, p. 10).

42. A segunda argumentação apresentada é que não se sustenta a justificativa técnica utilizada pelo MCTIC para caracterizar a Telebras como única fornecedora.

43. Sobre esse argumento o representante alega que:

- fragilidades contratuais se tornam ainda mais críticas se considerada a grave falta de saúde financeira da Telebras (peça 1, p. 11);

- não é fidedigna a argumentação técnica do MCTIC de que só a Telebras tem capacidade de atender aos desígnios do Gesac por ser a única que detém “tecnologia da banda Ka em abrangência nacional”, dado que o serviço pode ser prestado igualmente com a combinação de outras bandas satelitais (peça 1, p. 18);
- o parecer da AGU afasta o entendimento de que somente a informação de “tecnologia da banda Ka em abrangência nacional” é suficiente para justificar uma inexigibilidade de licitação (peça 1, p. 19);
- o microssistema jurídico dos serviços de telecomunicações está erigido sob os princípios da livre, ampla e justa competição e que a exclusividade conferida à Telebras é manifestamente ilegal e cria reservas de mercado (peça 1, p. 20).

44. A terceira argumentação apresentada é a de que houve a atuação irregular do MCTIC ao conduzir o processo administrativo de decisão sobre o contrato de prestação do Gesac em suas novas condições.

45. Sobre o tema o representante alega que:

- a AGU criticou a contratação direta e criticou a postura apressada do MCTIC em requerer uma análise jurídica "com urgência" de contratação de elevada monta e importância (peça 1, p. 6);
- não houve tempo hábil para que o MCTIC avaliasse as ponderações feitas pela AGU antes da tomada de decisão e publicação da contratação direta com a Telebras, visto que o parecer da AGU foi assinado eletronicamente e disponibilizado à 01h52h do dia 8 de dezembro de 2017 e no mesmo dia, e apenas um dia após a publicação da Norma Geral do GESAC, sobreveio publicação também no Diário Oficial da União com o extrato de inexigibilidade de licitação (peça 1, p. 6);
- após a publicação do extrato de inexigibilidade, o MCTIC elaborou nota técnica em 13/12/2017 como uma clara “tentativa de amenizar o fato de ter tomado decisão contrária ao parecer da AGU”, mas que não analisou a fundo as recomendações do órgão opinativo e assinou no mesmo dia (13/12/2017) o contrato com a Telebras (peça 1, p. 9);
- o acordo contém cláusulas contratuais manifestamente ilegais, como o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões do MCTI para a Telebras, algo só admitido em situações excepcionais e que é contrário ao entendimento do próprio TCU (peça 1, p. 10);
- aparenta ter havido uma construção deliberada de singularidade para um serviço que nada tem de singular visto que o MCTIC, ao invés de definir o Gesac como o objeto contratual e, a partir daí, impor as exigências indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais, fez o caminho oposto, definiu o satélite da Telebras como objeto contratual e, a partir dele, incutiu o Gesac quase que acessoriamente (peça 1, p. 18).

46. Por fim, faz um quadro comparativo dos contratos de 2014 com o contrato da Telebras de 2017 para demonstrar as similaridades de objetos dos serviços e as vantagens obtidas pela estatal, conforme figura a seguir (peça 1, p. 10):

Figura 1 – Quadro comparativo entre os contratos de 2014 com operadoras e o novo contrato da Telebras

	Contrato Conecta Brasil Cidadão	Contrato Telebras
Objeto	“serviços em regime continuado de transmissão bidirecional de dados, em âmbito nacional, atendendo aos requisitos técnicos, níveis de qualidade de serviço e quantitativos descritos para os Lotes I a V”	“serviços em regime continuado de transmissão bidirecional de dados, em âmbito nacional”
Valor Global	R\$ 158.176.016,89	R\$ 663.575.000,00
Pagamento	Conforme prestação dos serviços.	Pagamento antecipado de R\$ 60.000.000,00 à Telebras
Prazo	48 meses	60 meses
Garantia de Execução	1% do valor da contratação (R\$ 1.581.760,17)	-
Prazo de início das instalações	90 dias	120 dias
Equipamentos	Cláusula 1.2 do Contrato detalha os equipamentos que deverão ser instalados em cada região do país	-
Propriedade intelectual	Cláusula 19 do Contrato detalha direitos intelectuais.	-

Fonte: peça 1, p. 10.

47. Assim, verifica-se que os argumentos apresentados pelo representante quanto à ilegalidade do processo de contratação por inexigibilidade da Telebras para a prestação dos serviços do Gesac podem ser consolidados em três principais pontos:

a) o serviço de conexão à internet previsto no “novo” Gesac não possui nenhuma singularidade que justificasse a inexigibilidade da Telebras e a ausência de licitação;

b) não se sustenta a justificativa técnica utilizada pelo MCTIC para caracterizar a Telebras como única fornecedora;

c) houve a atuação irregular do MCTIC ao conduzir o processo administrativo de decisão sobre o contrato de prestação do Gesac em suas novas condições.

III.1.2. Análise dos fatos e das irregularidades

48. É importante compreender o contexto e a forma pouco robusta com que o processo administrativo foi conduzido pelo MCTIC, dado que foram constatadas fragilidades no trâmite processual que levou à conclusão pela inexigibilidade.

49. Em 4/12/2017, apenas nove dias antes da assinatura do contrato entre o MCTIC e a Telebras, o MCTIC elaborou nota técnica afirmando que a contratação direta da estatal seria por dispensa de licitação (peça 29):

A sistematização da licitação, diante da importância do Texto Constitucional, é regida pela Lei nº 8.666/93 e suas alterações. **As hipóteses relativas à dispensa de licitação estão elencadas no art. 24.**

Em observância ao Decreto nº 7.175/2010 - (2457269), **considerando que a Telebras é integrante da Administração Pública, foi criado para um fim específico, a futura contratação foi fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666, de 1993, nestes termos:**

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (grifos nossos)

50. Em 8/12/2017, foi juntado ao processo do MCTIC o parecer da AGU. No documento, o órgão opinativo manifesta a sua insatisfação com rito processual do ministério, que pediu urgência na análise em um processo de tamanha complexidade e volume de recursos, deixando apenas um dia para o pronunciamento da AGU.

51. Causa estranheza e preocupação a postura adotada pelo MCTIC ao adotar e solicitar uma celeridade excessiva em processo cujo acordo (Contrato MCTIC 02.0040.00/2017) corresponde ao valor de R\$ 663 milhões e se refere à conectividade de milhares de entes públicos e organizações sociais. Análises feitas sem o seu devido tempo de maturação e estudo podem resultar em falhas que impactam a efetividade do programa Gesac e que causam dano ao erário.

52. O parecer da AGU deixa claro, entre outros pontos, a inaplicabilidade do critério inicialmente cogitado pelo MCTIC de dispensa de licitação (peça 25, p. 5):

Considerando que há menção na Nota Informativa n. 4068 (SEI 2458084) do possível enquadramento no artigo 24, VIII, da Lei n. 8.666, de 93, **registre-se que a Telebrás, ao que tudo indica, não foi criada com a finalidade específica objeto da presente contratação, o que afasta o referido comando normativo.** (grifos nossos)

53. Entendimento esse que o próprio MCTIC, em resposta a diligência pelo TCU, ratifica ao afirmar que “não se trata de dispensa baseada no art. 24 da Lei 8.666/93, mas sim de inexigibilidade, baseada no art. 25 da mesma Lei 8.666/93” (peça 22, p. 12).

54. Além disso, assim como apontado nas sessões anteriores, a AGU aponta diversas inconsistências e ausência de documentação comprobatória da aplicabilidade ou não da contratação direta da Telebras por inexigibilidade (peça 25, p. 5):

40. Todavia, **na hipótese dos autos, não foram evidenciadas as características singulares do bem/serviço (que deverão restringir-se àquelas essenciais à finalidade objetivada), nem tampouco esclarecimentos sobre a inexistência de bens similares compatíveis com o objeto da contratação, de forma que o gestor responsável deverá prestar as devidas explicações, sob pena de afastamento da alegada inviabilidade de competição, ensejando por consequência, a licitação.**

41. Considerando que o histórico das contratações do Programa Gesac remontam [sic] à deflagração de procedimentos licitatórios, conforme, inclusive, se verifica dos autos (TR - SEI 2135920), a presente justificativa se torna de caráter imprescindível (...) (grifos nossos)

55. O parecer enfatiza diversas vezes que, sem a devida comprovação da inexigibilidade, não comprovada até então, o processo de contratação da Telebrás seria eivado de irregularidades.

56. No mesmo dia da emissão do parecer, em 8/12/2017, horas depois foi publicado no Diário Oficial da União o Termo de Inexigibilidade de Licitação da Telebras. A excessiva celeridade permite concluir que houve mínima ou talvez nenhuma ponderação dos argumentos apresentados pela AGU.

57. Além disso, o extrato de inexigibilidade da Telebras é publicado quatro dias após a nota técnica defender que seria o caso de dispensa de licitação, contrariando a análise inicial da própria área técnica do MCTIC. Ressalta-se que, no período entre os dois atos contraditórios, não foram incluídos no processo eletrônico do MCTIC nenhum documento ou análise que apresentasse justificativas ou determinasse a alteração da mudança da contratação direta para inexigibilidade e não por dispensa, como havia sido analisado inicialmente.

58. O que causa ainda mais estranheza e preocupação é que ainda no dia 8/12/2017, ou seja, no mesmo dia da publicação do parecer da AGU indicando ser contrário à inexigibilidade até que fossem melhor comprovadas as suas condições e no mesmo dia em que foi publicado o termo de inexigibilidade, o MCTIC emitiu nota de empenho destinada à Telebras no valor de R\$ 60 milhões de reais como pagamento antecipado pelos serviços do Gesac.

59. A excessiva celeridade é evidenciada ao se observar que, entre a análise da área técnica que verificou os critérios de inexigibilidade (28/11/2017) até a efetiva contratação da Telebras (13/12/2017) passaram-se somente treze dias.

60. No dia 12/12/2017 o ministério emitiu uma nota técnica sucinta, de oito páginas, abordando superficialmente alguns dos pontos tratados pela AGU, na qual distorceu o posicionamento do órgão consultivo ao afirmar que a contratação poderia seguir em frente “considerando a posição da CONJUR [AGU] que viu base para o prosseguimento do processo” (peça 32, p. 2).

61. Em suma, identificam-se fragilidades no trâmite processual conduzido pelo MCTIC, visto que:

i) inicialmente iria contratar a Telebras por dispensa de licitação e depois mudou sua argumentação para inexigibilidade (indício de que o foco principal era contratar a estatal, independentemente da argumentação);

ii) ausência de documentos que analisassem de forma criteriosa e com tempo hábil os pontos colocados pela AGU em seu parecer;

iii) manifestação do MCTIC não fidedigna ao referido parecer, sendo omitido o fato de que a AGU foi desfavorável à contratação por inexigibilidade até que fossem feitos ajustes e mitigados riscos na contratação (algo que não foi cumprido); e

iv) excessiva celeridade injustificada da condução do processo de contratação do serviço do programa Gesac, podendo haver prejuízo à qualidade técnica da decisão tomada.

62. Além das fragilidades apontadas no trâmite processual, ao avaliar os fatos contidos nos autos foi possível identificar diversos indícios de irregularidades nos processos conduzidos tanto pelo MCTIC quanto pela Telebras com relação aos serviços previstos no Gesac. Em resumo, foram constatados:

a) ausência de pré-requisitos de qualificação técnica e financeira na contratação de empresa para o atendimento ao Gesac;

b) insuficiência de comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o preço de mercado;

c) ausência de elementos que comprovem a necessidade da obrigação de atendimento do Gesac por acesso satelital em banda Ka;

d) ausência de justificativa e motivação adequadas sobre decisão de adotar lote único, gerando restrição à competição e indevida inexigibilidade de licitação;

e) antecipação injustificada de R\$ 60 milhões em pagamento realizado antes da prestação do serviço e da assinatura do contrato;

f) risco de descumprimento de cláusulas contratuais pela Telebras, resultando em danos ao erário, e risco de inviabilidade da prestação dos serviços previstos no programa Gesac;

g) indícios de irregularidades na parcela do programa Gesac chamada de “Internet para; Todos”.

63. Esses indícios de irregularidades serão relatados com detalhes nas seções a seguir.

III.1.2.1. Ausência de pré-requisitos de qualificação técnica e financeira na contratação de empresa para o atendimento ao Gesac

64. O termo de referência dos contratos do Gesac de 2014 (ainda vigentes) trazia como requisito a comprovação, pelas licitantes, de qualificação econômico-financeira, a ser comprovada por análises e índices da saúde financeira da empresa, e qualificação técnica, que seria dada como atendida se a empresa demonstrasse já ter prestado anteriormente os serviços com “características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto” da contratação (peça 24, p. 16 a 20).

65. Ao avaliar o processo administrativo 01250.050436/2017-17 conduzido pelo MCTIC para a nova contratação de prestador do Gesac em 2017, observa-se que inicialmente os quatro primeiros termos propostos pela área técnica do ministério possuíam tais exigências (documento SEI MCTIC 2135920, 2244134, 2274551 e 2353339).

66. Ocorre que foi identificado que esses pré-requisitos, exigidos pelo ministério desde 2014, foram retirados do termo de referência do processo em andamento (SEI MCTIC 01250.050436/2017-17, documento 2453041) e o que causa mais estranheza é que essa retirada ocorreu no dia 3/12/2017, somente dez dias antes da assinatura do contrato entre a Telebras e o MCTIC para a prestação do programa Gesac.

67. Não foram encontradas nos autos motivações e justificativas para a retirada de tais critérios importantes para a garantia da prestação do serviço e para segurança jurídica do contrato.

68. Ao se analisar as condições da Telebras, empresa que acabou sendo contratada por inexigibilidade nesse mesmo processo do Gesac, verifica-se que se torna ainda mais essencial a avaliação de tais pré-requisitos e a devida motivação da retirada desses critérios do termo de referência.

69. Isso porque, com relação à capacidade econômico-financeira da Telebras, sabe-se que a empresa estatal tem apresentado sucessivos resultados deficitários desde a sua reativação, conforme já apontado pelo próprio TCU (TC 001.918/2017-6).

70. A única informação relacionada a esse requisito encontrada nos autos foi a certidão do Sicafe da Telebras (SEI MCTIC 01250.050436/2017-17, documento 2456507), que já alertava para um patrimônio negativo de R\$ 500 milhões da empresa. Não foram encontradas análises sobre esse documento ou qualquer outro tipo de avaliação econômico-financeira da Telebras.

71. Ressalta-se que a própria AGU, ao emitir seu parecer sobre o processo conduzido pelo MCTIC na contratação da Telebras, destaca “a necessidade de se comprovar que a contratada mantém as mesmas condições iniciais de habilitação, isto é, deve o interessado trazer aos autos as certidões necessárias que demonstrem este feito” (peça 25, p. 25).

72. Com relação à capacidade técnica e operacional da Telebras, diferentemente dos critérios previstos nos termos de referência de 2014 e inicialmente nos de 2017, desde a sua reativação a estatal nunca prestou o serviço de conexão satelital previsto no Gesac E, a despeito de o satélite que supostamente viabilizaria a operacionalização do Gesac já estar em órbita (SGDC), na data da assinatura do contrato, em 13/12/2018, a empresa sequer tinha solução definida de como iria operacionalizar o seu satélite e prestar o serviço (TC 022.981/2018-7, peça 14, p. 5 a 8).

73. A ausência de análise pelo MCTIC sobre tais critérios ou sobre a sua dispensabilidade pode afetar significativamente a segurança jurídica do contrato, trazer prejuízo ao erário (caso a empresa não consiga cumprir suas obrigações contratuais) e inviabilizar a prestação do serviço (deixando a população desassistida).

74. Além disso, percebem-se indícios de falta de isonomia de tratamento entre a Telebras e as demais prestadoras, já que os pré-requisitos foram historicamente exigidos delas e não foi exigido da Telebras.

75. O art. 27 da Lei 8.666/1993 prevê que, para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica e à qualificação econômico-financeira (incisos I, II e III), entre outros requisitos. Ademais, o art. 55 da mesma lei, em seu inciso XIII, prevê como cláusula necessária a todo contrato “a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

76. A jurisprudência do TCU, conforme Acórdão 891/2018-TCU-Plenário, relator Min. José Múcio Monteiro, estabelece que a exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

77. Diante do exposto, propõe-se realizar oitiva ao MCTIC e à Telebras para que se manifestem sobre a ausência de critérios para comprovação de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica do termo de referência do processo administrativo 01250.050436/2017-17 e sobre a ausência de análise dos referidos critérios ao assinar o Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, em desacordo com os arts. 27, incisos I, II e III, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU.

III.1.2.2. Insuficiência de comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o preço de mercado

78. Não foram identificadas nos autos pesquisas ou propostas de preços que pudessem balizar ou indicar a razoabilidade dos preços contratados com a Telebras.

79. A ausência de tais elementos também foi constatada pela AGU, em seu parecer sobre a contratação (peça 25, p. 16):

Assim, deverão ser juntados documentos e/ou informações que atestem que a proposta é compatível com o preço cobrado pela proponente de seus outros clientes, (v. g., cópias de contratos, extratos de inexigibilidade e/ou de empenhos, etc.) ou na sua impossibilidade, apresentar outros meios idôneos que cumpram tal finalidade.

Lembramos que os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, **motivo pelo qual é recomendável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para demonstração da razoabilidade dos preços, visando afastar eventuais questionamentos apontando para superfaturamento de preços, comprometendo a eficácia do ajuste.**

Deflui do processado, **ausência de realização de pesquisa de mercado perante outros fornecedores. Constam dos autos apenas solicitações de apresentação de propostas com prazo, s.m.j, muito exíguo (SEI 2299867; 2300328; 2300389 e 2307845). Demais disso, não se logrou encontrar a juntada da negativa de interesse e/ou apresentação de justificativa a respeito.**

(...)

No caso dos autos, **a justificativa do preço foi anexada na Nota Técnica (SEI 2431661) mas parece não atender satisfatoriamente às premissas aqui recomendadas. Necessário, pois, que o órgão a complemente, juntando documentos e/ou informações que atestem a compatibilidade da proposta apresentada com os preços cobrados de outros clientes (v.g., cópias de contratos, extratos de inexigibilidade ou de empenhos, etc.), ou na sua impossibilidade, apresentar outros meios idôneos que cumpram tal finalidade.**

74. Ainda, com fulcro no artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei n. 8.666/93, **recomenda-se definir e justificar os critérios utilizados para determinação do orçamento estimado.** Sobre o tema, oportuno lembrar que o custo estimado da contratação deve ser materializado por meio

de planilhas de custos e formação de preços que é parte integrante do termo de referência, nos termos do inciso XII do Art. 15 da Instrução Normativa nº 2, de 2008 (...) (grifos nossos)

80. Em diligência, a unidade técnica do TCU questionou quais estudos embasaram a estimativa de valor dos serviços do termo de referência e do contrato. Em sua resposta, o MCTIC alega (peça 22) que os preços foram resultado de duas atuações: um comparativo com o preço das empresas hoje contratadas no Gesac; e um comparativo com valores contratados por outros órgãos junto à Telebras. Ambos argumentos não são suficientes para a definição de preço de mercado pelas razões a seguir.

81. Os contratos atuais foram elaborados com base em preços de 2014, ou seja, preços calculados há quatro anos atrás. O próprio MCTIC afirma que “o mercado de comunicação via satélite está sofrendo uma revolução através da exploração da banda Ka” e “com grandes ganhos tecnológicos, alto desempenho e altíssima velocidade”. Dessa forma, além de decorrido um longo prazo de tempo em um setor cujas condições são modificadas rapidamente, os contratos antigos se referiam ao atendimento satelital por outras bandas que não a banda Ka.

82. Ora, se o MCTIC alega que há inexigibilidade na contratação da Telebras por ser a única a prestar o serviço em banda Ka no país todo, não pode achar razoável utilizar como comprovação de compatibilidade de preço de mercado o valor do serviço prestado em outras bandas, ainda mais com preços desatualizados em quatro anos.

83. A segunda comparação feita pelo MCTIC supostamente comparava o valor do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 com “valores contratados com a Telebras por outros órgãos”. A justificativa para tal atuação era que como ninguém possuía serviço semelhante ao da Telebras, foi feito um comparativo entre os próprios contratos da empresa.

84. Ocorre que, diferentemente do afirmado, verificou-se, na resposta do MCTIC à diligência, que se trata somente de uma “proposta” feita ao Governo de Rondônia e uma ao Ministério da Justiça (peça 22, p. 10). Ainda assim, mesmo que eventualmente essas propostas tenham se tornado contratos efetivamente assinados, por se tratarem de contratações diretas com o poder público sem licitação, não é possível garantir que o preço resultante seja razoável, assim como se verifica na elaboração do contrato em discussão na presente representação.

85. O MCTIC argumenta também que não pôde realizar uma pesquisa mais aprofundada visto que “as empresas que hoje fornecem os serviços, bem como outras procuradas pelo MCTIC, não fizeram contraproposta ao pedido encaminhado às empresas” (peça 22, p. 10).

86. O fato relevante que o ministério não apresentou nas respostas aos presentes nos autos é que o serviço de comunicação de dados satelital em banda Ka, nos moldes do Gesac, já é prestado no Brasil por diversas outras operadoras, embora não possua abrangência nacional.

87. A referida informação sobre a existência da prestação de serviços em banda Ka no Brasil por outras operadoras não apenas está disponível junto às operadoras de satélite no Brasil, como já se encontrava no âmbito das próprias análises e documentos da Telebras (TC 018.569/2013-7, peça 197). Tal fato foi inclusive apontado pelo representante em sua petição (peça 1, p. 18).

88. Rememora-se que a ausência de referência de preços foi apontada também pela AGU em seu parecer (peça 25, p. 20), ao afirmar que “reforça-se a necessidade da juntada aos autos de Planilha de formação de preços com os indicativos dos custos unitários de forma a atender as prescrições da Lei 8.666/93”.

89. Desse modo, entende-se que não foi devidamente comprovado que o preço acordado com a Telebras é compatível com o mercado.

90. A necessidade de haver compatibilidade entre o preço contratado pela administração pública e os preços de mercado mesmo em casos de contratação direta por inexigibilidade está

prevista no art. 3º, art. 7º, § 2º, inciso II, e art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993, além de ser corolário do princípio da economicidade previsto no art. 70 da Constituição Federal, consoante se averigua na jurisprudência do TCU, conforme Acórdãos 2.380/2013-TCU-Plenário, Relatora Min. Ana Arraes, 2.724/2012-TCU-2ª Câmara, Relator Min. Marcos Bemquerer, 2.673/2011-TCU-Plenário, Relator Min. Aroldo Cedraz, 1.971/2010-TCU-Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, entre outros.

91. Diante disso, propõe-se oitiva ao MCTIC e à Telebras para que, com relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, se manifestem sobre a insuficiente comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o preço de mercado, em desrespeito aos arts. 3º, art. 7º, § 2º, inciso II, e art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao princípio da economicidade previsto no art. 70 da Constituição Federal e à jurisprudência do TCU.

III.1.2.3. Ausência de elementos que comprovem a necessidade da obrigação de atendimento do Gesac por acesso satelital em banda Ka

92. Identificou-se que, ao invés de prever uma contratação e um termo de referência que focasse na prestação do serviço de comunicação de dados em si, independentemente da tecnologia utilizada nessa conexão (ainda que mantidos os padrões de qualidade), o MCTIC focou em especificar o meio para o atendimento ao fim desejado, ou seja, acesso satelital em banda Ka em nível nacional. Tal decisão resultou em uma situação que restringiu indevidamente a prestação do serviço direcionando a contratação para a Telebras, criando uma condição artificial de inexigibilidade em sua contratação.

93. No processo administrativo MCTIC 01250.050436/2017-17, verificou-se que a primeira proposta do Gesac em 2017 aceitava qualquer forma de atendimento à finalidade de prestar os serviços de conexão de dados e acesso à internet, chamados de SCM (peça 27, p. 35):

5.3. As especificações contidas neste Termo de Referência possibilitam que empresas do mercado de telecomunicações possam participar desta licitação, ofertando diversos tipos de soluções, com diversos tipos de tecnologia, desde que essas estejam enquadradas na definição de SCM. (sem grifos no original)

94. Observa-se que tal diretriz foi derrubada em 13/9/2017 por meio de uma análise sumária e sem comprovação de estudos ou evidências que a embasassem, sendo feita a partir de memorando contendo oito breves parágrafos, elaborado pelo diretor do departamento de inclusão digital. Embora contraditoriamente inicie sua manifestação afirmando “que não deve haver limitante para o tipo de tecnologia”, o dirigente conclui (peça 28):

Dado que a maior parte de nossos pontos estão em áreas remotas, cujo atendimento hoje não é possível por tecnologias terrestres, como se observa nas soluções dos contratos em vigor, **entendo que de imediato as soluções satelitais se imporão. Também se imporá o atendimento por meio de banda Ka, já que supõe-se que esse atendimento é mais barato que o por meio de banda Ku.** (sem grifos no original)

95. Somente em 28/11/2017, quinze dias antes da contratação da Telebras, o MCTIC incluiu no processo administrativo nota técnica que apresentasse alguns argumentos para tal diretriz (peça 23, p. 2 a 4):

A nova proposta de contratação incorpora alterações importantes em relação às contratações anteriores, quais sejam: a **ampliação nos quantitativos de pontos contratados**, para fazer frente às novas demandas, particularmente à “Política de Inovação Educação Conect@da”; o **aumento significativo da banda**, e a **consequente alteração da tecnologia necessária para o atendimento da demanda, para a banda Ka**; a **previsão de um único lote nacional**; a não especificação nos quantitativos de pontos com tecnologias terrestres; a supressão dos remanejamentos e introdução da possibilidade de desligamento de pontos.

(...)

Se fizermos uma projeção de futuro e pensarmos que a demanda só tende a aumentar, não é razoável que as conexões hoje contratadas não o sejam em valores nitidamente superiores a 5 Mbps. Essa compreensão é reforçada inclusive pela solicitação apresentada pelo MEC. Por isso, entendemos como **necessária uma ampliação de banda nominal por ponto no valor de 10Mbps.**

Feita uma projeção, baseada nas estatísticas históricas de uso do programa GESAC, é possível concluir que o crescimento da demanda de velocidade representa uma constante, isto é, diante da evolução das diversas aplicações **há contínua necessidade de crescimento da velocidade de acesso, exigindo da futura contratada o fornecimento de uma solução que permita a escalabilidade da velocidade de acesso.**

(...)

A banda Ka tem a vantagem de ser a única com capacidade para disponibilizar serviços com velocidades de transmissão muito elevadas.

(...)

Para atender esta necessidade, **verifica-se que o único satélite com cobertura em todo o território nacional com capacidade de oferecer esse serviço é o Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas - SGDC, operado pela Telebras.** (grifos nossos)

96. Verifica-se que os argumentos para a exigência do atendimento por banda Ka satelital trazidos pelo MCTIC se concentram nos seguintes pontos: i) aumento da demanda do serviço, causada por uma combinação entre o aumento do quantitativo de pontos e a necessidade de mais velocidade; ii) a solução necessária para atender esse volume de dados só poderia ser obtida por meio da utilização de satélites em banda Ka.

97. Primeiramente, cabe destacar que, na análise apresentada, juntamente com as especificações técnicas contidas no termo de referência, o MCTIC já descarta o atendimento de localidades por meio terrestre, admitindo somente conexões satelitais.

98. Não consta no processo administrativo do MCTIC nenhum estudo ou evidência que comprove que essas localidades só podem de fato ser atendidas por satélite. Não foram constatadas consultas às operadoras nem à agência reguladora do setor, a Anatel, solicitando informações que pudessem justificar a restrição do atendimento dos pontos do Gesac por satélite.

99. O MCTIC optou por adotar uma solução que pode ter o custo bem mais elevado do que o atendimento via terrestre, sem demonstrar por dados técnicos que não havia outra forma de atendimento desses pontos.

100. Em diligência, ao ser questionado sobre o modelo de contratação adotado (com a Telebras por meio de inexigibilidade) e sobre a demanda que resultou nessas características, o MCTIC respondeu (peça 22,p. 3 a 5):

(...) Assim, a conexão de **1 Mbps é insuficiente para garantir a boa qualidade demandada para as políticas públicas atendidas pelo GESAC.**

Além do fato de que a atual contratação não garante serviços nos níveis de qualidade pretendidos, deve-se mencionar a quantidade de pontos hoje atendidos. **A Política de Inovação Educação Conectada, lançada pelo MEC em novembro de 2017, prevê a contratação de conexões para mais 6558 escolas rurais. Ora, não é possível aditar um contrato de 6898 pontos em mais 6558 pontos, pelos limites impostos pela Lei 8.666/93.**

(...) No novo contrato com a Telebras, celebrado em dezembro de 2017, foi contratada a conexão de 15 mil pontos. Para o contrato atual, serão mantidos 4300 pontos dos contratos atuais e que mantém atividade. Esses pontos são os que mantém atividade conforme estabelecido na Norma Gesac.

Além dos 4300 pontos que serão migrados para o novo contrato com a Telebras, o MEC solicitou 6558 conexões para escolas rurais dentro da Política de educação conectada. 1041 destas já estavam conectadas nos contratos anteriores, o que significa que para essas as velocidades de conexão irão evoluir de 1 Mbps para 10 Mbps.

À época da contratação já haviam negociações com Ministério da Saúde e INSS para atendimento à programas de saúde indígena (1200 pontos) e repartições do INSS (2000 pontos). Também temos uma lista de demanda de perto de 2 mil telecentros. **Assim, somando o quantitativo imediatamente estabelecido às potenciais demandas, chega-se a essa faixa de 15 mil conexões.**

Saliente-se que **o Ministério da Saúde encaminhou pedido de alocação de 10 mil conexões e existem perto de 32 mil escolas em zona rural com equipamentos de informática, o que eleva o patamar de atendimento a perto de 50 mil pontos**, conforme estudos já realizados desde 2016.

101. Assim, a segunda argumentação apresentada é a de que há um aumento significativo da quantidade de pontos a serem atendidos.

102. Ora, o serviço de conexão de dados no âmbito do Gesac já vem sendo prestado há anos por outras operadoras. Com o fim dos contratos de 2014, previsto para ocorrer inicialmente em 2018 e recém prorrogados para 2019, o aumento do quantitativo de pontos seria resolvido pela própria previsão de ativação de mais pontos nos próximos contratos.

103. O MCTIC argumenta que esse aumento de quantitativo representa um problema se consideradas as condições dos contratos de 2014, pois o aumento demandará mais banda, o que seria ainda mais agravado pelo aumento das velocidades das conexões, que antes giraram em torno de 1 Mbps e agora seriam em torno de 10Mbps.

104. Fica claro que, ao invés de exigir somente as características do serviço demandado pelo Poder Público, como a qualidade da conexão e sua velocidade, o ministério está indo além do serviço em si e já está desenhando e, o que é mais preocupante, limitando a solução que os fornecedores devem adotar.

105. Entende-se que, se de fato o papel do ministério é promover o programa Gesac e permitir que ele conecte comunidades remotas, a preocupação do órgão deveria estar focada na viabilidade da conexão em si, e não na forma em que será implementada.

106. Agora, se a ideia do governo federal é ir além desse propósito e, por exemplo, estimular o uso do satélite da estatal Telebras, direcionando os seus contratos a ela, essa opção deve ser tratada de forma transparente e legal, sem que sejam adotados meios indevidos, como a restrição à competição com criação de situação artificial de inexigibilidade de licitação.

107. Soma-se ao exposto o fato de que é uma argumentação frágil dizer que a principal motivação para limitar o serviço (exigindo que seja por satélite em banda Ka) é o aumento da demanda e do quantitativo de pontos do Gesac. Isso porque, diante da atual situação de desequilíbrio fiscal do país, a quantidade de conexões de fato contratadas pode ser fortemente impactada. Um exemplo disso é citado pelo próprio MCTIC (peça 22,p. 3 a 5):

O antigo Ministério das Comunicações contratou 6898 pontos em 2014. **Houve a iniciativa de ampliar em perto de mil pontos, mas isso não foi feito por restrições orçamentárias.** (sem grifos no original)

108. Ressalta-se que, independentemente da tecnologia a ser adotada, contatou-se que o ministério apenas menciona o quantitativo de pontos a ser contratado mas não demonstra esses valores por meio de estudos e previsões fundamentadas. Ressalta-se que a ausência desses dados também foi apontada no parecer da AGU (peça 25, p. 20), que afirmou que “insta observar, ainda, a necessidade de constar no termo de referência a justificativa da relação demanda X quantidade, tendo em vista que não se logrou encontrar nenhuma justificativa técnica e tão pouco apresentação lastro”.

109. Sabe-se que as justificativas para a inexigibilidade de licitação devem estar devidamente motivadas, com a clara demonstração de que a solução proposta, em termos técnicos e econômicos, é a única viável, consubstanciando a mais vantajosa para a Administração Pública, nos termos dos art. 3º, *caput*, e art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e em consonância com a jurisprudência do TCU. A esse respeito, ver os Acórdãos 1403/2010-Plenário e 952/2010-Plenário, ambos de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e Acórdão 792/2008-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler.

110. O art. 3º, inciso I do § 1º, da Lei 8.666/1993 também prevê a vedação de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

111. Assim, propõe-se realizar oitiva ao MCTIC e à Telebras para que, com relação ao contrato MCTIC 02.0040.00/2017, se manifestem sobre a possível irregularidade relacionada à inexigibilidade de licitação, sob justificativas indevidas que restringiram o número de competidores, em desacordo com o art. 3º, *caput* e § 1º, inciso I, e o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU.

III.1.2.4. Ausência de justificativa e motivação adequadas sobre decisão de adotar lote único, gerando restrição à competição e indevida inexigibilidade de licitação

112. O MCTIC optou por adotar, no termo de referência do processo administrativo 01250.050436/2017-17, contratação por lote único, ou seja, único fornecedor realiza a prestação de serviço em todo o território nacional. Tal decisão impediu que fornecedores com possibilidades de prestação de serviços de âmbito regional, mas não nacional, pudessem ser contratadas, reduzindo injustificadamente o número de empresas aptas a participar do acordo.

113. Ressalta-se que, diferentemente dessa condição adotada em 2017, os contratos atualmente vigentes, assinados em 2014, foram divididos em vários lotes, sendo permitido o atendimento do Gesac por meio de diferentes empresas pelo Brasil (peça 26, p. 2).

114. A argumentação para tal decisão em 2017 foi identificada no próprio processo administrativo do MCTIC que previa, originalmente, uma proposta de contratação dividida em lotes, havendo inclusive motivação para isso (peça 27, p. 33):

4.9. A **nova proposta de contratação**, refletida na minuta do termo de referência ora apresentada, incorpora alterações importantes em relação às contratações anteriores, quais sejam: a ampliação nos quantitativos de pontos contratados, para fazer frente às novas demandas; o aumento da garantia de banda; **a divisão do objeto em lotes com o objetivo de ampliar a competição, sem que haja perda da economia de escala**; a ampliação nos quantitativos de pontos com tecnologias terrestres; e a introdução do registro de preços para alguns lotes.

(..)

4.12. A disputa da licitação está dividida (...), para os quais nos valem os fatores de localização dos pontos, **buscando dividi-los de forma a ampliar a disputa para cada um dos lotes.** (grifos nossos)

115. Esse entendimento está em consonância com o disposto na Lei 8.666/1993:

Art. 23. (...)

§1º As obras, **serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.**

116. Também há jurisprudência no TCU nesse sentido:

a) Decisão 393/1997-TCU-Plenário, relator Min. Iram Saraiva:

"firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, §1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/1993, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, **com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade**".

b) Súmula TCU 247:

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade". (grifos nossos)

117. Entretanto, indo de encontro com o disposto nos normativos e na própria análise inicial feita pelo órgão, observa-se que a diretriz de contratação dividida em lotes no Gesac, foi alterada em 13/9/2017 por meio de uma análise sumária e sem comprovação de estudos ou evidências que a embasassem, sendo feita a partir de memorando contendo oito breves parágrafos, elaborado pelo diretor do Departamento de Inclusão Digital, (peça 28):

Uma das atuais dificuldades apresentadas na gestão do contrato GESAC refere-se ao fato de termos **diversos lotes, o que impede ou dificulta a migração de pontos entre regiões do país. Assim, considero mais adequado que seja estabelecido o atendimento em lotes nacionais.**

Apesar de compreender que a existência de maior competição em um possível lote litorâneo poderia permitir preços mais baixos para atendimento nessa região, bem como permitir a partir disso traçar um referencial para estabelecimento de estimativa de preços, considero que existem diferenças importantes entre custos de atendimento nessa região litorânea e no interior do país, notadamente na região Norte. Ao contrário do pretendido, a possível baixa competição em outras partes do país poderiam causar um desnível de preços, fazendo com que os custos de um ponto no lote nacional refletissem muito mais as regiões mais remotas, descartando-se o atendimento no litoral.

Como existem perspectivas claras de competição para todas as regiões do país, advindas de colocação em órbita de outros equipamentos, bem como da venda de segmento a ser feita pela Telebrás, entendo que esse será mais um motivo a fortalecer a tomada de preços em lotes nacionais. (sem grifos no original)

118. Da manifestação é possível observar dois aspectos: que o memorando reconhece a possibilidade de haver maior competição na divisão em lotes e que, ao ponderar brevemente os benefícios que justificariam prejudicar essa competição, usa termos como "possível" e "poderiam causar", sem que fossem apresentados fatores que evidenciassem tais análises.

119. Assim como ocorrido com a decisão pela exigência da banda Ka, relatada em sessão anterior dessa instrução, somente em 28/11/2017, quinze dias antes da contratação da Telebrás, o MCTIC incluiu no processo administrativo nota técnica que apresentasse alguns argumentos para tal diretriz, porém entre eles cita o próprio memorando (peça 23, p. 6):

O resultado, no entanto, mostra um valor basicamente uniforme em todos os lotes, representando ainda a baixa competição nesse mercado. Aliado a esse fato e conforme destacado no Memorando nº 13705/2017/SEI-MCTIC: "Uma das atuais dificuldades apresentadas na gestão do contrato GESAC refere-se ao fato de termos diversos lotes, o que impede ou dificulta a migração de pontos entre regiões do país."

51. Como já devidamente estressado nessa Nota Técnica, perto de 80% dos pontos a serem atendidos estão nas regiões Norte e Nordeste. **Isso remete claramente a pensarmos em soluções capazes de maximizar as possibilidades de atendimento para essas regiões. Ter pontos nas demais regiões em número fixo e inalterável (o que é consequência de definição de lotes regionais), prejudicará a execução do contrato, já que imagina-se que haja nos próximos anos um aumento de cobertura da rede terrestre principalmente nessas regiões, permitindo que o desligamento de pontos possa melhorar o atendimento no Norte e Nordeste.**

52. Deve ser salientado que o referido Memorando, ao propor a elaboração de Termo de Referência de alcance nacional, **trabalhava com a hipótese que haveria concorrência nessa escala, advinda da expectativa de que seria realizado um processo de seleção de empresas para aquisição de lotes que a Telebras colocou em disputa no seu chamamento público da capacidade em banda Ka do SGDC.** Isso permitiria a competição para todas as regiões do país, advinda da venda de segmento a ser feita pela Telebras, entendo que esse seria mais um motivo a fortalecer a tomada de preços em lotes nacionais. (grifos nossos)

120. Novamente, foram somente feitas afirmações sem que fossem apresentados estudos ou análises técnicas que pudessem tornar robusta a escolha por um único lote apenas.

121. A argumentação de que é importante a possibilidade de transferência de pontos entre regiões do país não é suficiente. Não foi analisado, por exemplo, se inserir no contrato a previsão de transferência de acessos de dados entre localidades no âmbito do país todo pode, ao contrário do afirmado pelo MCTIC, aumentar significativamente o preço do contrato, dado que se trata de uma previsão de alto custo operacional.

122. Resta a dúvida se a suposta economia feita ao prever a realocação de pontos no âmbito nacional seria, de fato, superior aos benefícios trazidos pela divisão do atendimento do país em lotes combinado com a possibilidade de aumento de pontos nas regiões norte e nordeste, citadas pela nota, caso necessário. Principalmente considerando que o contrato só prevê o pagamento dos pontos ativados e não dos previstos no edital.

123. Ressalta-se, para que seja possível ampliar competição da contratação dos serviços do Gesac, que há uma indispensável relação de dependência entre a divisão em lotes do edital e a possibilidade de atendimento dos pontos com outras bandas que não a banda Ka (assim como já vem sendo prestado desde 2014), possibilidade essa que também foi impedida pelo MCTIC, ponto já questionado na sessão anterior.

124. Outro elemento trazido aos autos que evidencia a inadequação da contratação por inexigibilidade da Telebras é a resposta do ministério à diligência feita pela área técnica do TCU. Quando perguntado quais seriam as medidas tomadas caso a Telebras não conseguisse operacionalizar os serviços prometidos, tendo em vista as ações judiciais em curso contrárias ao satélite da empresa estatal, o MCTIC afirmou (peça 22, p. 12):

Contudo, caso haja uma situação extrema de impossibilidade de seguimento do contrato 02.0040.00/2017, podemos **prorrogar os contratos atuais até junho de 2019 e realizar novo processo licitatório, tendo como novo objeto a ampliação de banda e de número de pontos.** Mas sem que se possa contratar capacidade como a pretendida. Ou seja, teremos que nos satisfazer com menor capacidade.

125. Ou seja, em caso de inviabilidade de prestação dos serviços pela Telebras, empresa essa que foi contratada diretamente sob o argumento de que seria a única a prestar os serviços previstos no Gesac, o MCTIC afirma contraditoriamente que o serviço (que era para exclusivo e só prestado pela estatal) continuaria a ser prestado por meio da prorrogação dos contratos de 2014 e que após esse prazo seria novamente licitado com ajustes na ampliação da banda e da quantidade de pontos.

126. Diante do posicionamento do ministério, que de certa forma ratifica os argumentos apresentados pela unidade técnica do TCU nas seções anteriores, resta a dúvida de porque não licitar desde já, com os devidos ajustes, a prestação desse serviço.

127. Em consonância com o disposto anteriormente, o representante, que fala em nome das diversas operadoras por ser o sindicato que as representa, cita dados técnicos que são indícios de que a combinação de outras formas de atendimento dos pontos, não se restringindo somente à banda Ka, permite que o serviço previsto seja prestado por outras operadoras mantendo as condições exigidas pelo MCTIC, porém com maior concorrência no processo decisório (peça 1, p. 18):

“a análise técnica não pode ficar adstrita às características de largura de faixa e velocidade de transmissão por ponto (e aos sistemas tradicionais de banda C e Ku). **Já existem sistemas de banda Ku em operação hoje sobre o Brasil, com capacidades superiores a 150 Mbps por transponder, e novos satélites serão lançados ainda em 2018, portanto antes do final do contrato atual do GESAC, o que permitiria uma solução mais competitiva com um mix de banda Ku e Ka.** Imperioso recordar, ainda, **que uma solução usando banda Ka nas regiões mais densamente povoadas**, onde já existem mais de quatro satélites em operação, totalizando mais capacidade do que a ofertada pelo SGDC, **e banda Ku nas regiões menos densas**, onde também existem mais de quatro satélites em operação sobre o Brasil com disponibilidade de banda hoje e para expansões no futuro, **poderia ser mais qualificada a prover o serviço demandado pelo GESAC**” (grifos nossos)

128. Diante do exposto, propõe-se oitiva ao MCTIC e à Telebras para que se manifeste sobre o indício de irregularidade relacionado à indevida definição de lote único nacional, ocasionando restrição à competição e inexigibilidade de licitação com direcionamento à Telebras, contrariando o disposto no art. 23, § 1º, da Lei de Licitações e na jurisprudência do TCU.

III.1.2.5. Antecipação injustificada de R\$ 60 milhões em pagamento realizado antes da prestação do serviço e da assinatura do contrato

129. Foram constatados nos autos a previsão e o efetivo pagamento de R\$ 60 milhões do MCTIC à Telebras, sendo que essa antecipação de dinheiro ocorreu em 8/12/2017, conforme nota de empenho (peça 30), e a assinatura do contrato se deu no dia 13/12/2017 (peça 31).

130. Chama atenção o fato de que, considerando que o contrato em discussão trata do montante de R\$ 663,5 milhões, foi antecipado um volume de recursos que corresponde a quase 10% do valor total do contrato previsto e que essa antecipação ocorreu antes mesmo do início da execução do contrato, o que causa estranheza ao se considerar que o contrato duraria ainda por mais 60 meses.

131. Diferentemente do ocorrido no contrato de 2017 com a Telebras, historicamente, os contratos do Gesac, inclusive aqueles ainda vigentes e assinados em 2014, previam o pagamento somente pelos pontos ativados (peça 26, p. 8). Não foi previsto qualquer tipo de antecipação de valores e tal opção não foi dada aos licitantes, conforme afirmação do próprio ministério em resposta a diligência (peça 22, p. 15). Sabe-se que tais condições, se ofertadas no momento da licitação, poderiam inclusive alterar o resultado e preços obtidos desse processo licitatório.

132. Nessa mesma resposta, o MCTIC justifica em apenas um sucinto parágrafo a motivação para a antecipação dos 60 milhões de reais à Telebras (peça 22, p. 15):

A motivação foi a possibilidade de adiantamento de recursos para o MCTIC por parte do MEC, no âmbito de execução da Política de Inovação Educação Conectada. Esses recursos deveriam ser executados ainda no ano de 2017. As negociações feitas pelo MCTIC com a Telebras levaram a uma redução significativa dos valores de conexão, conforme discutido na Nota Técnica 28481.

No presente caso, a diferença pode ser explicada por dois fatores principais: a escala, a quantidade de pontos contratados; e o valor do adiantamento. **Como se observa na sua proposta, a Telebrás**

apresentou a possibilidade de, em caso de antecipação de pagamento, garantir ao MCTIC banda necessária para o atendimento das demandas relacionadas ao projeto GESAC e fornecer desconto na ordem de aproximadamente 32% em relação ao valor da conexão proposto em caso de não adiantamento, passando o valor da conexão de R\$ 1.165,00 mensal para R\$700,00, o que trouxe esse impacto observado na comparação entre as diversas propostas analisadas. (sem grifos no original)

133. Assim, apresenta três razões: i) a necessidade de garantir junto à Telebras a reserva de banda do satélite; ii) a antecipação resultou em descontos no valor dos acessos previstos no Contrato MCTIC 02.0040.00/2017; e iii) a necessidade de executar o orçamento ainda em 2017 do Ministério da Educação (MEC).

134. O primeiro argumento, referente à reserva de banda não deve prosperar. Além de os serviços do satélite de Telebras ainda não estarem em funcionamento, o que reduz a velocidade de ocupação dele, não foi comprovada a necessidade de reserva, já que inexistente situação de excessiva demanda frente à capacidade satelital.

135. Pelo contrário, sabe-se que mais da metade da capacidade do satélite da Telebras está sendo espontaneamente cedida a terceiros privados por meio do acordo de compartilhamento de receita com a empresa Viasat (peça 3, p. 22), o que indica que não há uma situação de ocupação e disputa grande pela capacidade destinada a atender os serviços prestados pela Telebras.

136. Além disso, por meio de diversos documentos encaminhados pela própria estatal no âmbito do TC 018.569/2013-7, como o plano de negócios de seu satélite e os documentos que o embasaram, é possível constatar que historicamente a Telebras já havia previsto que o programa Gesac seria a sua principal demanda.

137. Isso significa que não há nenhum fato novo e imprevisto e também não há nenhuma demanda excessiva de clientes que possa justificar a emergencial antecipação de pagamento para reservar capacidade satelital ao Gesac.

138. Sobre o segundo argumento, de que os preços foram reduzidos devido à antecipação de valor do contrato, o tema foi questionado à Telebras em diligência. Em resposta a estatal afirmou (peça 33, p. 4):

Nesse cenário, **diante da necessidade de migração dos atendimentos atuais do programa GESAC para que o atendimento seja realizado diretamente pela Telebras**, um enorme investimento inicial em equipamentos e serviços seria necessário, situação que justificou a proposta apresentada pela Telebras ao MCTIC estabelecendo desconto no valor final dos serviços, **com o objetivo de possibilitar a antecipação de recursos viabilizando os elevados investimentos iniciais necessários para implementar de forma rápida e eficiente o elevado volume de ativações iniciais.** (grifos nossos)

139. A Telebras alega que a antecipação é justificada pelo alto investimento inicial a ser feito diante da migração dos atendimentos atuais.

140. Ora, a própria Telebras afirmou em resposta (peça 33, p. 3) que “a ponderação de riscos entre se construir primeiro a infraestrutura e obter contratos posteriormente, ou o inverso, ou seja, primeiramente obter contrato e somente após construir infraestrutura permeia constantemente a atividade empresarial da Telebras, assim como de todas as empresas cuja prestação de serviços é eminentemente dependente da construção de infraestrutura que lhe dá suporte”.

141. Assim, em consonância com o próprio posicionamento da Telebras sobre os riscos intrínsecos à atividade comercial, não fica clara a razão que justificaria o MCTIC assumir o risco e o ônus da Telebras ao antecipar o pagamento de R\$ 60 milhões para viabilizar os “investimentos iniciais” do serviço a ser prestado pela estatal.

142. Soma-se a isso o fato de que não foram juntados ao processo administrativo do MCTIC nem apresentados ao TCU elementos técnicos e evidências que comprovassem a necessidade de uma antecipação de valores nesse montante.

143. Além disso, causa estranheza a Telebras, independentemente de já possuir infraestrutura ou não, receber esse benefício inicial sendo que nenhum dos outros prestadores contratados até hoje no Gesac recebeu tal incentivo financeiro, o que é indício de ausência de isonomia de tratamento pelo MCTIC.

144. O último argumento fala da necessidade de executar o orçamento ainda em 2017. Sobre esse ponto, entende-se que antecipar, no primeiro mês, 10% do total de um contrato que deveria ser executado em 60 meses, parcela essa correspondente a R\$ 60 milhões, só para garantir que o ministério gastasse os recursos previstos para ele no orçamento daquele ano é uma medida imprudente e desproporcional.

145. Ora, a antecipação irregular de R\$ 60 milhões, quase 10% de um contrato, se torna uma ação ainda mais imprudente se considerada a atual situação fiscal precária do país. Ainda que o primeiro raciocínio dos ministérios seja de tentar já garantir aquele volume de recursos, já que a crise do Brasil pode não permitir que o tenham no orçamento do ano seguinte, tal atitude em nível macro, pode prejudicar a situação fiscal do país, como um todo, ao longo do tempo, dado que se estão antecipando pagamentos que deveriam ser feitos no prazo de cinco anos e de serviços que ainda sequer foram prestados.

146. Além disso, há indícios de irregularidade que apontam descumprimentos dos requisitos legais que justificam a antecipação de valores, pela administração pública, de serviços que ainda não foram prestados. Explica-se.

147. O pagamento antecipado pela administração pública por serviços ainda não prestados consiste em uma situação excepcional ao processo previsto nos dispositivos legais. A lei 4.320/1964 prevê:

Art. 62. O pagamento da despesa **só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.**

Art. 63. A **liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.**

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar; (Vide Medida Provisória nº 581, de 2012)

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A **liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:**

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - **os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.** (grifos nossos)

148. Fica claro que a regra geral é que o pagamento só poderá ocorrer depois da liquidação da despesa, condição essa que está condicionada à comprovação efetiva do serviço. Em consonância com a referida lei, verifica-se que a lei 8.666/1993 também traz diversos dispositivos que preveem a impossibilidade de antecipação como regra geral:

Art. 55. **São cláusulas necessárias em todo contrato** as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, **os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento**". (Grifo nosso).

(...)

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço**". (sem grifos no original).

149. Tal posicionamento legal é compatível com o disposto no art. 38 do Decreto 93.872/1986, que, além de determinar como regra geral a proibição do pagamento antecipado, estabelece algumas condições para os casos que constituem exceção à referida regra:

Art. 38. **Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço**, inclusive de utilidade pública, **admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato**, convênio, acordo ou ajuste, **segundo a forma de pagamento nele estabelecida**, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta. (grifos nossos)

150. Sobre a proibição de antecipação de pagamento de serviços à administração pública e as condições que estabelecem exceção à essa regra, é necessário deixar claro que o TCU tem uma vasta jurisprudência sobre o tema. Citam-se, como exemplos:

a) Acórdão 2565/2007 - Primeira Câmara, relatoria do Min. Aroldo Cedraz:

Relatório:

50. Como regra, **o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular**, por determinação do art. 62 da Lei nº 4.320/1964. **A antecipação de pagamentos é prática que deve ser rejeitada no âmbito do serviço público, para evitar beneficiamentos ilícitos e possibilitar a verificação do cumprimento do serviço contratado, antes do efetivo desembolso.**

[...]

53. Essa Corte de Contas já firmou entendimento no sentido de que **a antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pela Administração**, ocasião em que **deve ficar demonstrada a existência de interesse público**, obedecidos os critérios e exceções expressamente previstos pela legislação que rege a matéria, quais sejam, **existência de previsão no edital de licitação** ou nos instrumentos formais de adjudicação direta e **as indispensáveis cautelas e garantias**.

[...]

Acórdão:

9.2. determinar à (...) **que se abstenha de realizar pagamentos antecipados de fornecimento de materiais, de execução de obras e de prestação de serviços**, devendo os procedimentos de liquidação de despesa observar os ditames dos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, **exceto quando restar comprovada a existência de interesse público devidamente demonstrado**,

houver previsão nos documentos formais de adjudicação e forem exigidas as devidas cautelas e garantias;

b) Acórdão 534/2014 – Plenário, relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues:

Voto:

(...) Em princípio, a **jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de somente admitir a antecipação de pagamentos em situações excepcionais em que fica demonstrada a existência de interesse público, houver previsão no edital de licitação e quando forem exigidas as devidas garantias (Acórdãos 918/2009-Plenário, 3332/2012-Plenário, dentre outros arestos)**. No caso vertente, nenhuma dessas condições foi observada.

c) Acórdão 1565/2015- Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo

22. Quanto à **antecipação de pagamento observada, com efeito, a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de somente admiti-la em situações excepcionais e mediante as devidas garantias, para evitar expor a Administração, desnecessariamente, a riscos decorrente de eventual inexecução contratual**. Apesar de os gestores afirmarem que a compra foi protegida com seguro garantia, não foi apresentada documentação comprobatória do fato.

d) Acórdão 554/2017- Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo:

7.O voto de confiança dado pelo Sr. [omissis] à [empresa], **ao efetuar pagamento antecipado à empresa, não justifica o julgamento pela regularidade de suas contas**.

8.A **jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais em que ficar devidamente demonstrado o interesse público**, houver previsão editalícia e quando forem exigidas as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto, a fim de evitar expor a Administração, desnecessariamente, a riscos decorrentes de eventual inexecução contratual. (sem grifos no original)

151. Resta claro que o TCU entende que a antecipação de pagamento expõe desnecessariamente a administração pública a riscos decorrente de eventual inexecução contratual, de forma que só deve ocorrer em situações excepcionalíssimas e ainda assim somente se cumpridos os seguintes requisitos:

i) demonstrado o interesse público;

ii) houver previsão de tal pagamento nos documentos formais de adjudicação ou no edital de licitação;

iii) se forem exigidas as devidas cautelas e garantias.

152. Analisando o contrato entre a Telebras e o MCTIC e seu respectivo termo de referência, observa-se as seguintes cláusulas:

a) no contrato assinado (peça 31):

CLÁUSULA SÉTIMA – DA DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO

7.1. A **CONTRATADA se obriga a restituir o valor antecipado nos termos do item 14.4.2 do Termo de Referência**, corrigido monetariamente pelo (...), caso não cumprido em sua integridade o cronograma de instalação previsto na cláusula .8 deste contrato, sem prejuízo de multa e demais sanções previstas em lei.

7.2. Ao iniciar-se o cronograma de implantação (...), a empresa deve demonstrar tempestivamente a aplicação dos recursos adiantados, de forma a garantir que só são investidos para a prestação do serviço contratado.

b) no termo de referência do contrato (peça 34):

14.3. Da antecipação de pagamento:

14.4. Poderá haver antecipação de pagamento, **no interesse da Administração Pública, a fim de garantir acesso à capacidade satelital necessária ao atendimento dos Pontos de Presença previstos neste Termo de Referência, ou caso a antecipação garanta sensível economia de recursos à Contratante**, mediante atendimento das seguintes condições:

14.4.0.1. **Comprovação dos requisitos previstos neste item.**

14.4.0.2. **Garantia contratual de que a Contratada devolverá os valores antecipados**, caso não executado o objeto. (grifos nossos)

153. Assim, verifica-se que, formalmente, houve o atendimento ao item ii) acima sobre a previsão de tal pagamento nos documentos formais relacionados à contratação da Telebras, como o termo de referência.

154. Entretanto, é importante ressaltar que há uma inconformidade no fato de que tal previsão contratual de antecipação de receita não constava da versão do termo de referência que foi encaminhada para as demais prestadoras do mercado (SEI MCTIC 01250.050436/2017-17, documentos 2299867, 2300328, 2300389, 2307845, 2353387).

155. Assim, **embora formalmente tenha sido atendido o critério ii) dos requisitos exigidos para antecipação de valores, verifica-se que essa condição não foi ofertada a todos os possíveis interessados na condução do processo de contratação que resultou na inexigibilidade, um indício de ausência de isonomia de tratamento pelo ministério.**

156. Sobre o item i), o termo de referência indica que estaria caracterizado o interesse público devido à necessidade de garantir junto à Telebras a reserva de banda do satélite e ao fato de que a antecipação resultou em descontos no valor dos acessos previstos no contrato.

157. Diferentemente do que alega o termo de referência, já foi devidamente explicado no início da presente seção que não é cabível o argumento de que era necessário garantir uma reserva de capacidade, dado que inexistia situação de excessiva demanda frente à capacidade satelital e que a demanda do programa Gesac já estava prevista desde o início pela Telebras no plano de negócios do satélite.

158. A alegação de que o interesse público é identificado no fato de a antecipação de valores ser convertida em descontos também não deve prosperar pelas razões a seguir.

159. O MCTIC justifica a antecipação com somente a seguinte argumentação (peça 22, p. 15):

A Telebras apresentou a possibilidade de (...) fornecer desconto na ordem de aproximadamente 32% em relação ao valor da conexão proposto em caso de não adiantamento, passando o valor da conexão de R\$ 1.165,00 mensal para R\$700,00, o que trouxe esse impacto observado na comparação entre as diversas propostas analisadas.

160. Ou seja, diz que, com a antecipação dos R\$ 60 milhões, as conexões de 10Mbps (as mais utilizadas no Gesac) deixariam de custar mensalmente R\$ 1.165,00 e passariam a custar R\$ 700,00.

161. Ocorre que, para garantir que houve realmente um desconto significativo e que o preço final passou a ser competitivo e mais vantajoso para o MCTIC, seria necessária comprovação da equivalência dos preços contratados com a Telebras com o preço de mercado, algo que não foi evidenciado, como já amplamente explicado na sessão III.1.2.2 do presente relatório.

162. Além disso, verifica-se um indício de irregularidade na comparação de preços feita pelo MCTIC ao cotejarmos o suposto preço inicial (antes do desconto) de R\$ 1.165,00 dos acessos de 10 Mbps com o preço do contrato assinado para os acessos de 15 Mbps, que correspondem a R\$1.150,00.

163. Vê-se que o suposto preço original antes do desconto resultante da antecipação estava mais caro do que o preço dos acessos com maior qualidade e com 50% a mais de velocidade, que

naturalmente seriam mais caros, o que demonstra que o preço inicial para o acesso de 10 Mbps estava indevidamente superestimado, o que superestima o valor do desconto recebido consequentemente.

164. Do ponto de vista do MCTIC, há então um prejuízo ao argumento de haver interesse público na antecipação dos R\$ 60 milhões, dado que não há evidência de ganhos reais com o acordo. Não foi possível confirmar que os valores que embasaram a antecipação estão compatíveis com os valores reais do serviço e há indícios de que tais preços estejam distorcidos, superestimando o desconto dado e criando uma artificial vantagem econômica.

165. Além disso, do ponto de vista da estatal, conforme já mencionado no início da presente seção, não foram apresentados ao TCU o cálculo ou análises que demonstrem o ganho econômico para a Telebras de dar o desconto em troca do recebimento antecipado de recurso. Tampouco foram identificados elementos técnicos e evidências que comprovassem a necessidade de uma antecipação de valores nesse montante (peça 33, p. 4).

166. Ressalta-se que, a ausência dos elementos comprobatórios acima é contrária à jurisprudência do TCU que prevê que a inclusão de cláusula de antecipação de pagamento fundamentada deve ser precedida de estudos que comprovem sua real necessidade e economicidade para a Administração Pública, conforme Acórdão 1.826/2017-TCU-Plenário, relator Min. Vital do Rêgo:

27. A segunda irregularidade tratou da realização de pagamento antecipado à [sociedade simples omissis], sem que houvesse estudo fundamentado que comprovasse a real necessidade e economicidade da medida.

(...)

33. Essa antecipação, consoante concluiu a unidade técnica, não serviu para a ampliação da participação de possíveis empresas no certame, visto que se adotou a inexigibilidade, e também não redundou em economia para a administração.

(...)

48. Não restou demonstrado, nem na resposta à oitiva ou à audiência, que a cláusula de antecipação de pagamento foi precedida de estudos fundamentados que comprovasse a sua real necessidade e economicidade, mesmo que a título de mobilização (...)

(...)

9.3. dar ciência ao (...) acerca das seguintes ocorrências identificadas (...):

9.3.2. a inclusão de cláusulas de antecipação de pagamentos fundamentadas no art. 40, incisos XIII e XIV, alínea d, devem ser precedidas de estudos fundamentados que comprovem a sua real necessidade e economicidade para a administração pública. (sem grifos no original)

167. **Não foi evidenciado, portanto, o interesse público na antecipação dos R\$ 60 milhões, item i) dos requisitos exigido pelo TCU.**

168. O último dos três critérios exigidos pelo TCU para permitir a antecipação de valores em carácter excepcional se refere à existência das devidas cautelas e garantias que possam reduzir os riscos decorrente de eventual inexecução contratual.

169. Sobre as devidas cautelas, sabe-se que no contrato em análise há a cláusula 7.1 que obriga a Telebras a restituir o valor antecipado em caso de descumprimento do serviço previsto, Sabe-se também que no termo de referência está prevista, na cláusula 14.4.0.2, a “garantia contratual de que a contratada devolverá os valores antecipados, caso não executado o objeto”.

170. Entretanto, embora haja menção em cláusulas do contrato e do termo de referência, no processo administrativo conduzido pelo MCTIC e nas respostas às diligências (peças 22 e 33) não foram identificados elementos comprobatórios de que esse instrumento jurídico de garantia, seja do

contrato como um todo ou da garantia específica dos recursos antecipados, tenha sido assinado e executado.

171. Ressalta-se que há jurisprudência do TCU sobre o assunto:

a) Acórdão 7.487/2013-TCU-2ª Câmara, relator Min. Benjamin Zymler:

12. Diante desse fato, reputo indevida a aplicação de multa ao responsável, pois, **se houve ilegalidade no referido procedimento, esta não diz respeito ao pagamento antecipado de per si, mas sim à falta de exigência de garantias por conta da antecipação de pagamento, como exige o art. 38 do Decreto 93.872/1986 e a jurisprudência do Tribunal.**

13. [...], entendo adequado, com relação ao presente fato, a expedição de ofício de ciência ao Município de Laranjal do Jari/AP, **de forma a evitar irregularidades semelhantes em futuros ajustes firmados com o uso de recursos federais.**

Acórdão:

(...)

9.9. dar ciência ao (...) que foi identificada, no Contrato [...], **a existência de cláusula prevendo a antecipação de pagamento, sem que fossem previstas garantias contratuais específicas e no montante do valor adiantado, o que contraria o art. 38 do Decreto 93.872/1986 e a jurisprudência deste Tribunal;** (grifos nossos)

b) Acórdão 2.353/2017-TCU-Plenário, relatora Min. Ana Arraes:

79. No entendimento da equipe, **a garantia contratual, prevista na Cláusula 24ª, não se prestaria a cobrir o risco excepcional das antecipações de pagamentos, pois estaria relacionada com o risco normal de inadimplemento e serviria para cobrir eventuais danos decorrentes da inadimplência,** tais como os custos de uma nova licitação, os danos a terceiros e os lucros cessantes. Logo, seguindo este entendimento, **as garantias prestadas no caso de bens deveriam ser nos valores integrais dos pagamentos antecipados, e não apenas no valor que excede a garantia contratual, já que se trataria de novo risco assumido pela administração.**

80. Situação semelhante foi verificada nas obras (...) (TC 008.951/2013-6). Naquele processo, analisou-se cláusulas contratuais análogas no que diz respeito à exigência de garantias. A partir da citada análise, concluiu-se pela proposta de **dar ciência à (...) de que a não exigência de garantias específicas para adiantamentos de pagamentos no montante do valor adiantado, contraria o art. 38 do Decreto 93.872/1986 e a jurisprudência desta Corte.** Tal conclusão subsidiou a prolação do Acórdão 1.705/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, com o seguinte teor:

9.1. **dar ciência à (...), de que a não exigência de garantias específicas para adiantamentos de pagamentos e no montante do valor adiantado, (...) contraria o art. 38 do Decreto 93.872/1986 e a jurisprudência do TCU.** (sem grifos no original)

172. Assim, para os casos de antecipação de valores contratuais pela administração pública, a jurisprudência do TCU prevê que garantia contratual geral, voltada ao adimplemento do objeto, não se presta a assegurar os riscos da antecipação de pagamentos e que a existência de cláusula prevendo a antecipação de pagamento, sem que fossem previstas garantias contratuais específicas e no montante do valor adiantado, contraria o art. 38 do Decreto 93.872/1986 e a própria jurisprudência do Tribunal.

173. **Considerando que não foram identificados elementos comprobatórios da existência das garantias previstas no Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, principalmente aquela especificamente destinada à execução do valor de R\$ 60 milhões pagos antecipadamente, verifica-se que não foi cumprido o item iii) dos requisitos exigido pelo TCU, referente às cautelas e garantias.**

174. Diante do exposto, resta claro que não foram cumpridos os requisitos estabelecidos nas Leis 4.320/1964 e 8.666/1993 e na jurisprudência do TCU quanto à antecipação de pagamentos, expondo-se desnecessariamente a administração pública a riscos decorrentes de eventual inexecução contratual.

175. É importante destacar que esses riscos se agravam se considerarmos a saúde financeira da estatal Telebras, que vem apresentando sucessivos resultados deficitários desde a sua reativação em 2012, conforme apontado pelo próprio TCU (TC 001.918/2017-6). Assim, ainda que o contrato preveja a devolução, pela Telebras, do valor de R\$ 60 milhões ao MCTIC, a situação deficitária da empresa demonstra um risco de inviabilidade de cumprimento de tal previsão por parte da estatal.

176. O referido risco é agravado pelo fato de que a Telebras já repassou os recursos recebidos do MCTIC para a empresa parceira Viasat e para a empresa Visiona, contratada para a realização de estudos preliminares para a construção do segundo satélite (TC 018.569/2013-7).

177. Ressalta-se que irregularidades relacionadas ao pagamento antecipado de R\$ 60 milhões também foram objeto de análise e questionamentos pela AGU (peça 25, p. 23 a 24):

(...) Recomenda-se que a autoridade assessorada complemente os autos com justificativa da excepcionalidade da situação, observando o teor da Orientação Normativa n. 37 da Advocacia Geral da União, **bem como fundamente a modalidade de garantia ou cautela eleita**. Ademais disso, **é necessário que o órgão assessorado avalie o registro de penalidade aplicadas em face da futura contratada e o seu patrimônio líquido, a fim de se certificar que a mesma terá condições técnicas e econômicas de executar o ajuste e quiçá promover a pronta devolução do valor antecipado**. (grifos nossos)

178. Diante de todo o exposto, propõe-se oitiva ao MCTIC e à Telebras para que se manifestem sobre a possível irregularidade de pagamento adiantado no valor de R\$ 60 milhões, montante aproximadamente de 10% do valor total do contrato (MCTIC 02.0040.00/2017), em desrespeito aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964, aos arts. 40, inciso XIV, 55, inciso III, e 65, inciso II, alínea “c”, da Lei 8.666/1993, ao art. 38 do Decreto 93.872/1986 e à vasta jurisprudência consolidada do TCU.

179. É importante apontar também que, conforme dito anteriormente, o contrato com a Telebras foi assinado com a duração de 60 meses, prazo esse maior do que aqueles previstos nos contratos antigos do Gesac (peça 26, p. 2).

180. Ressalta-se que, conforme apontado diversas vezes pelo MCTIC (peça 23, p. 4), há uma dinâmica evolução na prestação dos serviços de conexão de dados por satélite. Dessa forma, um contrato de prestação de serviço com prazo extenso poderia impedir que o Gesac usufrísse de possíveis ganhos de eficiência e modernização do setor.

181. Inclusive há a previsão de entrada no país, em breve, de diversos novos satélites que operam em banda Ka como o da Telebras, de modo que há uma tendência de queda dos preços desse serviço, que poderia ser capturada pelo MCTIC, caso adotasse período menor (a esse respeito, ver notícias disponíveis em <http://teletime.com.br/26/06/2018/satelite-da-yahsat-esta-pronto-para-lancamento-comercial/> e <http://teletime.com.br/25/06/2018/ses-negocia-chegada-de-canais-lineares-em-4k-para-o-brasil/>, acessadas em 15/7/2018).

182. A preocupação com o prazo do contrato também foi apontada pela AGU (peça 25, p. 20):

86. No que toca ao Item 6 registre-se que **houve a opção pela celebração do feito por 60 (sessenta) meses. Ressalta-se que a referida medida constitui exceção a regra geral imposta pela lei de licitações e contratos administrativos**, qual seja: anualidade. Dessa forma, **recomenda-se apresentação de justificativa demarcando a vantajosidade- com dados concretos – da referida sistemática**. Cite-se:

"9.2.1. insuficiente demonstração dos critérios utilizados para a fixação do prazo inicial da contratação em 24 (vinte e quatro) meses, sem a apresentação de dados

concretos que revelem a pertinência dessa opção, em detrimento do prazo de 12 (doze) meses, usualmente adotado como padrão;" (Acórdão n. 929/2017-Plenário - TCU).

III.1.2.6. Risco de a Telebras não possuir condições para execução contratual, com possível dano ao erário, e inviabilidade da prestação dos serviços previstos no programa Gesac

183. Conforme explicado anteriormente, no final de 2017, a Telebras passou a negociar a contratação direta de uma empresa de prestação de serviços por satélites para a cessão de capacidade do seu satélite, tendo firmado o contrato em fevereiro de 2018, com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei das Estatais.

184. Esse contrato, firmado com a empresa Viasat, foi questionado em ações judiciais, propostas por outras empresas do setor e por sindicatos de prestadoras de serviço de banda larga por satélite, em diversas instâncias de Manaus (AM) e de Brasília (DF), alcançando inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da suspensão de liminar (SL) 1157. O principal questionamento nessas ações refere-se à forma adotada pela Telebras para a escolha dessa empresa para explorar o satélite.

185. Ressalta-se que a parceria entre a empresa Viasat e a Telebras também é objeto de representação em andamento no TCU, TC 022.981/2018-7.

186. O contrato encontrava-se suspenso por decisão liminar proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Manaus, ratificada pela Juíza Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas e mantida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, pela Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pela Presidente do STF. Entretanto, tal liminar foi derrubada em 16/7/2018 podendo a Telebras dar continuidade à instalação dos serviços previstos no Gesac (peça 35).

187. Ocorre que a assinatura do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 aconteceu em 13/12/2017, ou seja, quase dois meses antes de a Telebras definir como iria operacionalizar o serviço.

188. Isso significa que tanto o MCTIC quanto a Telebras assumiram um enorme risco ao estabelecer um compromisso contratual no valor de R\$ 663,5 milhões, por um prazo de cinco anos, sem que a Telebras tivesse definido as condições técnicas de operação da banda satelital.

189. Sobre a possibilidade de a Telebras não conseguir entregar as questões previstas no contrato, o ministério afirmou, em resposta à diligência (peça 22, p. 3):

O MCTIC/SETEL/DEIDI trabalhou com base no acompanhamento feito no processo de implantação da infraestrutura de operação, conforme processo feito pela Secretaria de Telecomunicações via Departamento de Banda Larga. **Saliente-se que o cronograma de atendimento previa seu início para abril, o que consideramos prazo suficiente para entrada em operação de toda essa infraestrutura. Além disso, há garantias contratuais de ressarcimento à União em caso de descumprimento do contrato.** A avaliação da necessidade de contratação está explicitada na evidência, discutida acima, de que a Telebras é a única empresa com condições de atendimento ao necessário para o programa GESAC, conforme já explicado nas Notas Técnicas que acompanham o processo.

(...) Temos atualmente cinco contratos em vigor, que garantem o atendimento a esse pontos. Em nosso ver, é um atendimento aquém do necessário e com preços muito acima do que se pode obter em novas contratações, conforme já explicitamos. **Contudo, caso haja uma situação extrema de impossibilidade de seguimento do contrato 02.0040.00/2017, podemos prorrogar os contratos atuais até junho de 2019 e realizar novo processo licitatório**, tendo como novo objeto a ampliação de banda e de número de pontos. Mas sem que se possa contratar capacidade como a pretendida. Ou seja, teremos que nos satisfazer com menor capacidade. (grifos nossos)

190. O órgão, em sucinta explicação, alega que entendia que o prazo dado para início da execução contratual era tempo suficiente para a operacionalização do satélite da Telebras, informação

essa que já se comprovou equivocada dado que até o momento, julho de 2018, o serviço ainda não entrou em operação.

191. Afirma também que garantias contratuais preveem o ressarcimento da União. Trata-se de uma argumentação frágil e incompleta visto que, em caso de descumprimento de contrato, embora a garantias contratuais estabeleçam pagamento ao MCTIC, esse custo, além de multas aplicadas, será incorrido pela Telebras, uma empresa estatal, em que a União detém 87,29% das ações (segundo dados da BM&F Bovespa), de forma que o dano decorrente da não prestação do serviço continuará a existir, sem contrapartida financeira em benefício da União.

192. Ressalta-se que as penalidades e as sanções por descumprimento contratual e por não atendimento dos serviços nas condições e nos prazos estabelecidos estão previstos na cláusula 15 do termo de referência e nas cláusulas 7ª e 10ª do contrato 02.0040.00/2017 e podem chegar a atingir até 15% do valor do contrato, totalizando aproximadamente R\$ 100 milhões.

193. Como plano alternativo, o MCTIC afirmou que poderia prorrogar os atuais contratos, medida essa que já foi adotada diante do atraso da operacionalização do satélite da Telebras. É importante lembrar que já foi apontada na seção III.1.2.3 do presente relatório a incongruência dessa afirmativa com o fato de o contrato do Gesac de 2017 ter sido assinado por inexigibilidade.

194. Sobre os riscos do contrato 02.0040.00/2017, a argumentação do MCTIC deixa ainda de mencionar ou tratar dos impactos administrativos causados, já que haverá um desperdício de tempo e recursos na administração do contrato com a Telebras e atrasos na possível nova contratação, caso necessária, resultando em prejuízos na efetividade do programa Gesac.

195. Sobre esses riscos, a Telebras alegou (peça 33):

O estado de maturidade de ambos os processos dava uma certa segurança de que haveria, de uma forma ou de outra, condições de atender plenamente o contrato. A ponderação de riscos entre se construir primeiro a infraestrutura e obter contratos posteriormente, ou o inverso, ou seja, primeiramente obter contrato e somente após construir infraestrutura **permeia constantemente a atividade empresarial da Telebras**, assim como de todas as empresas cuja prestação de serviços é eminentemente dependente da construção de infraestrutura que lhe dá suporte. Cabe ao gestor, a cada caso concreto, ponderar esses dois riscos, decidindo no melhor interesse da Companhia. (grifos nossos)

196. Novamente, observa-se o insustentável argumento de que havia uma maturidade no processo de operação da Telebras que promovia certa segurança, constatação essa equivocada como já demonstrado.

197. Além disso, a estatal afirma que faz parte dos riscos comerciais de qualquer empresa fechar vendas e comercialização de serviços com o intuito de viabilizá-los posteriormente. Se estivéssemos tratando de uma empresa integralmente pertencente ao setor privado, tal afirmativa poderia ser sustentável e os riscos dessa decisão seriam corridos pelos investidores.

198. Entretanto, trata-se de uma empresa estatal e isso significa que suas ações devem ser necessariamente motivadas, algo que a Telebras não conseguiu demonstrar por meio de elementos comprobatórios, e cujo prejuízo afeta diretamente a União, principalmente se considerado o cenário financeiro negativo que a Telebras vem apresentando desde sua reativação em 2012.

199. Rememora-se que se está falando de um contrato no valor de R\$ 663,5 milhões, de forma que a decisão pelo contrato e a análise dos seus riscos comerciais deveriam estar muito bem fundamentadas e mapeadas.

200. Não foi mencionado pelo MCTIC nem pela Telebras outro elemento que representa alto risco e que deve ser observado. Trata-se do fato de que, ao se instalar a infraestrutura terrestre para atender o serviço do satélite, chamada de banda base, todos os pontos de conexão daquele momento

em diante deverão necessariamente ser prestados pelo mesmo fornecedor, devido a compatibilidade tecnológica.

201. Dessa forma, o contrato do Gesac com a Telebras e a instalação de seus pontos deverão obrigatoriamente ser executados pelo mesmo fornecedor, de maneira que tanto a Telebras quanto o MCTIC estarão vinculados por cinco anos à empresa Viasat, ainda que as condições do contrato entre a Telebras e a Viasat sejam alteradas ou, no limite, o contrato do Gesac seja anulado. Isso significa que erros e decisões não fundamentadas no momento da contratação certamente terão reflexos a longo prazo.

202. Além das irregularidades citadas, observa-se que, diante do atraso na operação do satélite da Telebras, o MCTIC alterou o cronograma de execução do contrato 02.0040.00/2017 (SEI MCTIC 01250.050436/2017-17, documento 2999767), sem apresentar análises sobre o impacto dessa medida e sem apresentar ações referentes à cobrança de multas contratuais previstas no acordo para o caso de atrasos.

203. A Lei 8.666/1993 procura salvaguardar a fiel execução do contrato de acordo com as cláusulas avençadas, estabelecendo que cada uma das partes deve responder pelas consequências da inexecução total ou parcial (art. 66). Em caso de atraso injustificado na execução ao ajuste, a lei prevê, em seu art. 86, a aplicação de multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

204. Nessa esteira, a jurisprudência dessa Corte estatui que, nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada, o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei (Acórdãos 2.714 e 2.345/2017-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Min. Benjamin Zymler).

205. Diante do exposto, propõe-se oitiva ao MCTIC e à Telebras para que se manifestem sobre a decisão de assinar o Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 mesmo diante da indefinição e da ausência de condições técnicas e operacionais necessárias para a prestação do serviço previsto no contrato, sem que fossem adotadas as devidas cautelas, em desacordo com os arts. 66 e 86 da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU, e sem que fossem tomadas providências pelo ministério para executar as multas contratuais para os casos de atrasos, previstas na cláusula 15 do termo de referência do referido contrato.

III.1.2.7. Ausência de pré-requisitos para a Telebras prestar serviços ao usuário final no âmbito do Internet para Todos

206. Conforme explanado no início da presente instrução, além do atendimento de governos eletrônicos e algumas entidades públicas pelo Gesac, como vinha sendo conduzido o programa até 2017, a nova portaria do programa estabeleceu uma nova modalidade de serviços.

207. Chamada de “Internet para Todos” (IT), esse modelo consiste no fornecimento de internet aos usuários finais das localidades remotas, porém a conexão é contratada e paga pelo próprio usuário mas viabilizada pelas condições trazidas pelo “novo” Gesac, em conjunto com as operadoras que se cadastrem no programa.

208. Ocorre que, ao avaliar as características que englobam tal modelo, foram encontrados riscos que ameaçam a efetividade do próprio programa e possível ocorrência de danos ao erário.

209. Em 30/1/2018, a Telebras anunciou seu credenciamento no programa IT (acessado em 15/7/2018 e disponível em <http://www.telebras.com.br/inst/?p=9312>). Ao ser questionada, em diligência, sobre quais dispositivos garantem que a estatal pode prestar o serviço diretamente ao usuário, a empresa respondeu:

A forma de atuação da Telebras (art. 4º do Decreto 7.175/2010), visando os objetivos previstos no artigo I o do Decreto 7.175/2010, coincide com os objetivos do Programa GESAC (art. 3º da Portaria MCTIC nº 7.154/2017) e possui o condão de alcançar aqueles a quem o programa GESAC busca beneficiar.

29. Assim, a Telebras poderá oferecer, no âmbito deste programa, praticamente todos os serviços que atualmente presta, ou desenvolver novos produtos que melhor atendam às necessidades do Internet para Todos. **O inciso IV do artigo 4º do Decreto 7175/2010 estabelece que, para consecução dos objetivos do PNBL, caberá à Telebras "prestar serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços".** Por outro lado, o artigo 4º da Portaria MCTIC nº 7.154/2017 prevê como beneficiados com as ações do Programa GESAC "localidades onde inexista oferta adequada de acesso à internet em banda larga, identificadas pelo MCTIC".

(...) 31. **Havendo a definição das localidades sem oferta adequada pelo MCTIC, estarão presentes os requisitos legais para a Telebras atuar prestando serviço ao usuário final.** Até o momento, a Telebras nunca prestou serviços ao consumidor final (até por não haver a definição das localidades sem oferta adequada de serviços) e sua efetiva implementação depende de prévio desenvolvimento de produtos específicos para tanto, com sua conseqüente análise de viabilidade técnica e econômica, bem como aderência ao plano de negócios da companhia. (grifos nossos)

210. Assim, alega que poderia atender ao IT por meio do art. 4º, inciso IV, do Decreto 7.175/2010, que dispõe:

Art. 4º Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS:

I - implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal;

II - prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público;

III - prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos; e

IV - prestar serviço de conexão à Internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços.

(...)

§ 4º O Ministério das Comunicações definirá as localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à Internet em banda larga a que se refere o inciso IV do caput.

211. Dessa forma, o decreto deixa evidente que a Telebras somente poderia prestar serviços diretamente aos usuários (como prevê o "Internet para Todos") se fossem atendidas as localidades definidas pelo ministério como integrantes da relação citada no §4º do decreto.

212. Entretanto, ao questionar o MCTIC sobre os fundamentos que embasam a atuação da Telebras no IT, verificou-se que sua resposta vai em sentido contrário ao exposto anteriormente (peça 22, p. 19):

b.3.14) a relação de 30 mil localidades apresentada no site do MCTIC na área do programa Internet para Todos, prevista também pela Portaria SETEL/MCTIC 7.437/2017 são as localidades previstas pelo art. 40, §44 do Decreto 7.175/2010, que afirma que o ministério "definirá as localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à Internet em banda larga", ou seja, localidades em que a Telebras poderá prestar o referido serviço?

Não. É necessário dizer que inexiste a lista prevista do Decreto 7175. Conforme explicado acima, as referidas 30 mil localidades foram retiradas da lista original do PGMU, a partir de bases de dados da Anatel e segundo critérios explicados acima. (grifos nossos)

213. O MCTIC responde claramente que as localidades do programa IT, apesar de serem caracterizadas como tendo “ofertas inadequadas”, não são as localidades previstas no §4º do Decreto 7.175/2010.

214. Ora, se as localidades do IT não correspondem à relação de localidades previstas no §4º do referido decreto e se esse é o único dispositivo e condição em que a Telebras pode prestar serviços diretamente para usuários finais, resta claro que, nos termos colocados pelo MCTIC e pela Telebras, a estatal não poderia prestar os serviços do programa “Internet para Todos”.

215. Diante do exposto, propõe-se oitiva ao MCTIC e à Telebras para que se manifestem sobre a ausência do pré-requisito legal que autoriza a prestação dos serviços para usuário final, não governamental, na modalidade do programa “Internet para Todos” pela Telebras, em desacordo com o art. 4º, § 4, do Decreto 7.175/2010.

216. Além da possível ilegalidade apontada anteriormente de ausência de competência da Telebras para prestar o IT, outro risco mapeado no programa IT está relacionado com a isenção tributária nele prevista. A prestação de serviço de acesso à internet por meio do Gesac conta com isenção de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), aprovada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) por meio do Convênio ICMS 141/2007.

217. Registre-se que o programa Gesac que foi submetido ao Confaz em 2007 previa somente o atendimento de instituições públicas e algumas entidades de cunho social.

218. Ocorre que, em 2017, por meio da Portaria MCTIC 7.154, de 6/12/2017, o ministério aprovou nova norma geral para o Gesac fazendo alterações significativas no programa, de modo que, além do já previsto anteriormente, foram incluídas novas possibilidades de prestação de serviços com a incorporação do IT no programa Gesac. Isso implicou no aumento significativo do escopo do programa.

219. Houve uma mudança significativa na abrangência do programa dado que o Gesac anteriormente previa o fornecimento de conectividade à internet somente a instituições públicas, escolas e entidades de cunho social, totalizando 29 mil pontos (peça 24, p. 29 a 30), agora o Gesac prevê também o atendimento a todos os usuários finais das localidades do Internet para Todos.

220. Isso significa que a isenção de ICMS passou a ser aplicável não somente aos 29 mil pontos que atendem instituições do antigo Gesac, mas também a cada um dos usuários finais que residem nas 43 mil localidades elencadas no IT (peça 22, p. 18), ampliando de sobremaneira a quantidade de beneficiários pela isenção de ICMS.

221. O problema fica evidente ao se constatar que o Confaz não foi informado ou consultado a respeito dessa alteração de escopo do programa Gesac pelo MCTIC (peça 22, p. 18).

222. Impende registrar o risco de que eventual ciência e discordância, pelo Confaz, da ampliação do escopo do programa Gesac e consequentemente do montante sujeito à isenção tributária, possa resultar no cancelamento da isenção como todo, inclusive dos pontos que estavam no escopo original do programa, especificamente aprovado pelo Confaz.

223. Como a presente instrução está tratando especificamente sobre pedido cautelar relacionado ao contrato firmado entre o MCTIC e a Telebras, não haverá nesta instrução proposta de encaminhamento endereçando o risco explicitado.

III.2. BENEFÍCIO INDEVIDO A UM CONCORRENTE ESPECÍFICO DO MERCADO PRIVADO, CAUSADO POR DECISÃO E ATOS DO PRÓPRIO PODER PÚBLICO

III.2.1. Argumentação trazida pelo representante

224. O representante alega que as ilegalidades que permeiam a prestação dos serviços do Gesac vão além da contratação da Telebras.

225. Segundo ele, o atual modelo adotado pela Telebras para a operacionalização de seu satélite, ou seja, uma parceria com uma empresa do setor privado, resulta em benefício indevido dado pelo Poder Público a essa empresa parceira privada. Explica-se.

226. Apesar de a Telebras ter lançado um satélite próprio em 2017, após essa etapa a empresa ainda precisava definir como se daria a construção da estrutura terrestre a ser conectada com o satélite e a forma de operação, instalação e manutenção dos pontos atendidos por ele no âmbito nacional. Nesse sentido, a estatal cogitou diferentes modelos, atuando em diversas frentes ao longo do tempo, e acabou optando por ceder parte da capacidade do seu satélite para algum parceiro que tivesse interesse em explorá-la, porém com o ônus de ter que operacionalizar o serviço da Telebras em troca.

227. Inicialmente a empresa optou por fazer um chamamento público em que cederia a um dos vencedores parte da capacidade do satélite a ser adquirida juntamente com o ônus de realizar os serviços da Telebras (com um devido ajuste no preço devido a essa obrigação), e cederia integralmente a outro vencedor a parte restante da capacidade do satélite em troca do preço obtido nos lances do chamamento (TC 022.981/2018-7, peça 14, p. 5 a 8).

228. Após o insucesso do chamamento público, a Telebras acabou fechando diretamente uma parceria com a empresa de satélite americana Viasat, se baseando no art. 28, § 3º, inciso II, que dispensa processos licitatórios para empresas públicas e sociedades de economia mista “nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

229. Trata-se de um acordo de compartilhamento de receitas entre a Telebras e a Viasat, em que parte da capacidade do satélite é destinada a atender os serviços da estatal, sendo que quem operacionaliza a instalação, a manutenção e o funcionamento desses pontos é a Viasat e parte da capacidade é cedida a essa empresa privada para que ela possa prestar os serviços de seu próprio interesse.

230. Diante desse contexto, o representante aponta ilegalidades com base no impacto negativo à concorrência no Gesac trazido pela parceria entre a Telebras e a Viasat, uma empresa que até então não atuava no mercado brasileiro, a saber (peça 1, p. 12 a 16):

O Sindicato tem a impressão de que o MCTIC está, na verdade, **contratando a ViaSat (doc. 08), sem licitação, em bases bilionárias, sob o mais inexpugnável sigilo e de forma contrária às regras de transparência do sistema jurídico brasileiro, para a prestação dos serviços do GESAC, estando a Telebras como mera figurante nessa relação jurídica.**

A mídia noticia que o MCTIC celebrou contrato com a sociedade denominada "ViaSat Inc." ("ViaSat"), também de forma direta, sem licitação, voltado para a exploração do satélite geoestacionário brasileiro de defesa estratégica — SGDC (Satélite "SGDC").

(...) A leitura desses excertos leva à conclusão de que o Satélite SGDC será responsável pelo provimento dos serviços de telecomunicações na banda Ka em todo o território nacional. Avançando no tema, o MCTIC divulga amplamente que contratou a ViaSat para operar o Satélite SGDC, o que leva o Sindicato a concluir, portanto, que os serviços do GESAC estão sendo direcionados para que sejam executados pela ViaSat.

O MCTIC contrata a Telebras para viabilizar a operação do Satélite SGDC e, na sequência, contrata a ViaSat (doc. 08), também sem licitação, para que o Satélite SGDC proveja os serviços no âmbito do GESAC.

Em suma, **o MCTIC está contratando sem licitação a "singularidade" da ViaSat, não a singularidade da Telebras. Afinal, é a ViaSat a responsável pelo Satélite SGDC! A burla ao princípio da licitação aparece nessa situação do MCTIC de maneira dúplice: tanto na contratação com a ViaSat, quanto na contratação com a Telebras.**

(...)

A Telebras precisa contratar terceiros para que a banda Ka se torne operacional, revelando, portanto, ausência de singularidade nos serviços por ela prestados. Por qual razão esses terceiros não podem, então, disputar esses serviços e tantos outros mais para o MCTIC?

O MCTIC construiu todo um arcabouço jurídico para justificar a milionária contratação da Telebras: **desenhou um serviço que inexplicavelmente só a Telebras poderia prestar** (ao arropio das inúmeras empresas de telecomunicações no Brasil, ao arropio das diferentes tecnologias, diferentes satélites etc.), **para viabilizar a contratação do GESAC com a ViaSat.** Essa é a verdade subjacente a todo o discurso do MCTIC.

O Sindicato não se queda inerte frente a essa situação de manifesta ilegalidade e lesão ao erário, clamando a esta Egrégia Corte de Contas que intervenha e que determine ao MCTIC e à Telebras a fiel observância aos ditames do art. 37, XXI da Constituição Federal. (grifos nossos)

III.2.2. Análise dos fatos e das irregularidades

231. Verifica-se que o SindiTelebrasil entende que a forma como foram conduzidos os processos de contratação da Telebras (por inexigibilidade questionável, segundo ele) e de formulação de parceria entre a estatal e a empresa Viasat (um acordo também questionável quanto ao respeito ao princípio da livre concorrência, segundo o representante) resultou em uma “escolha” pelo Poder Público de tal empresa para a prestação dos serviços do Gesac, beneficiando-a indevidamente.

232. Primeiramente, observa-se que o processo de aquisição dos serviços previstos no Gesac em 2017, que resultou na contratação da Telebras, é o principal objeto da presente instrução e já foi amplamente tratado nas seções anteriores, resultando em oitivas e diligências sobre o assunto.

233. Já a formulação da parceria entre a Telebras e empresa privada Viasat é objeto específico da representação TC 022.981/2018-7, de modo que a sua legalidade já vem sendo analisada em detalhes e de forma tempestiva pelo Tribunal no âmbito do referido processo. Dessa forma, não é cabível tratar na presente instrução de tema que corresponda exatamente ao escopo de outro processo em andamento no TCU.

234. Entretanto, entende-se que não há empecilhos legais para a realização de parcerias entre empresas públicas e empresas privadas desde que cumprida uma série de requisitos a serem observados de forma a se atender os princípios constitucionais, como impessoalidade, isonomia, eficiência, entre outros, e requisitos específicos que porventura tenham sido estabelecidos pela própria lei.

235. É importante ressaltar que a devida análise da observância, ou não, de tais pressupostos no acordo de parceria entre a Telebras e a Viasat faz parte do escopo do processo TC 022.981/2018-7 e será tratada no âmbito daquela representação.

236. Em uma análise sobre as questões atinentes ao programa Gesac, verifica-se que, se respeitados os requisitos legais na contratação de empresa responsável por executar o referido programa, condição essa que será analisada no mérito pelo TCU no presente processo, não haveria, em tese, óbice à forma de atendimento e operação escolhida pela Telebras, seja ela própria, prestando os serviços diretamente ou por parceria com empresa do setor privado, desde que atendidas as condições legais e contratuais que garantam a qualidade do serviço previsto pelo programa.

237. Entre essas condições legais a serem atendidas, cita-se a necessidade de haver previsão legal para que a Telebras possa atender as localidades incluídas na parcela do programa Gesac que é denominada Internet para Todos e que possui modelo de atendimento voltado para a prestação dos serviços diretamente aos usuários. Contudo, relembra-se que a ausência de tal previsão já foi identificada na presente instrução e é objeto de oitiva aos órgãos responsáveis.

238. Diante do exposto, considera-se que os questionamentos feitos pelo representante na presente seção tratam de temas e pontos que já são objeto de atuação do Tribunal no TC

022.981/2018-7 ou que já foram abordados na presente instrução, não havendo necessidade de tratativas adicionais.

III.3. POSSIBILIDADE DE A TELEBRAS PRESTAR SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES DIANTE DE SUAS COMPETÊNCIA LEGAIS

III.3.1. Argumentação trazida pelo representante

239. Por último, o representante questiona a legitimidade da Telebras para prestar os serviços de telecomunicações, por meio da seguinte argumentação (peça 1, p. 22):

Quase 12 anos após a desestatização do setor de telecomunicações, a Telebras comunicou, em 04.05.10, Fato Relevante ao mercado (doc. 10), afirmando que, daquele momento em diante, passaria a integrar o denominado Plano Nacional de Banda Larga ("PNBL"), criado com intuito de massificar o acesso a serviços de conexão à internet banda larga no Brasil.

Poucos dias depois, o Presidente da República editou o Decreto nº 7.175, de 12.05.10, o qual instituiria o PNBL para difundir o acesso à internet banda larga. Os artigos 4º e 50 de tal Decreto são, no entanto, manifestamente ilegais, (...)

(...)

Há de se atentar para as ilegalidades perpetradas pelos arts. 4º e 5º do Decreto nº 7.175/2010. Em primeiro lugar, esclareça-se que é totalmente descabido editar decreto, seja regulamentar, seja autônomo, para os fins almejados pelo Decreto nº 7.175/2010. **Não se admite, no caso dos autos, decreto autônomo** (art. 84, VI, a, da Constituição Federal) **por existir expressa reserva legal. Ora, de acordo com a própria redação constitucional, a: "criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração"** (art. 61, §10, II, a) **são matérias reservadas à lei: tal qual é a hipótese de criação e disciplina das sociedades de economia mista** (cf. arts. 37, XIX e XX, e 173, §1º, da Constituição Federal).

Em segundo lugar, também não se admite a edição de decretos regulamentares, sob o equivocado pretexto de regulamentar a LGT. **Como se observou acima, a LGT e os atos normativos posteriores, em especial a desestatização introduzida pelo Decreto 2.546/98, modificaram substancialmente o regime da prestação dos serviços de telecomunicações no país, bem como o status jurídico da Telebras**, que, de holding pura, passou a uma casca vazia aguardando ser dissolvida. **Logo, a autorização legal da LGT para a dissolução da Telebras não foi mera opção governamental, mas sim a (única) via adequada para cumprir a LGT e o novo marco regulatório. Portanto, os arts. 4º e 5º do Decreto IV 7.175/2010 não são instrumentos hábeis a alterar conteúdo da LGT, a pretexto de regulamentá-la**, eis que imporiam à Telebras, à toda evidência, finalidades incompatíveis com o status a que lhe foi atribuído pela LGT.

Em terceiro lugar, resta vedado aos arts. 4º e 5º do Decreto nº 7.175/2010 alterarem o objeto social da Telebras previsto na Lei Federal nº 5.792/72, por meio da regulamentação do art. 3º, VII, da referida lei. Até porque o art. 37, XIX, da Constituição Federal, como já anteriormente assinalado, dispõe que as sociedades de economia mista só podem ser criadas por lei."

(...)

Não é permitido ao Poder Executivo, ainda que sua atuação seja pautada de boas intenções, criar um novo marco regulatório — ou reestatizar um setor inteiro (criando atividades sociais que a Telebras nunca exerceu) — mediante decreto.

Uma última palavra a respeito da reativação da Telebras e do tratamento diferenciado que lhe é dado: **o MCTIC concedeu novos prazos de prestação de serviços à Telebras, por meio do Ofício nº 10.120/2018/SEI-MCTIC. Essa prática é incomum e revela tratamento diferenciado com a Telebras.** (grifos nossos)

III.3.2. Análise dos fatos e das irregularidades

240. Verifica-se que, nessa última parte da petição, o representante altera o escopo que vinha sendo discutido até então quanto à prestação dos serviços do Gesac e, ampliando a abrangência da discussão, passa a questionar a atuação em si da empresa estatal Telebras e a legalidade das condições que levaram às suas atuais funções e competências.

241. Trata-se de discussão que envolve não apenas a atuação da Telebras no caso concreto mas também os pressupostos de sua criação e das decisões políticas e jurídicas que embasaram a reativação da estatal por meio do Decreto 7.175/2010.

242. Sem adentrar nas questões jurídicas suscitadas sobre a viabilidade do instrumento normativo que estabeleceu alterações no objeto de atuação da Telebras, verifica-se de pronto, passados oito anos da edição do decreto e tendo a Telebras se estruturado e realizado inúmeras ações em acordo com os objetivos estabelecidos nesse normativo, a existência de situação fática e jurídica já consolidada. Dessa forma, em respeito ao princípio da segurança jurídica, entende-se não ser pertinentes as alegações trazidas pelo representante no que se refere a esse tópico.

VI. Do pedido de cautelar

243. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

244. Analisando os elementos apontados ao longo da presente instrução, **verifica-se que há, nos autos, o pressuposto do *fumus boni iuris*, por diversos motivos.**

245. Passa-se a analisar os fundamentos do *periculum in mora*.

246. Verifica-se que a presente representação trata do contrato do programa Gesac, no valor de R\$ 663,5 milhões, por um prazo de cinco anos, entre o MCTIC e a Telebras e prevê o acesso à internet para 15.000 localidades por satélite.

247. Sabe-se que, para a prestação dos serviços do Gesac, a Telebras depende da resolução dos conflitos judiciais e administrativos que permeiam o seu acordo de parceria com a empresa Viasat, tema esse que já vem sendo tratado pelo TCU em processo específico (TC 022.981/2018-7).

248. Assim, há uma relação entre a prestação do contrato Gesac e do andamento do acordo de parceria citado.

249. O contrato de parceria encontrava-se suspenso por decisão liminar proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Manaus, ratificada pela Juíza Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas e não sobrestada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, pela Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pela Presidente do STF.

250. Entretanto, tal liminar foi derrubada em 16/7/2018 podendo a Telebras dar continuidade à instalação dos serviços previstos no Gesac e demais serviços (peça 35).

251. Com a derrubada da liminar, a Telebras pode dar continuidade à implantação da banda base (estrutura terrestre para comunicar com o satélite) e à ativação de, segundo previsões do cronograma de execução do contrato, milhares de pontos espalhados pelo país, sem que as graves irregularidades e os questionamentos apontados na presente instrução tivessem sido analisados no mérito pelo TCU.

252. A ativação de pontos e o possível desligamento deles, caso haja decisão de mérito pelo Tribunal desfavorável à Telebras, geram custos operacionais consideráveis e ainda podem gerar custos administrativos e contratuais, resultando em um significativo dano ao erário por parte da Telebras.

253. As atuais condições acordadas entre a Viasat e a Telebras geram tal situação. Explica-se.

254. No acordo consta que a Telebras deverá pagar uma quantia fixa mensal por cada ponto que a empresa parceira instalar por ela, como é o caso dos pontos para atendimento do Gesac. Ocorre que, caso a Telebras tenha que desativar pontos (como poderia ocorrer, caso confirmadas as irregularidades apontadas na presente representação), a estatal seria obrigada a continuar pagando por aqueles pontos mensalmente por um prazo de cinco anos, independentemente de estarem ativos ou não, conforme previsão em cláusula contratual (TC 022.981/2018-7, peça 4, p. 52, 129 a 131).

255. Ou seja, uma vez instalados os pontos, mesmo que o contrato do Gesac venha a ser cancelado ou alterado, seja pelo TCU ao analisar o mérito ou por qualquer outra razão, os gastos incorridos dos pontos já instalados no Gesac permanecerão por mais cinco anos, causando dano ao erário, o que claramente demonstra a necessidade de impedir o andamento do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 até que haja a avaliação de mérito dos indícios de irregularidades apontadas na presente instrução, considerando a existência e vigência da referida cláusula contratual.

256. O acordo entre a Telebras e a Viasat prevê, ainda, cláusula contratual que determina a cobrança de custos de desinstalação de pontos, também a ser pagos pela estatal (TC 022.981/2018-7, peça 4, p. 52, 129 a 131). Novamente, os pontos do Gesac já podem ser ativados sem que haja decisão de mérito pelo TCU sobre as possíveis irregularidades apontadas nesta instrução e, em caso de decisão posterior desfavorável, a Telebras seria obrigada a pagar os custos de desinstalação desses pontos, o que pode representar significativo dano ao erário.

257. Comparando-se a estimativa de instalação de pontos prevista mensalmente no Gesac e os custos de instalação e manutenção, a serem pagos por cinco anos independentemente de estarem ativados ou não, verifica-se que o prejuízo caracterizado como *periculum in mora* possui ordem de grandeza de, no mínimo, R\$ 45 milhões somente considerando os pontos a serem ativados nos próximos quatros meses.

258. Trata-se de um valor mínimo, visto que dependendo do tamanho do equipamento a ser instalado os valores de referência são mais altos. Ademais, destaca-se que se está considerando um período de apenas quatro meses, de forma que esse valor aumenta substancialmente com o decorrer do tempo.

259. Há ainda outro elemento relevante que permite a caracterização do perigo da demora e que pode resultar em alto impacto social e prejuízo ao interesse público.

260. Com a execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, pode-se dar continuidade à transferência para a Telebras dos pontos do Gesac atualmente atendidos por outras operadoras. Assim, configura-se o risco de que, em caso de decisão de mérito pelo Tribunal desfavorável à estatal, esses pontos tenham que ser desativados, deixando as localidades desassistidas.

261. Diante de um significativo impacto social e prejuízo à efetividade da política pública que pode decorrer da continuidade das ativações dos pontos da Telebras, torna-se evidente o perigo da demora no presente caso, demandando a imediata suspensão do contrato analisado até que haja análise decisiva sobre as irregularidades constatadas na presente representação.

262. Diante de todo o exposto, **fica clara e evidente a identificação dos elementos que caracterizariam o *periculum in mora*.**

263. Observa-se ainda que a legalidade do acordo entre a Telebras e a empresa Viasat foi objeto de oitiva pelo TCU no TC 022.981/2018-7, ainda a ser analisado no mérito. Caso o Tribunal entenda que o acordo, por algum motivo, apresenta falhas irreparáveis e determine a sua suspensão ou nulidade, o contrato do Gesac, indiretamente, também seria inviabilizado, de forma que seria prudente somente continuar a ativação dos pontos desse contrato após a análise de mérito do TCU sobre o acordo de parceria da Telebras com a Viasat e sobre a legalidade do contrato assinado com entre o MCTIC e a Telebras, ora em análise.

264. Ao analisar as condições atuais do programa Gesac, verifica-se também que **não é possível caracterizar o *periculum in mora* reverso**, dado que o próprio MCTIC alegou (peça 22, p. 12) que, em caso de eventual impedimento do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, há “atualmente cinco contratos em vigor, que garantem o atendimento a esses pontos” e que “caso haja uma situação extrema de impossibilidade de seguimento do contrato (...), podemos prorrogar os contratos atuais até junho de 2019 e realizar novo processo licitatório, tendo como novo objeto a ampliação de banda e de número de pontos”.

265. Ressalta-se inclusive que os contratos vigentes já foram prorrogados até 2019, diminuindo, assim, o risco de desatendimento do programa (acessado em 14/7/2018 e disponível em <http://www.telesintese.com.br/mctic-ja-prorrogou-contrato-gesac-com-telebras-quer-ampliar-programa-com-telebras/>).

266. Ademais, propõe-se que seja adotada medida cautelar ***inaudita altera pars***, ou seja, sem a manifestação prévia dos responsáveis por meio de oitiva prévia, devido aos riscos iminentes dos danos caracterizados anteriormente. Explica-se.

267. O cronograma de execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 prevê a ativação de quinhentos pontos no primeiro mês, de mais mil pontos no segundo mês e de 1.500 pontos por mês a partir do terceiro mês, adicionais aos já instalados em cada mês anterior.

268. Percebe-se que a capacidade e velocidade de instalação de tais conexões é alta, o que torna os riscos acima ainda mais iminentes.

269. Soma-se a isso a preocupante afirmação do ministro do MCTIC de que a capacidade de instalação dos serviços do Gesac com a Telebras é de 200 pontos por dia (acessado em 17/7/2018 e disponível em <https://www.valor.com.br/empresas/5663757/telebras-assumira-contrato-do-consorcio-telefonica-embratel-e-oi>), informação essa que agrava ainda mais o *periculum in mora* e enfatiza a importância da adoção de cautelar sem que haja a oitiva prévia dos responsáveis.

270. **Em suma, entende-se ser necessária a adoção de medida cautelar, *inaudita altera pars*, por estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bem assim por não se ter configurado o *periculum in mora* ao reverso, capaz de trazer prejuízos significativos ao interesse público.**

CONCLUSÃO

271. Trata-se de representação com pedido de cautelar formulada pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal, em face de possíveis irregularidades na contratação da empresa Telecomunicações Brasileiras S. A. (Telebras) pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) para a prestação dos serviços destinados ao programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac), por meio do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sendo esse instrumento objeto de pedido de anulação pelo representante.

272. O Gesac foi criado pela Portaria MC 256/2002, apresentando como objetivo inicial a disseminação de meios que permitissem a universalização do acesso a informações e serviços do governo, por meio eletrônico. Esse programa visava originalmente oferecer conexão à internet para telecentros, unidades de saúde, escolas, pontos de fronteira, quilombos e aldeias indígenas. Sua prioridade era o atendimento a comunidades em estado de vulnerabilidade social de todo o Brasil, que não tivessem outras formas de serem incluídas digitalmente (parágrafo 17).

273. Com a edição da Portaria-MCTIC 7.154/2017, o programa Gesac passou a ter duas modalidades (parágrafo 23):

a) uma consiste no fornecimento de conectividade à internet contratada e financiada pelo MCTIC, cujos destinatários são instituições públicas, escolas e entidades de cunho social, assim como

já vinha sendo feito historicamente, como mostram os contratos de 2014 com as operadoras do Consórcio Conecta Brasil II;

b) a segunda, chamada de “Internet para Todos” (IT), consiste no fornecimento de internet aos usuários finais das localidades remotas, sendo a conexão contratada e paga pelo próprio usuário, mas viabilizada pelas condições trazidas pelo “novo” Gesac, em conjunto com operadoras que se cadastrem no programa.

274. Em 2017, o MCTIC firmou um contrato (MCTIC 02.0040.00/2017) com a Telebras, destinado a transferir para a empresa estatal a prestação integral do Gesac, que vinha sendo operacionalizada por meio de cinco contratos assinados em 2014 e vigentes até o final do primeiro semestre de 2019 (parágrafo 25).

275. A referida contratação constitui o cerne da presente representação, na qual foram apontados diversos indícios de irregularidades, incluindo-se indevida inexigibilidade de licitação (item III.1) e direcionamento da contratação (item III.2), entre outros, a saber:

a) ausência de pré-requisitos de qualificação técnica e financeira na contratação de empresa para o atendimento ao Gesac (item III.1.2.1);

b) insuficiência de comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o preço de mercado (item III.1.2.2);

c) ausência de elementos que comprovem a necessidade da obrigação de atendimento do Gesac por acesso satelital em banda Ka (item III.1.2.3);

d) ausência de justificativa e motivação adequadas sobre decisão de adotar lote único, gerando restrição à competição e indevida inexigibilidade de licitação (item III.1.2.4);

e) antecipação injustificada de R\$ 60 milhões em pagamento realizado antes da prestação do serviço e da assinatura do contrato (item III.1.2.5);

f) risco de a Telebras não possuir condições para execução contratual, com possível dano ao erário, e inviabilidade da prestação dos serviços previstos no programa Gesac (item III.1.2.6);

g) ausência de pré-requisitos para a Telebras prestar serviços ao usuário final no âmbito do “Internet para Todos” (item III.1.2.7).

276. A partir da análise dos indícios apontados e dos riscos deles advindos, concluiu-se pela presença do requisito do *fumus boni iuris*, um dos pressupostos para a concessão da medida acautelatória peticionada.

277. Quanto ao segundo pressuposto, o do perigo da demora, há que se levar em conta que o contrato em análise estava suspenso em decorrência de liminar que impedia a execução do contrato firmado entre a Telebras e a Viasat. No âmbito do referido contrato, deve ser instalada a infraestrutura necessária para viabilizar a prestação dos serviços demandados da Telebras no âmbito do Gesac. No entanto, a liminar correspondente foi derrubada pelo STF em 16/7/2018 (parágrafo 243).

278. A relação entre os dois contratos que importa para o exame do *periculum in mora* no presente caso diz respeito ao fato de que, uma vez instalados os pontos de atendimento (Vsats) pela Viasat, mesmo que o contrato do Gesac venha a ser cancelado ou alterado – pelo TCU, ao analisar o mérito, ou por decisão judicial –, a Telebras deverá incorrer em elevados gastos de operação e manutenção referentes aos pontos já instalados no Gesac. Por força do contrato assinado com sua parceira Viasat, a estatal é obrigada a manter tais gastos por cinco anos, a despeito de sua utilização, causando dano ao erário. Tal fato, demonstra a necessidade urgente de se evitar a instalação dos pontos vinculados ao contrato do Gesac, assinado com o MCTIC, haja vista a possibilidade de sua anulação, decorrente de decisão de mérito do TCU.

279. Além disso, o acordo entre a Telebras e a Viasat prevê cláusula contratual que determina a cobrança de custos de desinstalação de pontos, que também deveriam ser arcados pela Telebras.

280. Comparando-se a estimativa de instalação de pontos de atendimento prevista mensalmente no Gesac e os custos de instalação e manutenção dos pontos a cargo da Telebras, a serem pagos por cinco anos, independentemente de estarem ativados ou não, calcula-se que o prejuízo caracterizado como *periculum in mora* pode chegar a, pelo menos, R\$ 45 milhões, considerando apenas os pontos a serem ativados nos próximos quatros meses.

281. Por seu turno, não é possível caracterizar o *periculum in mora* reverso, dado que o próprio MCTIC alegou que, em caso de eventual impedimento do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, há “atualmente cinco contratos em vigor, que garantem o atendimento a esses pontos” e que, “caso haja uma situação extrema de impossibilidade de seguimento do contrato (...), podemos prorrogar os contratos atuais até junho de 2019 e realizar novo processo licitatório, tendo como novo objeto a ampliação de banda e de número de pontos”.

282. Ademais, propõe-se que seja adotada medida cautelar *inaudita altera pars*, ou seja, sem a realização de oitiva prévia dos responsáveis, devido aos riscos iminentes dos danos caracterizados anteriormente. Isso porque a capacidade e a velocidade de instalação de tais conexões é alta (até 200 pontos por dia), o que torna urgente a ação acautelatória deste Tribunal de forma a evitar elevado dano ao erário, na eventual anulação do contrato.

283. Oportuno registrar que, além da presente representação, em que se vislumbra a possibilidade de anulação do contrato referente ao Gesac, está em curso, no âmbito deste Tribunal, análise da legalidade da parceria firmada entre a Telebras e a Viasat (TC 018.569/2013-7, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler), também com proposta de cautelar. Eventual decisão do Tribunal pela ilegalidade da parceria tornaria inviável a prestação do serviço pela Telebras no âmbito do Gesac por prazo não inferior a seis meses.

284. Em síntese, entende-se ser necessária a adoção de medida cautelar, *inaudita altera pars*, por estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bem assim por não se ter configurado o *periculum in mora* ao reverso, capaz de trazer prejuízos significativos ao interesse público.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

285. Ante o exposto, propõe-se:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 e no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

b) adotar medida cautelar, *inaudita altera pars*, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, no art. 276 do Regimento Interno do TCU e no art. 22 da Resolução-TCU 259/2014, determinando ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) e à Telecomunicações Brasileiras S. A. (Telebras) que suspendam a execução do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, até que o TCU delibere sobre o mérito da matéria;

c) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, alertando sobre a possibilidade de decisão deste Tribunal vir a determinar a anulação do contrato ou a alteração de cláusulas contratuais, a oitiva do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se, em relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sobre os seguintes indícios de irregularidades:

c.1) ausência de critérios para comprovação de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica para a contratação da Telebras, e ausência de análise dessas pré-condições ao

assinar o Contrato, em desrespeito aos arts. 27, incisos I, II e III, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU (item III.1.2.1);

c.2) insuficiente comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o preço de mercado, em desrespeito aos arts. 3º, art. 7º, § 2º, inciso II, e art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao princípio da economicidade previsto no art. 70 da Constituição Federal e à jurisprudência do TCU (item III.1.2.2);

c.3) inexigibilidade de licitação, sob justificativas indevidas, exigência de fornecimento do serviço por banda Ka (item III.1.2.3) e definição de lote único nacional (item III.1.2.4), que restringiram o número de competidores e direcionaram a contratação da Telebras em desacordo com o art. 3º, *caput* e § 1º, inciso I, o art. 23, § 1º, e o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU;

c.4) pagamento adiantado no valor de R\$ 60 milhões, em desrespeito aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964, art. 40, inciso XIV, art. 55, inciso III, e art. 65, inciso II, alínea “c”, da Lei 8.666/1993, art. 38 do Decreto 93.872/1986 e à jurisprudência consolidada do TCU (item III.1.2.5);

c.5) assinatura do contrato mesmo diante da indefinição e ausência de condições técnicas e operacionais necessárias para a prestação do serviço previsto no contrato, sem que fossem adotadas as devidas cautelas e medidas, em desacordo com os arts. 66 e 86 da Lei 8.666/1993, e sem que fossem tomadas providências pelo ministério para executar as multas contratuais para os casos de atrasos, previstas na cláusula 15 do termo de referência do referido contrato (item III.1.2.6);

c.6) ausência do pré-requisito legal que autoriza a prestação dos serviços para usuário final, não governamental, na modalidade do programa “Internet para Todos” pela Telebras, em desacordo com o art. 4º, § 4, do Decreto 7.175/2010 (item III.1.2.7);

d) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, alertando sobre a possibilidade de decisão deste Tribunal vir a determinar a anulação ou a alteração de cláusulas contratuais, a oitiva da Telecomunicações Brasileiras S. A. (Telebras) para que, no prazo de quinze dias, manifeste-se, em relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sobre os seguintes indícios de irregularidades:

d.1) ausência de comprovação de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica para prestação do serviço contratado, em desrespeito aos arts. 27, incisos I e II, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU (item III.1.2.1);

d.2) adequabilidade dos preços contratados com os praticados atualmente no mercado, em desrespeito aos arts. 3º, art. 7º, § 2º, inc. II, e art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei 8.666/1993 e ao princípio da economicidade previsto no art. 70 da Constituição Federal e à jurisprudência do TCU (item III.1.2.2);

d.3) inexigibilidade de licitação, sob justificativas indevidas - exigência de fornecimento do serviço por banda Ka (item III.1.2.3) e definição de lote único nacional (item III.1.2.4), que restringiram o número de competidores e direcionaram a contratação da Telebras em desacordo com o art. 3º, *caput* e § 1º, inciso I, o art. 23, § 1º, e o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU;

d.4) recebimento de pagamento adiantado no valor de R\$ 60 milhões, em desrespeito aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964, art. 40, inc. XIV, art. 55, inc. III e art. 65, inc. II, alínea c, da Lei 8.666/1993, art. 38 do Decreto 93.872/1986 e à jurisprudência consolidada do TCU (item III.1.2.5);

d.5) ausência de condições técnicas e operacionais na data da assinatura do contrato para a prestação do serviço previsto no acordo, sem que fossem adotadas devidas cautelas, e sem que

houvesse o pagamento das multas contratuais previstas para os casos de atrasos, em desacordo com os arts. 66 e 86 da Lei 8.666/1993 (item III.1.2.6);

d.6) ausência do pré-requisito legal que autoriza a prestação dos serviços para usuário final, não governamental, na modalidade do programa “Internet para Todos” pela Telebras, em desacordo com o art. 4º, § 4, do Decreto 7.175/2010 (item III.1.2.7);

e) encaminhar cópia da presente instrução ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) e à Telecomunicações Brasileiras S. A. (Telebras), como subsídio às manifestações a serem requeridas;

g) comunicar ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos.

À consideração superior.
SeinfraCOM, 2ª Diretoria, em 20/7/2018.

Ana Paula Smidt Nardelli
AUFC – Matrícula 10204-0