

TC 023.481/2018-8

Tipo: Representação com pedido de cautelar.

Unidade Jurisdicionada: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações 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: Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTelebrasil).

Proposta: Deferimento parcial de pedido de agravo com efeito suspensivo.

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, Inovações 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.

HISTÓRICO

2. No dia 10/7/2018, o representante, sindicato que representa operadoras de telecomunicações, apresentou ao TCU pedido de cautelar para a imediata suspensão do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, firmado entre o MCTIC e a Telebras, e a invalidação do referido acordo, destinado a atender o programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (peça 1, p. 27).

3. Em 25/7/2018, por meio do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, o Tribunal adotou medida cautelar suspendendo e determinando oitiva à Telebras e ao MCTIC (peça 41):

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, 45 da Lei 8.443/1992 e 235, 237, inciso VII, parágrafo único, e 276 do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. conhecer da representação;

9.2. **adotar medida cautelar, inaudita altera pars, e determinar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e à Telecomunicações Brasileiras S.A. que suspendam a execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 até que o TCU delibere sobre o mérito da matéria;**

9.3. **determinar a oitiva do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – com alerta sobre a possibilidade de decisão deste Tribunal vir a determinar a anulação do contrato ou a alteração de cláusulas contratuais – para que, no prazo de 15 (quinze) dias,**

manifeste-se, em relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sobre os seguintes indícios de irregularidade:

9.3.1. ausência de critérios com vistas à comprovação de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica para a contratação da Telebras e ausência de análise dessas precondições 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;

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

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

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

9.3.5. assinatura do contrato mesmo diante da indefinição e ausência de condições técnicas e operacionais necessárias à prestação do serviço previsto no ajuste, 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 nos casos de atraso, previstas na cláusula 15 do termo de referência do referido contrato;

9.3.6. ausência do pré-requisito legal que autorize 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. 9.4. determinar a oitava da Telecomunicações Brasileiras S.A. – com alerta sobre a possibilidade de decisão deste Tribunal vir a determinar a anulação do contrato ou a alteração de cláusulas contratuais – para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se, em relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sobre os seguintes indícios de irregularidade:

9.4. determinar a oitava da Telecomunicações Brasileiras S.A. – com alerta sobre a possibilidade de decisão deste Tribunal vir a determinar a anulação do contrato ou a alteração de cláusulas contratuais – para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se, em relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sobre os seguintes indícios de irregularidade:

9.4.1. 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;

9.4.2. adequabilidade dos preços contratados com os praticados atualmente no mercado, em desrespeito aos arts. 3º, 7º, § 2º, inciso II, e 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;

9.4.3. inexigibilidade de licitação, sob justificativas indevidas – exigência de fornecimento do serviço por banda Ka e definição de lote único nacional –, que restringiram o número de competidores e direcionaram a contratação da Telebras, em desacordo com os arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, 23, § 1º, e 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência deste Tribunal;

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

9.4.5. ausência de condições técnicas e operacionais na data da assinatura do contrato para a prestação do serviço previsto no acordo, sem que fossem adotadas as devidas cautelas e sem que houvesse o pagamento das multas contratuais previstas para os casos de atraso, em desacordo com os arts. 66 e 86 da Lei 8.666/1993;

9.4.6. 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. (grifos nossos)

4. Em 31/7/2018, foi dada ciência do referido acórdão aos responsáveis (peças 51 e 52).
5. Em 6/8/2018, tanto a Telebras (peças 54 e 55) quanto o MCTIC (peça 56) apresentaram pedido de agravo com efeito suspensivo ao TCU.
6. Em 14/8/2018, por meio de despacho, a Ministra Relatora decidiu (peça 60):

Em virtude da grande relevância do contrato em questão e das especificidades técnicas do objeto, avalio que o processo deve ser encaminhado à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração – SeinfraCom e à Secretaria de Recursos - Serur, unidades técnicas especializadas, para que se pronunciem, com urgência, sobre os presentes agravos, inclusive, preliminarmente, quanto à possibilidade de concessão de efeito suspensivo.

Ante o exposto, decido:

b) encaminhar os autos à SeinfraCom e, em seguida, à Serur, para que se pronunciem, com urgência, sobre os presentes agravos, inclusive, preliminarmente, quanto à possibilidade de concessão de efeito suspensivo. (sem grifos nos original)

7. Diante disso, a presente instrução destina-se à análise dos argumentos expostos no agravo, no que afeta à competência desta SeinfraCOM. A análise da admissibilidade do recurso, assim como da possibilidade de concessão de efeito suspensivo, foi realizada pela Serur, conforme pareceres acostados às peças 67-70.

EXAME TÉCNICO

8. Ambas as petições se fundamentaram essencialmente em argumentos técnicos e vinculados às irregularidades apontadas na cautelar e que foram objeto de oitiva. Dessa forma, é necessário analisar os agravos interpostos sob o aspecto técnico da matéria em discussão.

9. É importante deixar claro que, diante da relevância do assunto e do pedido de urgência requisitado pela ministra relatora, a análise contida na presente instrução está restrita aos elementos contidos no pedido de agravo realizado pelo MCTIC em conjunto com a Telebras.

10. Não estão sendo analisadas as respostas encaminhadas posteriormente pelos responsáveis, relacionadas à oitiva determinada no Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes. Elas serão objeto de análise em instrução específica, por esta unidade técnica, com a devida cautela e urgência, respeitando as previsões regimentais do TCU.

11. Ressalta-se que o pedido de agravo apresentado pelos dois órgãos buscou seguir os itens abordados na cautelar, razão pela qual o exame técnico seguirá a estrutura dos documentos apresentados pela Telebras e pelo MCTIC.

12. Assim, passa-se a analisar os pedidos protocolados pelos responsáveis.

I. Análise dos argumentos apresentados no pedido de agravo da Telebras

13. Para facilitar a compreensão, os principais argumentos apresentados pela Telebras na peça 54 serão elencados em itens e individualmente analisados.

I.1. Dos fundamentos do *fumus boni iuris*

a) A Telebras afirma que o TCU assumiu que os contratos anteriores atenderiam a necessidade atual e alega que a única tecnologia que atende a demanda atual é a Ka.

14. Diferentemente do que alega a estatal, em momento algum na instrução elaborada pela unidade técnica do TCU foi feita a afirmativa de que os contratos anteriores atenderiam a demanda atual. A análise não adentrou o mérito sobre o que existe de demanda atualmente nem comparou esses dados com a capacidade técnica especificada nos contratos anteriores do Gesac.

15. Com efeito, o foco da avaliação realizada para a concessão da cautelar deu-se na forma como foi especificado e contratado o serviço pelo MCTIC junto à Telebras.

16. De toda sorte, até o presente momento, não foram apresentados pelos responsáveis nenhum estudo que demonstre que a combinação de tecnologias não traria benefícios maiores nessa contratação, assim como já havia sido apontado na cautelar.

17. Assim, não procede o argumento sustentado pela Telebras.

b) A petição alega que o TCU assumiu que o custo do satélite pode ser mais elevado que o terrestre e que a solução terrestre não existe para os pontos do Gesac.

18. Novamente, a cautelar focou na restrição adotada pelo ministério ao definir a tecnologia usada no atendimento (conexão satelital em banda Ka, operada por apenas uma prestadora) ao invés de focar no serviço e seu padrão de qualidade em si. Não entrou no mérito se o custo de determinada tecnologia é mais elevado ou não que o de outra, o que também não foi demonstrado nem pelo MCTIC nem pela Telebras.

19. O que foi afirmado é que não foram apresentados elementos que justificassem limitar o tipo de atendimento *a priori* de qual tecnologia utilizar (conexão satelital em banda Ka), já que o governo vem trabalhando outras políticas públicas de massificação do acesso à banda larga por redes terrestres ou por redes móveis, como com a tecnologia 4G.

20. A Telebras e o ministério não podem afirmar sem fundamento ou estudos que nenhuma outra operadora atende essas localidades, principalmente, considerando-se que não conhecem a capilaridade das redes terrestres das inúmeras operadoras.

21. No Brasil, há cerca de 6 mil pequenos provedores que atendem justamente áreas que não são atingidas pelas grandes operadoras. A própria base de dados da Anatel não possui completo conhecimento sobre os dados da infraestrutura de rede desses provedores, como foi constatado no processo de elaboração de TACs (acessado em 13/8/2018, em <http://teletime.com.br/05/06/2018/tac-da-telefonica-alertou-provedores-regionais-para-necessidade-de-cadastro-na-anatel/>).

22. Além disso, há a possibilidade de atendimento de localidades do Gesac, ainda que não todas, por meio de satélites de outras operadoras. Dessa forma, também se faz necessário comprovar, por meio de estudos e análises comparativas, que a melhor solução seria o atendimento por um único operador nacional (contratação em lote único). Novamente, esses elementos comprobatórios não foram apresentados pelo MCTIC nem pela Telebras.

23. Ao invés de devidamente motivar sua decisão com base em dados e análises comparativas, o MCTIC simplesmente assumiu que não havia outras formas de atendimento das localidades do Gesac e, como não houve processo licitatório, as demais operadoras sequer tiveram a oportunidade de precificar e demonstrar como seria feito esse atendimento tecnicamente.

24. Resta, portanto, afastado mais um argumento da estatal.

c) Sobre a irregularidade de não comprovar ganhos financeiros com a antecipação dos R\$ 60 milhões, afirma que, “por se tratar de inexigibilidade, inexistente parâmetro de mercado” que possa comprovar que os preços foram superestimados.

25. Ressalta-se que, novamente, a Telebras não apresentou nenhum elemento novo hábil para desconstituir a análise feita na instrução que ensejou a cautelar (peça 36).
26. Não se pode falar que, por se tratar de inexigibilidade, inexistente parâmetro de mercado para referência. Conforme apontado naquela instrução (peça 36), a previsão de 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 – 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.
27. O serviço em banda Ka já é prestado por outras operadoras no Brasil e, conforme consta na cautelar, não houve sequer tentativa de levantar esses preços de referência pelo MCTIC e pela Telebras. Ainda que os preços de mercado estejam atrelados a conexões com algum tipo de diferenciação técnica com relação às da Telebras (como uso de franquia), existem diversas formas de aproximar as condições de ambos os serviços e tornar seus preços comparáveis.
28. Agrava essa situação o fato de que a própria estatal apresenta, em sua petição, uma figura com a informação de que oito outros satélites que prestam o serviço Ka no Brasil, o que deixa ainda mais latente a ausência de sentido da argumentação de que o preço de referência não pode ser obtido no mercado.
29. O fato de a Telebras ter mais capacidade do que os demais concorrentes e ter lançado o satélite com uma tecnologia mais nova (HTS) que otimiza o serviço (segundo o MCTIC, peça 56, p. 18), por si só, já levaria a um raciocínio de que, em tese, o preço da estatal deveria ser mais barato que o dos demais. Assim, teoricamente, o preço do mercado é um importante parâmetro e deveria servir, no mínimo, como teto do preço da Telebras. Entretanto, tal análise não foi realizada pelos responsáveis.
30. É preocupante também o fato de que o preço real praticado pela Telebras é, na verdade, maior que o preço informado por ela e pelo MCTIC, como será demonstrado adiante.
31. Na petição da Telebras de agravo (peça 54), é possível identificar que, não somente a empresa não comprovou a equivalência de seus preços com os do mercado, como não argumentou financeiramente o porquê do adiantamento dos R\$ 60 milhões e não apresentou comprovação de que essa operação foi financeiramente vantajosa para o MCTIC.
32. É fundamental ter em mente que, apesar de o valor mensal constante no contrato ser de R\$ 700/mês para a conexão de 10 Mbps, o valor real da conexão cobrado pela Telebras é bem superior a isso pois deve-se considerar também o adiantamento do montante de R\$ 60 milhões já pago pelo MCTIC no primeiro mês do contrato.
33. Seria um grave equívoco considerar que o preço da Telebras é de R\$ 700/mês, desprezando-se o valor adiantado pelo ministério. Para se obter o valor real mensal, que representa a soma do montante antecipado de R\$ 60 milhões com o valor pago por ponto ao longo da vigência do contrato, seria necessário realizar um cálculo, por meio de fluxo de caixa descontado ou por ferramenta similar, que representasse as reais condições financeiras da contratação e o preço efetivo cobrado pela Telebras.
34. Isso porque o valor efetivo de determinada quantia de dinheiro tem valor diferenciado dependendo do instante de tempo em que esse valor é pago. Quanto maior o tempo ou número de parcelas de dispêndio, maior será a influência de fatores externos e macroeconômicos em relação ao poder aquisitivo da moeda e o valor real do contrato.

35. Dessa forma, ao optar pelo dispêndio dos R\$ 60 milhões (10% do total do contrato) já no primeiro mês, o montante real do valor do contrato apresentará valores diferentes do que valeria se esses gastos fossem feitos ao longo do tempo de vigência do contrato. Ademais, para comprovar, de fato, a vantajosidade real alegada pelo MCTIC e pela Telebras, seria necessário considerar outros elementos econômicos que afetam o valor do contrato, como índices de inflação e juros, por exemplo, o que não foi demonstrado pelos responsáveis.

36. Além de permitir que seja identificado o valor mensal real cobrado no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, viabilizando a comparação de seus valores com os preços do mercado, o referido cálculo é fundamental para comprovar se, com a antecipação de R\$ 60 milhões, foi dado, de fato, um desconto com relação ao preço inicial. Isso partindo do princípio que o preço inicial está compatível com o preço de mercado, condição essa que também não foi comprovada pelos responsáveis no presente processo.

37. Para que houvesse um desconto real no preço dos serviços (que justificaria o pagamento no primeiro mês dos R\$ 60 milhões), como foi alegado pela Telebras e pelo ministério, o valor real final contratado, obtido ao serem considerados todos os pagamentos e o ajuste do dinheiro no tempo, deveria ser inferior ao valor inicial proposto, o que não foi comprovado nos autos.

38. Ressalta-se que, sem essas evidências, há o risco de que não tenha sido dado um desconto real no valor do contrato e tenha sido feita uma mera antecipação de parte do contrato no preço inicial, já que pagar antecipado parte do contrato e abater esse montante das parcelas seguintes não constituiria desconto. Se esse for o caso, a antecipação dos R\$ 60 milhões, pelo MCTIC, sem que tenha havido real vantagem financeira, representa grave irregularidade, questão essa também apontada na cautelar como um dos fundamentos do pressuposto do *fumus boni iuris*.

39. Nos autos, o MCTIC afirma que, com a antecipação, “houve um desconto na ordem de 32% em relação ao valor da conexão proposto” (peça 23, p. 7). Entretanto, o ministério confirmou, em reunião realizada com esta secretaria no dia 21/8/2018, que equivocadamente deixou de considerar nessa conta os R\$ 60 milhões já pagos no primeiro mês. Portanto, não resta comprovada a existência do aludido desconto e da vantajosidade quanto à necessidade de antecipação de valores.

40. Assim, com relação aos argumentos técnicos apresentados na petição da Telebras, não foram identificados novos argumentos que pudessem elidir a irregularidade apontada. Também não foram apresentados os estudos financeiros e os cálculos necessários para a comprovação de que houve vantagem e benefícios econômicos na antecipação de montante milionário. Destaca-se que a Telebras não apresentou tais fundamentações quando questionada em diligência (peça 10) e, novamente, não apresentou elementos comprobatórios no pedido de agravo em análise.

41. Além do indício de irregularidade referente à antecipação do pagamento dos R\$ 60 milhões, foi apontada na cautelar a ausência de comprovação da compatibilidade dos preços da Telebras no contrato MCTIC 02.0040.00/2017 com os preços de mercado.

42. Primeiramente, conforme já apontado anteriormente, o preço do contrato de R\$ 700/mês por ponto não corresponde ao valor real pago, pois desconsidera os R\$ 60 milhões pagos antecipadamente. Além disso, é necessário considerar que haveria a incidência de ICMS nesse tipo de serviço, que pode chegar a 40% do seu valor.

43. Dado que a Telebras e o MCTIC não apresentaram os elementos comprobatórios e os cálculos necessários para se identificar o preço real contratado, considerando os R\$ 60 milhões pagos inicialmente, passa-se a fazer uma análise sumária considerando somente os ajustes relacionados à incidência do ICMS. Entretanto, sabe-se, de pronto, que o preço ajustado com o imposto estará subestimado, pois não contabiliza a parcela milionária já paga pelo MCTIC.

44. Reunindo os preços fornecidos pela Telebras nas condições definidas anteriormente, obtêm-se os seguintes:

Figura 1 – Preços da Telebras no contrato e nas condições de diferentes cenários

Preços da Telebras desconsiderando os R\$ 60 milhões já pagos	Velocidade (Mbps)	Preço sem ICMS	Preço com ICMS*	Valor do mega (R\$/Mbps)
	10	R\$ 700,00	R\$ 980,00	R\$ 98,00
	15	R\$ 1.150,00	R\$ 1.610,00	R\$ 107,33
	20	R\$ 1.500,00	R\$ 2.100,00	R\$ 105,00

Fonte: elaboração própria a partir do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 (peça 31).

* Foi considerada para fins de estimativa de precificação uma alíquota de ICMS de 40%, conforme mencionado pelo MCTIC na peça 56, p. 33.

45. Visando comparar o preço da estatal com o preço dos demais operadores de banda Ka, buscaram-se dados do setor que indiquem preços de referências de operadores de satélite, conforme figura 2 a seguir.

46. Foram obtidos preços de referência diretamente na internet, no site de ofertas das operadoras, sendo que um deles (Hughes Brasil) se refere ao fornecimento do serviço de satélite no Brasil, ou seja, constitui uma razoável base comparativa.

Figura 2 – Levantamento de preços de conexão por satélite de várias operadoras

Operadora de satélite	Franquia de dados mensal (GB)	Velocidade download (Mbps)	Valor mensal (R\$)**	Valor do mega (R\$/Mbps)
Hughes no Brasil	40	15	R\$ 299,90	R\$ 19,99
Hugues no exterior (U\$)	20	25	R\$ 231,177	R\$ 9,25
Vivasat no exterior (€\$)	150	15	R\$ 388,061	R\$ 25,87
Viasat no exterior (US\$) - Plano Unlimited 35	sem franquia*	35	R\$ 1.321,20	R\$ 37,75
Viasat no exterior (U\$) - Plano Unlimited Bronze	sem franquia*	12	R\$ 231,21	R\$ 19,27
Viasat no exterior (U\$) - Plano Unlimited Platinum	sem franquia*	100	R\$ 776,20	R\$ 7,76

* Embora não haja previsão de redução de velocidade, se ultrapassar 200, 40 e 150 GB de consumo no mês, respectivamente, há a possibilidade de priorização do tráfego de outros clientes em alguns momentos

**Todos os preços consideram já os impostos locais em que a oferta está disponível. Ressalta-se que, ainda que fosse adicionada a alíquota de ICMS do Brasil, os preços continuariam inferiores ao da Telebras

Para a conversão foram utilizadas cotações do dia 13/12/2017 (data da assinatura do contrato da telebras) - Fonte:

Cotação dólar R\$ 3,303
Cotação euro R\$ 3,881

***acessados em 23/8/2018 e disponíveis em: <https://www.hughesnet.com.br/planos>; <https://www.hughesnet.com/get-started>; <http://vivasat.pt/tarifario/>; <https://www.exede.com/business-order-availability/?zip=85260>; <https://www.exede.com/plan->

Fonte: elaboração própria a partir dos dados obtidos nas fontes listadas na tabela, acessados em 28/8/2018.

47. Analisando os dados da figura 2, verifica-se que o preço da empresa Hughes no Brasil para a conexão com velocidade de 15Mbps corresponde a R\$ 19,99/Mbps.

48. Fazendo uma comparação direta desse valor com os da Telebras, verifica-se que, ainda que seja considerado somente o valor do contrato, ignorando a antecipação dos R\$ 60 milhões (premissa essa adotada pelo MCTIC e, repisa-se, incompatível com a realidade), o preço final da conexão com velocidade de 15 Mbit/s da Telebras de R\$ 107,33/Mbps (com ICMS) corresponde a um valor cinco vezes maior do que o preço da empresa Hughes (R\$ 19,9/Mbps), que fornece o mesmo serviço no Brasil.

49. Comparando os valores obtidos nas figuras 1 e 2, é possível constatar que os preços praticados pela Telebras estão significativamente maiores que todos os preços de referência coletados no mercado, sem falar que não está sendo considerado o montante de R\$ 60 milhões já pago pelo MCTIC, que tornaria os preços da estatal ainda mais caros.

50. É importante ressaltar que o preço da Hughes Brasil e os preços levantados no site das operadoras no exterior consideram franquia de dados de até 40Gb. A franquia de dados representa a quantidade de dados contratada, ou seja, define um volume finito de informações que pode ser utilizado (como, por exemplo, quantos e-mails, fotos, músicas e vídeos os computadores podem enviar e receber durante certo tempo).

51. Qualquer volume de dados que exceder a quantidade contratada está sujeita a novas condições de negócio, como, a título de exemplo, uma possível redução de velocidade do tráfego de dados ou uma possível cobrança do excedente a um preço mais caro pelas operadoras.

52. Assim, a existência de franquia pode impactar o preço ofertado. Isso porque, depois que for atingido o consumo previsto na franquia em um único mês, a velocidade da conexão seria reduzida ou o preço das empresas tenderia a subir. Supostamente, isso não ocorreria com a conexão da Telebras, já que não há previsão de franquia no contrato firmado com o MCTIC, mantendo-se o preço independentemente do consumo mensal, conforme consta no item 7.5.1.5.3 do Termo de Referência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 (peça 34).

53. Entretanto, ainda que sejam modelos de negócios distintos, há formas de calcular qual seria o impacto da franquia nos preços obtidos no mercado em comparação com os da Telebras, realizando ajustes nos valores dos planos da Telebras e das demais operadoras de satélite e tornando os preços comparáveis.

54. Uma análise nesse sentido é essencial para a comprovação de que os preços da Telebras estão compatíveis com os de mercado. Poderiam ser consideradas variáveis como o tráfego existente, o tráfego potencial, os preços das operadoras em um cenário sem franquia, entre outras diversas formas de avaliação que não foram sequer consideradas e nem apresentadas pelos MCTIC e Telebras.

55. Diante do exposto, verifica-se que, à primeira vista, os preços da Telebras aparentam estar bem mais altos do que os demais. Porém, tal cenário ainda necessita de maiores informações para ser corretamente avaliado, por meio das devidas análises comparativas dos preços de mercado, considerando as especificações técnicas de cada produto e realizando os devidos ajustes para tornar a comparação desses preços a mais fidedigna possível.

56. Contudo, é exatamente a ausência de tais análises pelo MCTIC e pela Telebras que inviabiliza afirmar que o preço contratado pela Telebras é compatível com os preços de mercado. Pelo contrário, em uma análise sumária, os preços da estatal aparentam estar bem mais caros, ponto esse que ressalta a necessidade de uma análise aprofundada do MCTIC e da Telebras sobre a compatibilidade do preço contratado com o de mercado.

57. Soma-se a isso o fato de que a Telebras, em seu pedido de agravo, apresenta análise elaborada, em 2013, pelo próprio Ministério das Comunicações (atual MCTIC), em que, ao fazer uma comparação de preços praticados em conexões de satélite em banda Ka (peça 54, p. 13), apresenta o valor aproximado de aproximadamente R\$ 330/mês, considerando a cotação do dólar na data da assinatura do contrato. Assim, os preços de referência datados de 2013 e levantados pelo próprio ministério são bem inferiores aos valores praticados no contrato da Telebras de 2017 (R\$ 980/mês com ICMS), chegando a corresponder a 33% do preço da estatal.

58. A incompatibilidade entre o preço contratado pelo ministério e os preços de referência coletados por ele próprio consiste em indício de grave irregularidade. Não cabe ao MCTIC, na implementação de política pública tão importante, onerar o Estado brasileiro em uma contratação com um preço superior ao praticado no mercado, conforme aponta a sua própria análise. O ministério, bem como outros órgãos de administração pública, deve sempre buscar a melhor oferta para a prestação dos seus serviços, garantindo maior eficiência e alcance das políticas públicas.

59. Apenas a título de exemplo, supondo que houvesse uma redução de 20% no preço total do contrato com a Telebras para atender os quinze mil pontos no Gesac, essa diferença poderia representar o atendimento adicional de quase quatro mil localidades novas.
60. Ademais, destaca-se que, conforme apontado na instrução à peça 36, o MCTIC optou por contratar a Telebras por um prazo de 60 meses, fixando o preço contratado durante esses cinco anos e deixando de considerar a forte tendência histórica da redução do preço por Mbps a cada ano. Assim, a expectativa de que o custo atual de 10 Mbps tende a reduzir nos próximos três anos torna o preço da Telebras ainda mais caro.
61. Causa estranheza a opção do ministério em adotar um contrato com essa duração diante da esperada redução significativa do preço das conexões satelitais nos próximos anos, apontada pelo próprio MCTIC em análise dos preços do Gesac ao longo dos anos (peça 23, p. 2).
62. A referida tendência de redução nos valores do serviço de conexão por satélite, principalmente em banda Ka, também foi recorrentemente apontada e analisada em detalhes pela própria Telebras em diversos documentos e notas técnicas elaboradas pela estatal (TC 022.981/2018-7, peça 1, p. 9 e TC 018.569/2013-7, peça 197, p. 44), que conclui que “a queda de preços seria inevitável”.
63. Assim como mencionado pela própria estatal em suas notas técnicas, pode-se ter uma boa noção da previsão de queda dos preços do serviço de conexão satelital por meio do relatório periódico “*NSR's Satellite Capacity Pricing Index*” elaborado pela empresa internacional Northern Sky Research (NSR), de consultoria e pesquisa de mercado especializada no setor de telecomunicações, em particular em tecnologias satelitais (acessado em 15/8/2018 e disponível em <http://www.nsr.com/about-nsr/>).
64. A versão de 2016 desse relatório afirma que, só em 2016, foi identificada uma queda de 10% nos preços dos serviços satelitais (peça 74). Trata-se de um percentual significativo e que pode alterar bastante os preços de referência encontrados no mercado.
65. Ora, se a própria empresa estatal e o MCTIC têm ciência da previsão de significativa redução no valor dos serviços contratados em um curto período de tempo, não resta justificada a decisão de assinar o contrato por 60 meses (prazo máximo permitido em lei e superior ao prazo de todos os contratos anteriores do Gesac) por um preço fixo por esse prazo (inclusive prevendo reajuste pelo índice IST). Principalmente, porque tal decisão impede que a Administração Pública usufrua de benefício econômicos oriundos de ganhos de eficiência do mercado por um prazo de cinco anos.
66. Há a possibilidade de o aumento do prazo permitir uma maior diluição dos custos e, dessa forma, reduzir o preço contratado. Entretanto, ainda assim, é necessário comprovar que o benefício financeiro advindo dessa negociação supera o potencial benefício que seria obtido caso fosse feito um contrato com prazo menor, mas que permitisse que o ministério usufruísse dos ganhos de eficiência do mercado e da redução de preços reflexo da operação de novos satélite e tecnologias já previstas nos próximos anos.
67. A análise identificou também que, diferentemente do que os responsáveis alegam, não houve comprovação de que foi dado desconto real nos valores contratados.
68. Considerando a ausência de comprovação do real desconto no preço da Telebras e da compatibilidade dos preços da estatal com os de mercado, bem como a perspectiva de possível queda dos preços do serviço no mercado (podendo chegar até uma redução de 10% em um único ano), constata-se que a escolha de tal prazo contratual pode acarretar significativo dano ao erário nos próximos cinco anos.

69. Soma-se a isso o fato de que o ente público optou por um contrato longo mesmo diante da previsão de entrada em operação de diversos satélites no país nos próximos anos, o que reforça a expectativa de redução do preço do serviço.

70. Um dos satélites previstos inclusive já começou a operar no Brasil em abril de 2018 e outro iniciará suas operações ainda no final de 2018 (acessado em 14/8/2018 e disponível em <http://www.telesintese.com.br/yahsat-anuncia-o-lancamento-comercial-do-al-yah-3-no-brasil/> e em <http://www.telesintese.com.br/com-novo-satelite-hughes-amplia-oferta-de-banda-larga-para-o-brasil/>).

71. Ressalta-se que, embora o art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993 permita formalmente a assinatura de contratos com prazo de até 60 meses, decisão nesse sentido precisa ser devidamente motivada e respeitar os demais princípios que regem a Administração Pública, com destaque para o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal e no art. 2º da Lei 9.784/1999, e o princípio da economicidade, previsto no art. 70 da Constituição Federal.

72. Assim como foi apontado pela AGU ao analisar a contratação da Telebras (peça 25, p. 20), a situação também vai de encontro com a jurisprudência do TCU, conforme Acórdão 929/2017-Plenário-TCU, relator Min. José Múcio Monteiro:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, em:

9.2. dar ciência à (...) **das seguintes impropriedades**, detectadas em relação ao pregão (...), **em inobservância aos princípios da transparência e da motivação dos atos administrativos**:

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;** (grifos nossos)

73. A análise contida na presente seção evidencia que a Telebras não apresentou nenhum elemento novo que elida os indícios de irregularidades atinentes à falta de comprovação da vantajosidade que justifique a antecipação de R\$ 60 milhões e à falta de comprovação de compatibilidade entre os preços da estatal e aqueles de mercado. Mais grave, foram reforçadas as possíveis distorções dos preços da Telebras, pelos motivos expostos até aqui, os quais, pela sua gravidade, vale a pena sintetizar a seguir:

a) o preço mensal do contrato de R\$ 700 por ponto não corresponde ao valor real pago, pois desconsidera os R\$ 60 milhões pagos antecipadamente, montante esse equivalente à 10% do contrato aproximadamente;

b) o montante milionário foi pago pelo MCTIC já no primeiro mês de contrato, o que significa que esse valor antecipado tem impacto financeiro imediato no fluxo de caixa do negócio, o que enfatiza ainda mais a necessidade de demonstração pela Telebras de estudos e cálculos que comprovem a viabilidade econômico-financeira do acordo;

c) a antecipação dos R\$ 60 milhões só seria justificável se resultasse em descontos reais para a administração pública, porém não foram apresentadas evidências de que houve um desconto real e não somente uma antecipação de parte do contrato no preço inicial;

d) não foi evidenciado já que a Telebras não comprovou equivalência de seus preços inicial e final com os de mercado e já que seus preços aparentam estar bem mais caros do que os de outros operadores de satélite;

e) os preços da Telebras, por estarem no programa Gesac, não consideram a incidência de ICMS, que chega a atingir 40% do preço do serviço, de forma que um comparativo entre os preços

da estatal e os de outras operadoras ou de contratos deveria considerar a aplicação adicional dessa alíquota;

f) o MCTIC optou por fazer um contrato de 60 meses, fixando o preço atual da Telebras para os próximos 5 anos sem que sejam considerados os ganhos de eficiência do mercado, o avanço exponencial de melhoria da tecnologia e sua redução de custos e deixando de considerar a previsão de operação de novos satélites no Brasil (algumas inclusive já iniciadas), o que reduzirá ainda mais os preços do serviço.

74. Diante do exposto, permanece, em análise perfunctória, a fumaça do bom direito quanto aos fundamentos analisados neste tópico.

d) A estatal afirma que o satélite da Telebras em banda Ka é a única escolha “em razão da política pública definida pelo MCTIC”

75. Novamente, a empresa não apresentou nenhum novo elemento nem evidências de que não haveria ganhos no atendimento do Gesac por meio de lotes ou até por atendimento por um conjunto de operadoras em consórcio.

76. Somente alega que é a melhor solução para garantir qualidade igual em todas as localidades, mas, mais uma vez, sem comprovar que é a melhor solução e a mais barata. Tampouco comprovou que as outras operadoras não poderiam fornecer o serviço com a mesma velocidade de conexão nem apresentou comparação da capacidade e da vantagem da Telebras frente aos demais possíveis fornecedores.

e) A Telebras alega que as premissas foram resultado de avaliação técnica feita de modo pormenorizado

77. A alegação acima não é compatível com a realidade identificada pelo TCU e, especialmente, pela AGU, em seu parecer, que apontaram que, no processo da contratação, não foram realizadas análises pormenorizadas antes da assinatura do contrato por inexigibilidade e, em especial, deixando de considerar os aspectos relacionados no parecer da AGU.

78. Ademais, a empresa não apresentou nenhum novo elemento que possa justificar o pedido de efeito suspensivo, permanecendo os riscos apontados na proposta de cautelar (peça 36) e, por conseguinte, os fundamentos do *fumus boni iuris* quanto a este ponto.

f) Na petição, a estatal repete a argumentação da singularidade do satélite da Telebras e que ela justifica a inexigibilidade

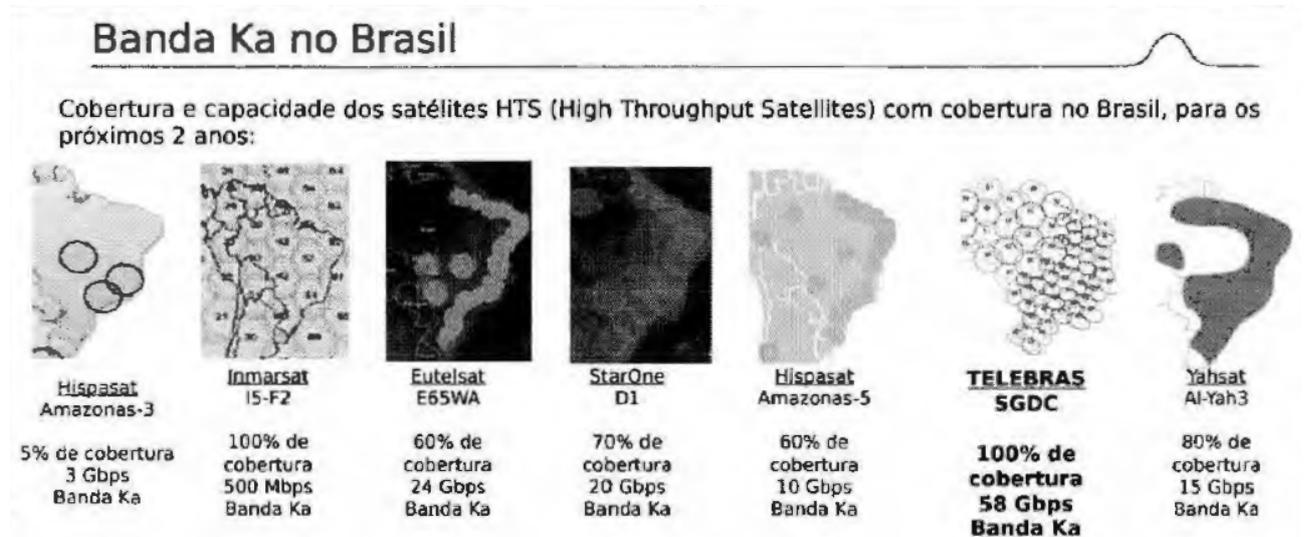
79. Sobre esse ponto, ressalta-se que foi questionada a decisão do MCTIC de exigir somente serviços com determinadas características, sem a devida motivação, restringindo a concorrência do processo licitatório, já que só poderiam ser prestados por uma determinada tecnologia e empresa, em detrimento das outras diversas opções. O fato de a Telebras possuir um satélite com característica própria não significa que o edital do MCTIC tem que ser modelado com base nele.

80. O que se busca analisar é a adequação entre a escolha da inexigibilidade e o fundamento de que há singularidade no satélite da Telebras por ele cobrir 100% do território nacional em banda Ka, além de analisar se a atuação do MCTIC buscou eficiência econômica e técnica nessa contratação.

81. Em sua petição, a Telebras não apresenta nenhum novo fundamento que possa justificar o provimento do agravo e de seu efeito suspensivo nem que possa elidir as irregularidades apontadas, dado que somente repete a argumentação já analisada preliminarmente na cautelar (peça 36, p. 16 a 22). Pelo contrário, os elementos trazidos somente reforçam os indícios de ausência de motivação para a inexigibilidade, a saber.

82. A petição do MCTIC apresenta diagnóstico elaborado pela própria Telebras (peça 56, p. 77):

Figura 3 – Diagnóstico da Telebras sobre a cobertura dos satélites em banda Ka no Brasil



Fonte: peça 56, p. 77

83. Pelos dados da figura acima, a Telebras tem 58 Gbps de banda disponível. Entretanto, é um equívoco afirmar que essa banda estaria totalmente disponível para os serviços a serem prestados pela Telebras, visto que ela cedeu 58% da capacidade de seu satélite para a empresa Viasat, ficando a estatal com apenas aproximadamente 24 Gbps.

84. Ainda que haja a possibilidade de uso, pela Telebras, do restante da capacidade cedida, verifica-se que não se trata de uma alternativa garantida nem imediata, pois depende de fatores como: a capacidade da Viasat estar ociosa ou não; novas negociações entre a Telebras e a empresa parceira; impedimento de uso da parcela da Viasat pela estatal durante os primeiros anos de contrato; entre outros fatores (TC 022.981/2018-7, peça 2, mídia anexa, volume 2).

85. Assim, seria prudente e mais fidedigno considerar que, no modelo atual adotado pela estatal, a capacidade disponível pela Telebras para a prestação de seus serviços (como o programa Gesac) seria em torno de 24 Gbps, o que aproximaria a disponibilidade de banda da estatal com a das demais operadoras.

86. Analisando os dados presentes no diagnóstico da figura 3, verifica-se que há diversas empresas que cobrem o Brasil com banda Ka. Diferentemente do que alegam os responsáveis, há inclusive operadora com 100% de cobertura (Inmarsat), embora seu satélite tenha quantidade reduzida de banda disponível.

87. Ainda que tenha capacidade reduzida, a existência de tal satélite não pode ser simplesmente desconsiderada, dado que, conforme já apontado na análise que ensejou a cautelar, uma possível combinação de fornecedores e de tecnologias poderiam resultar em modelos mais eficientes e baratos para atendimento do Gesac, avaliação essa que não foi realizada nem considerada pelo MCTIC.

88. Independentemente do referido satélite, é importante destacar que o referido estudo da Telebras, apresentado pelo MCTIC, aponta a existência de operadoras que cobrem 60, 70 e até 80% do Brasil, com satélites que possuem representativa capacidade de disponibilidade em banda Ka.

89. Utilizando o Sistema Integrado de Monitoramento do MCTIC, cujo acesso foi disponibilizado a esta secretaria na auditoria objeto do TC 023.835/2016-8 (peça 20, p. 19 do referido

processo), Acórdão 1.898/2017-TCU-Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, foi possível comparar o mapa de pontos do Gesac atualmente ativos (referentes aos contratos vigentes desde 2014) com os mapas de cobertura das demais operadoras de satélite, conforme figura 3 da presente instrução. Nessa análise, identificou-se que parcela significativa, se não a maioria, dos pontos do Gesac se encontra em áreas que possuem atendimento em banda Ka por outras operadoras, isso sem considerar o atendimento por outras tecnologias, como banda Ku, C e outras.

90. Do referido diagnóstico, é possível obter as seguintes conclusões:

a) permanece não esclarecida a motivação da inexigibilidade e a comprovação da necessidade de contratação por um único lote e fornecedor, o que restringiu a divisão da contratação em lotes e impediu o fornecimento do serviço por meio de outras soluções (como, por exemplo, com a combinação de diferentes tecnologias e fornecedores);

b) há diversas prestadoras no país que prestam serviços em banda Ka e que detêm significativa cobertura nacional, chegando até a 80% de cobertura do território nacional, conforme informado pelo próprio MCTIC, isso sem contar a cobertura existente por meio de outras tecnologias (como banda Ku, C e outras);

c) a diversidade de operadoras de satélite e os diversos perfis de cobertura deles enfatizam ainda mais o questionamento sobre se a divisão do edital em lotes (como vinha sendo feito em todos os contratos passados do Gesac) não seria vantajosa e não traria benefícios econômicos significativos para a Administração Pública. Lembra-se que essa questão, até o presente momento, não foi comprovada pelos responsáveis.

91. Assim, além de não apresentar fatos novos, verifica-se que a ausência de motivação pela contratação por inexigibilidade e em lote único é agravada pelo fato de que, atualmente, há satélites que cobrem o país com capacidade considerável de banda e com cobertura de aproximadamente 80% do território brasileiro em banda Ka.

92. Outrossim, o MCTIC e a Telebras não apresentaram estudo ou análise que permitisse identificar (ainda que por estimativa) quantos pontos e quais áreas, no âmbito do total de pontos previstos no contrato do Gesac, são atendidos exclusivamente pelo satélite da Telebras. Tal avaliação é essencial para forma a caracterizar, com base em fatos e dados concretos, o real impacto da área de cobertura da Telebras para atendimento a Política do Gesac face ao total de pontos a serem atendidos pelo programa, de forma a justificar a contratação por inexigibilidade.

93. Com efeito, a ausência de cálculos e elementos comprobatório torna ainda mais difícil de identificar a vantajosidade econômica de se exigir um lote único e um fornecedor nacional quando considerado que já há atendimento de 80% do território brasileiro com a tecnologia em banda Ka e há a tendência de ampliação de satélites ao longo dos próximos anos, todos utilizando a tecnologia considerada singular pela Telebras.

94. Diante do exposto, entende-se que a petição não traz elementos que possam justificar o provimento do agravo e de seu efeito suspensivo nem que elidam as irregularidades apontadas na cautelar.

g) A petição da Telebras deixa a entender que o TCU fala que devem ser utilizadas as outras alternativas de soluções e defende que a escolha deles foi baseada no princípio da eficiência.

95. A instrução da área técnica do TCU não entrou no mérito sobre se era viável ou não as outras alternativas. O que foi enfatizado é que existem outras soluções e que o gestor não fundamentou devidamente a restrição dessas soluções, o que restringiu a competição sem comprovação de ganho econômico e operacional efetivo.

96. Como a própria Telebras apontou, “a mera existência de outras alternativas técnicas não autoriza o administrador a optar por qualquer uma delas” (peça 54, p. 8), ou seja, o gestor não pode restringir sua escolha a uma solução específica por vontade própria sem fundamentação. E isso é exatamente o que foi apontado na instrução à peça 36.

97. Para se falar em atendimento ao princípio da eficiência, não é possível adotar como critérios a “uniformidade e a parametrização do serviço”, como justifica a estatal (peça 54, p. 8), se essa decisão prejudica a contratação da proposta mais vantajosa, a legalidade do processo de contratação, os possíveis benefícios concorrenciais, entre outros fatores. Destaca-se que a Telebras não comprovou que restringir a escolha da contratação somente à banda Ka e a apenas um lote era a opção mais eficiente do ponto de vista técnico-econômico, não apresentando nenhum elemento capaz de afastar os indícios de irregularidades que fundamentaram a adoção da medida cautelar.

h) A Telebras afirma que a sua contratação reduz a desigualdade regional.

98. Quanto a este ponto, cabe ressaltar que o que reduz a desigualdade regional é a operacionalização do programa Gesac em si e de outras ações de inclusão digital, independentemente da forma de contratação ou da empresa contratada. A afirmação da Telebras não é compatível com a realidade, o que será melhor evidenciado mais adiante, na análise da petição do MCTIC.

i) A petição da estatal apresenta argumento de que a utilização de um único contrato otimiza a gestão pública.

99. A respeito desse argumento, mesmo que não houvesse absolutamente nenhum problema com o contrato, o que não pode ser garantido diante da análise realizada até aqui, há que se considerar que eventuais problemas, em um único instrumento contratual, poderiam impactar o atendimento e a conectividade em todo o país. Ademais, é certo que a suposta otimização da gestão é limitada por outros critérios como legalidade, proposta mais vantajosa, maior eficiência e alcance da política pública etc.

100. De toda sorte, também não foi comprovado pela Telebras, em uma ponderação custo-benefício, se a manutenção de um único contrato seria a opção mais vantajosa para a política pública em questão.

101. Diante disso, não se verificam elementos que possam afastar inequivocamente os indícios que ensejaram a adoção da medida cautelar.

I.2. Dos fundamentos do *periculum in mora*

102. Em consonância com o que foi apontado na cautelar, **a Telebras afirma que, de fato, “houve o estabelecimento de cláusula contratual que obriga a Telebras a pagar a Viasat por ponto instalado”, mas que há a previsão de que a Telebras pode transferir para outros clientes os gastos dos pontos que forem desativados (como ocorreria com os do Gesac, em caso de decisão desfavorável pelo TCU) (peça 54, p. 16).**

103. Assim, assumindo que realmente há a previsão contratual de que a Telebras pagaria os custos caso o contrato do Gesac fosse cancelado, afirma que esses gastos não existiriam, porque “há a previsão de a Telebras mover esses pontos de acordo com as suas necessidades”, podendo “mover este ponto para outro cliente durante certo período” (peça 54, p. 16).

104. A partir dessas afirmações, depreende-se que:

a) há previsão contratual de que a Telebras pagaria à empresa parceira por pontos ativados, confirmando que a ativação dos pontos do Gesac e seu posterior cancelamento de fato geraria custos devidos pela Telebras à empresa parceira, assim como foi apontado na cautelar;

b) uma vez ativos os pontos do Gesac pela Telebras, os custos gerados por eles já seriam devidos pela estatal à empresa parceira, independentemente da vigência do contrato do Gesac com o MCTIC;

c) supostamente, esses custos poderiam ser transferidos a outros contratos e realocados para outros clientes, de maneira que, no entender da estatal, não haveria riscos nem perigo da demora.

105. Verifica-se que os dois primeiros argumentos confirmam a existência de cláusula que prevê gastos à Telebras caso os pontos sejam ativados e que esses gastos seriam devidos pela estatal mesmo que tais pontos sejam desativados, assim como foi apontado na cautelar. A esse respeito, cumpre destacar que, embora se trate de cláusula afeta a outro contrato da Telebras (com a Viasat), a ativação dos pontos para atendimento do Gesac ocorre no âmbito do contrato ora suspenso (com o MCTIC), de sorte que o possível dano a ser sofrido pela Telebras, em decorrência do perigo da demora em se corrigir os indícios de irregularidades verificados, não pode ser dissociado do ajuste com o MTIC.

106. Sobre o terceiro argumento, considerando-se a premissa de que não haveria gastos se a Telebras conseguisse transferir integralmente os pontos do Gesac para outros contratos (premissa essa que será objeto de críticas a seguir), seria necessário que os outros contratos previssem:

i) prazo de ativação exatamente compatível com a desativação dos pontos do Gesac, para não haver um período intermediário em que os gastos gerados pelo Gesac não estivessem cobertos por outros contratos;

ii) quantitativo de pontos exatamente igual aos pontos do Gesac a serem transferidos; e

iii) velocidades de todos os pontos novos idênticas às dos pontos do Gesac, para que os equipamentos e custos fossem equivalentes e pudessem cobrir os gastos gerados inicialmente pelo contrato do Gesac.

107. Pela improbabilidade de que as previsões acima se concretizem, é imprudente dizer que não haveria gastos em caso de anulação do contrato Gesac, pois muito dificilmente haveria uma imediata demanda de outros clientes que corresponderia exatamente ao prazo, à quantidade e à velocidade dos pontos do Gesac que viessem a ser desligados.

108. Soma-se a isso o fato de que, como apontado pela própria Telebras (peça 36, p. 23), o Gesac é a maior previsão de demanda concreta da empresa estatal, o que reduz ainda mais a probabilidade de que haja demanda equivalente no mesmo prazo.

109. Destaca-se que a Telebras omite em sua resposta que, ainda que todas essas condições fossem atendidas e que fossem transferidos integralmente os pontos, o contrato entre ela e a empresa parceria prevê vários tipos de gastos nesse processo imputados à estatal, com considerável ordem de grandeza e que gerariam custos significativo por ponto transferido (TC 022.981/2018-7, peça 4, p. 52, 129 a 131), incorrendo ainda assim em danos ao erário.

110. Assim, sobre a caracterização do perigo da demora, verifica-se que, além do risco decorrente dos custos de instalação e desinstalação já apontados pela unidade técnica do TCU (peça 36, p. 39 a 41), identificam-se possíveis custos adicionais a serem incorridos pela Telebras, em uma eventual transferência de pontos, caso haja a ativação dos pontos do Gesac antes que o Tribunal decida no mérito, gerando ainda maior dano ao erário e permanecendo configurado o *periculum in mora*.

111. É importante deixar claro também que, independentemente dos gastos incorridos pela Telebras, a unidade técnica do TCU apontou outro elemento que caracteriza o perigo da demora e de relevância ainda maior, associada ao impacto social do programa.

112. Isso porque, caso seja dada continuidade ao andamento do contrato entre a Telebras e o MCTIC sem decisão de mérito do TCU, uma eventual decisão posterior pela anulação do contrato pode resultar no desligamento efetivo e na desassistência dos pontos atualmente já atendidos pelo Gesac. Com a manutenção da cautelar, contudo, esse risco não se materializa, pois tais pontos não serão migrados dos contratos atuais para o contrato com a Telebras antes da deliberação de mérito do Tribunal.

113. Ressalta-se que esse elemento do *periculum in mora* não foi abordado pela Telebras em sua petição.

I.3. Dos fundamentos do *periculum in mora* reverso

114. Sobre o *periculum in mora* reverso, **a Telebras afirma que a cautelar resulta na “imediata suspensão da implementação da política pública” definida pelo Poder Executivo.**

115. Tal argumentação perde o sentido ao ser considerado, como já foi apontado pela própria unidade técnica do Tribunal, que os pontos atualmente assistidos pelo programa Gesac permanecerão atendidos até junho de 2019, fim da vigência dos contratos iniciados em 2014.

116. Ainda que haja a previsão futura de expansão de pontos e velocidades pelo novo modelo do programa escolhido pelo MCTIC, não haverá imediata suspensão da política pública, dado que a população coberta pelos pontos atualmente instalados continua sendo assistida pelos contratos vigentes e o cronograma de implementação de pontos no contrato com a Telebras dura aproximadamente um ano e meio.

117. Embora sejam relevantes a atualização e a ampliação da velocidade e dos pontos a serem atendidos pelo programa Gesac, esses fatores não podem justificar atos eivados de ilegalidades e uma contratação realizada a qualquer custo. Do contrário, está-se diante de uma ação ineficiente do Estado para a implementação de uma política pública, o que pode vir a prejudicá-la no médio e longo prazo.

118. Como já citado anteriormente, apenas a título de exemplo, supondo que houvesse uma redução de 20% no preço total do contrato com a Telebras para atender os quinze mil pontos no Gesac, essa diferença de preço poderia representar o atendimento adicional de quase quatro mil localidades novas, aumentando o alcance da política pública.

119. Trata-se de elementos que tornam ainda maior a necessidade de análise e cautela das condições do contrato entre o MCTIC e a Telebras antes da continuidade da prestação dos novos serviços.

II. Análise dos argumentos apresentados no pedido de agravo do MCTIC

120. Para facilitar a compreensão, os principais argumentos apresentados pelo MCTIC na peça 56 serão elencados em itens e individualmente analisados.

II.1. Dos fundamentos do *fumus boni iuris*

a) Análise dos argumentos apresentados pelo ministério referentes à contratação por inexigibilidade.

121. Sem apresentar elementos novos ou maiores esclarecimentos sobre a irregularidade, o MCTIC traz o mesmo argumento de que o atendimento por banda Ka é melhor que por banda Ku.

122. Afirma que as avaliações técnicas indicaram, no momento da contratação, que a Telebras, por meio de seu satélite, era a única empresa que possuía condições de atender aos requisitos do novo Gesac. No entanto, não apresentou nenhum estudo concreto dessa análise e, nas poucas abordagens do assunto, não demonstrou que outros prestadores com serviços variados não pudessem atender a

necessidade do programa, que é a prestação de serviços de internet em determinados locais de interesse do governo.

123. O ministério, novamente, conclui que outros prestadores e outras soluções não atendem à sua demanda, porém deixa de considerar o fato de que há satélites novos em operação e a previsão de outros que podem alterar esse entendimento. Não apresenta elementos que justifiquem a decisão de adotar o prazo de cinco anos para o contrato com a Telebras, algo que historicamente ocorria de forma diferente, já que os contratos anteriores, como os de 2014, tinham prazos menores (de 36 e 48 meses), com possibilidade de renovação.

124. Como já dito anteriormente nesta instrução (no item c da seção 1.1 pertencente à análise dos argumentos apresentados no pedido de agravo da Telebras), a tendência real de redução de custo por Mbps verificada nesse mercado pode tornar um contrato de prestação de serviço desse tipo e com essa tecnologia muito oneroso ao Estado se o preço contratado for fixado por longo período. Trata-se de um grave risco, ainda que a escolha tenha se dado dentro do máximo período permitido em lei.

125. O MCTIC faz uma conta sumária sobre a capacidade da banda Ku (peça 56, p. 12) e, a partir dela, afirma que a capacidade do satélite da Telebras é única. Entretanto, utilizar como referência contratos anteriores do Gesac, que preveem a utilização das tecnologias existentes há quatro anos, desconsiderando as novas ofertas em banda Ka por diversas operadoras no Brasil, resulta em uma distorção do cenário hoje existente e impede a correta identificação das possíveis formas de atendimento existentes atualmente.

126. A análise realizada pelo MCTIC não confirma haver vantagem real no modelo de contratação definido sem respaldo em pesquisa de mercado e em nenhum estudo sobre o potencial de atendimento por uma combinação de vários tipos de conexões.

127. O ministério argumenta que a Telebras pode atender melhor as regiões Norte e Nordeste do país. Porém, sem um estudo que analise as outras possíveis soluções ofertadas por outras operadoras ou qual o percentual dessas regiões é unicamente atendido pela Telebras, não é possível garantir tal afirmativa.

128. Primeiramente, é importante lembrar que, como já explicado anteriormente, seria mais prudente e fidedigno considerar que, no modelo atual adotado pela estatal, a capacidade disponível pela Telebras para a prestação de seus serviços (como o programa Gesac) é reduzida, sendo considerados aproximadamente 24 Gbps, dado que parcela de sua capacidade foi cedida à empresa parceira (Viasat).

129. Além disso, o fato de o satélite da Telebras ter grande capacidade, não significa que, na elaboração do satélite, necessariamente foi destinada grande capacidade para o atendimento das regiões Norte e Nordeste. Novamente, não foram apresentados elementos que comprovem qual o percentual dessas regiões é atendido somente pela Telebras e qual a capacidade de atendimento dos pontos do Gesac pelas demais operadoras.

130. Rememora-se que há satélites que cobrem todo o país com capacidade considerável de banda e com cobertura de aproximadamente 80% do território brasileiro em banda Ka.

131. Como já dito anteriormente, utilizando o Sistema Integrado de Monitoramento do MCTIC, foi possível comparar o mapa de pontos do Gesac atualmente ativos (referentes aos contratos vigentes desde 2014) com os mapas de cobertura das demais operadoras de satélite, conforme figura 3 da presente instrução. Nessa análise, identificou-se que parcela significativa, se não a maioria, do quantitativo de pontos do Gesac encontra-se em áreas que possuem atendimento em banda Ka por outras operadoras, isso sem considerar o atendimento por outras tecnologias.

132. Além disso, identificou-se que há outras operadoras que atendem as regiões Norte e Nordeste do Brasil, conforme dados constantes da figura 3 da presente instrução (que mostra um diagnóstico elaborado pela Telebras sobre a cobertura dos satélites em banda Ka no Brasil), de forma que a inexigibilidade e a contratação por lote único poderiam ser justificáveis se parcela significativa dos pontos do Gesac não fossem atendidos por outras operadoras, situação essa que não foi evidenciada pelo MCTIC.

133. É importante lembrar que não está sendo considerada a cobertura em outras tecnologias e bandas, o que ampliaria ainda mais o atendimento das referidas regiões pelas diversas operadoras do mercado.

134. Verifica-se, pois, que o ministério não apresentou elementos capazes de afastar os fundamentos do *fumus boni iuris* apontados.

b) Análise dos argumentos apresentados pelo ministério referentes ao parcelamento do objeto.

135. Novamente, o órgão não apresentou argumentos inéditos. Somente alega que, na licitação passada, dividida em lotes, não foram identificados benefícios vinculados a isso.

136. Ora, assim como já apontado na instrução à peça 36, essa licitação ocorreu há mais de quatro anos, quando eram usadas outras tecnologias e com preços muitos descolados da realidade atual. Ademais, desde então, aumentou o número de operadoras de satélite do país e há previsão de que outras entrem no mercado ainda este ano. Assim, não faz sentido nenhum se basear em preços e processos desatualizados e incompatíveis com o momento atual do país.

137. O MCTIC afirma também que o serviço requer um prestador só, argumento esse que já foi objeto de críticas na presente instrução e na que ensejou a cautelar e que não foi evidenciado, pelo ministério, por meio de justificativa técnica.

138. Dessa forma, não é possível acatar o argumento apresentado.

c) Análise dos argumentos apresentados pelo ministério referentes à justificativa do preço final.

139. O MCTIC alega que, nas contratações sem licitação, a exigência de preço é relativizada e que “se admite, portanto, comprovações da própria empresa a ser contratada, bem como parâmetros análogos”.

140. Entretanto, não apresentou nenhum argumento novo que possa esclarecer o indício de irregularidade que fundamentou cautelar e novamente ignorou os preços disponíveis no mercado de conexão de banda Ka, conforme já apontado anteriormente de maneira detalhada, na análise dos argumentos trazidos pela Telebras.

141. Relembra-se que o estudo elaborado pelo próprio ministério, conforme consta na petição da Telebras e já amplamente analisado na presente instrução (no item c da seção 1.1 pertencente à análise dos argumentos apresentados no pedido de agravo da Telebras), já mostrava preços de 2013 mais baixos (peça 54, p. 13), de aproximadamente R\$ 330/mês (considerando a cotação do dólar na data da assinatura do contrato) do que aqueles que o MCTIC defende agora na contratação da Telebras, no valor de R\$ 980/mês, com ICMS (peça 54, p. 13).

d) Análise dos argumentos apresentados pelo ministério referentes aos riscos de não cumprimento do contrato pela Telebras.

142. Sobre a habilitação financeira, o MCTIC alega que a natureza jurídica da empresa muda as exigências requeridas e que a contratação não foi entabulada com empresa privada, mas sim estatal. Fala que “as empresas estatais não têm como mote gerar lucros e sim executar atividade pública específica, que “a falta de lucro nunca foi fator que inviabilizasse a contratação de nenhuma estatal” e que “não compete ao MCTIC corrigir a sistemática de déficits estatais” e que a Telebras “vem recebendo vários aportes de capital” (peça 56, p. 36 a 38).

143. Destaca-se que não é objetivo da unidade técnica fazer uma análise sobre a contratação de estatais em tese ou dos objetivos de uma empresa estatal em face de sua condição de ser uma empresa S.A. e listada em bolsa.

144. O que se procurou apontar foi a ausência de uma análise, pelos responsáveis, do risco de a Telebras não conseguir honrar os compromissos e prazos de seu contrato, tendo em vista que a sua condição financeira pode impactar na sua capacidade operacional, o que afetaria a prestação do Gesac e a população atendida pelo programa. Risco esse agravado ao se considerar o prazo de cinco anos do contrato.

145. Concordamos com a argumentação de que não compete ao MCTIC e a nenhum outro órgão de governo corrigir a sistemática de déficit das estatais e, por isso mesmo, os preços de contratação de qualquer estatal para prestação de atividade econômica devem ser compatíveis com os preços de mercado, de forma a não onerar o Estado brasileiro.

146. Entretanto, ressalta-se que os riscos no presente contrato são altos e por isso não podem deixar de ser apontados e alertados aos responsáveis.

147. Com relação à habilitação técnica, o MCTIC fala que “a Telebrás é detentora de infraestrutura de redes terrestres de alta capacidade” e que “especificamente sobre o SGDC, a referida empresa pública e o Ministério da Defesa operam 30% da capacidade do satélite na banda X, de uso exclusivamente militar, o que também demonstra sua habilitação técnica” (peça 56, p. 38).

148. O argumento distorce os fatos reais sobre como se dá a operacionalização de redes de telecomunicações e a experiência da Telebras. Primeiramente, a operação de estruturas de redes terrestres vem sendo conduzida, inclusive, por pequenos provedores locais que não possuem a expertise e dimensão das grandes operadoras, e não tem serve como base para se concluir que a empresa tem capacidade de operar satélites, que detém uma rede de comunicações com um nível de complexidade muito elevado.

149. Tanto é que a Telebras teve dificuldades de construir a estrutura terrestre e a operação do seu satélite próprias e acabou cedendo parte da capacidade dele em troca de alguém que pudesse operá-lo pra ela (TC 018.569/2013-7, peça 197).

150. Distorce a realidade ao falar que ela, juntamente com o Ministério da Defesa, opera 30% da capacidade do satélite em banda X.

151. A Telebrás apenas atua na operação do artefato satelital, como um todo, e não tem relação alguma com a prestação do serviço de comunicação em banda X, sendo essa operação inteiramente conduzida pelo Ministério da Defesa. Dessa forma, não é correto atribuir à estatal a capacidade técnica da prestação de serviço em Banda X e sua operação. Ressalta-se que o MCTIC não está contratando capacidade satelital, mas sim a prestação do serviço (“aquisição de serviços de transmissão bidirecional de dados” – peça 31, p. 32).

e) Análise dos argumentos apresentados pelo ministério referentes ao pagamento adiantado de 60 milhões de reais.

152. O MCTIC não apresentou nenhuma argumentação nova que pudesse esclarecer as irregularidades que serviram de fundamento à cautelar. Somente alega que “a antecipação foi um excelente negócio para a União, tendo em vista a redução expressiva no valor do contrato”.

153. Tal argumentação não deve prosperar, dado que a cautelar já apresentou argumentos de que não há evidências de que houve vantagem real com relação ao preço obtido após a antecipação.

154. Além disso, a ausência de fundamento para a antecipação de R\$ 60 milhões e de comprovação da equivalência dos preços da Telebras com os preços de mercado foram amplamente discutidas e evidenciadas na presente instrução, ao tratar do tema na análise da petição da Telebras (item c da seção 1.1 pertencente à análise dos argumentos apresentados no pedido de agravo da Telebras).

155. Foi identificado que o preço inicial de referência aparenta estar superestimado, o que dificulta a identificação da vantagem obtida no percentual de desconto dado após o adiantamento, e não foram apresentados preços de referência do mercado que pudesse servir como base. Lembrando que, assim como já foi apontado, por meio de uma simples busca na internet, por exemplo, é possível identificar preços muito mais competitivos do que os da Telebras para a prestação do mesmo serviço ou de serviço com velocidades maiores.

156. Destaca-se, também, que o MCTIC teria adiantado R\$ 60 milhões à Telebras apenas a título de um suposto desconto, não comprovado pelo MCTIC em suas respostas, sem a prestação de nenhum serviço ao MCTIC e sem comprovação da efetividade econômica desse adiantamento, evidenciação esta imprescindível para que seja caracterizado o interesse público. Assim, a ausência de comprovação de tais benefícios econômicos e do interesse público na antecipação do montante milionário fere a jurisprudência desta Corte, como já apontado na cautelar (Acórdão 2565/2007 - Primeira Câmara, relatoria do Min. Aroldo Cedraz, Acórdão 534/2014 – Plenário, relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, Acórdão 1565/2015- Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, Acórdão 554/2017- Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo).

II.2. Dos fundamentos do *periculum in mora*

157. **Sobre o fato apontado pelo TCU de que cancelamento ou alteração do contrato implicaria em inúmeras obrigações à Telebras, o MCTIC fala que “tal conclusão não decorre da literalidade do Contrato associativo celebrado entre a Telebras e a Viasat. Pelo contrário, a literalidade da cláusula é expressa em indicar que a única consequência aplicável em caso de rescisão do acordo nesta hipótese é o exercício do direito previsto na cláusula 12.4 do acordo, que trata da opção de venda dos equipamentos da Viasat, sem qualquer pagamento na manutenção dos pontos”.**

158. Destaca-se que o TCU vem acompanhando o contrato firmado entre a Telebras e a empresa Viasat no TC 022.981/2018-7, no qual se analisa em detalhes o contrato citado pelo MCTIC.

159. Observa-se um equívoco na afirmação feita pelo ministério em sua resposta. A cláusula citada pelo órgão, de que supostamente não haveria custos adicionais à Telebras (o que não é verdade já que o próprio MCTIC fala em custos de compra de equipamentos), encontra-se no contrato de parceria da estatal com a Viasat e suas condições se aplicam exclusivamente a esse contrato, não tendo relação nenhuma com o contrato da Telebras com o MCTIC. Ou seja, aplica-se somente em caso de cancelamento do contrato entre a Viasat e a Telebras, e não abrange cancelamento de outros contratos que a Telebras faça com seus clientes diretamente.

160. Isso significa que, em caso de cancelamento do contrato entre o MCTIC e a Telebras no Gesac, os custos gerados por ele seriam devidos pela Telebras à Viasat da mesma forma e em mesmo montante. A cláusula citada pelo MCTIC tem o condão de isentar a Telebras de pagamento de alguns

custos somente em caso de rescisão do contrato com a Viasat, e não de outros contratos da Telebras com seus clientes.

161. A argumentação não é compatível com a realidade, dado que o MCTIC tenta justificar indevidamente a ausência de *periculum in mora* com cláusulas contratuais que não se aplicam ao presente caso e que sequer a Telebras considerou em suas respostas.

162. Pelo contrário, conforme citado anteriormente, a resposta da Telebras confirmou o entendimento manifestado na instrução à peça 36 e permitiu, inclusive, identificar mais um fator de perigo na demora que não havia sido tratado diretamente na cautelar, que se trata dos custos incorridos pela Telebras para que a Viasat realize uma eventual transferência de pontos.

163. Ademais, conforme se afirmou anteriormente, ainda que o possível prejuízo a ser incorrido pela Telebras decorra de outro contrato, a sua materialização ocorre no âmbito do contrato ora suspenso (com o MCTIC). Ou seja, se a estatal ativar e depois tiver que desativar ou transferir os pontos referentes ao Gesac, de todo modo terá que arcar com os custos decorrentes do contrato com a Viasat. Nessa esteira, a possibilidade de dano decorrente da demora, no presente caso, está intrinsecamente associada ao contrato com o MCTIC, por se concretizar na ativação dos pontos nele previsto, ainda que decorra de cláusula contratual do contrato com a empresa parceira.

164. Novamente, assim como apontado na análise da petição da Telebras, é importante deixar claro também que, independentemente dos gastos incorridos pela Telebras, a unidade técnica do TCU apontou outro elemento que caracteriza o perigo da demora e que possui uma relevância ainda maior, associado ao impacto social do programa.

165. Isso porque, caso seja dada continuidade ao andamento do contrato entre a Telebras e o MCTIC, sem decisão de mérito pelo TCU, uma deliberação posterior que determine a anulação do contrato pode resultar no desligamento efetivo e na desassistência dos pontos já atendidos pelo Gesac, o que não ocorrerá se tais pontos não migrarem para o contrato com a Telebras antes da análise de mérito pelo Plenário desta Corte.

166. Ressalta-se que esse elemento do *periculum in mora* não foi abordado pelo MCTIC em sua petição, de modo que permanecem os fundamentos que lhe dão suporte.

167. O MCTIC argumenta que a ausência do perigo da demora fica mais clara com o fato de que, desde a assinatura do contrato até a cautelar, se passaram sete meses.

168. Considerando a atuação tempestiva do TCU, que ocorreu antes que houvesse andamento significativo da execução do contrato e dos pagamentos a ele atrelados, não faz sentido tentar descaracterizar o perigo da demora pelo tempo transcorrido entre o ato da assinatura e a atuação do TCU, período de maturação e compreensão sobre o tema.

169. Soma-se a isso o fato de que foram constatados riscos nesse contrato oriundos de outro processo de controle externo (da parceria entre a Viasat e a Telebras), de modo que eram necessárias análises também com relação ao impacto daquele processo no andamento da presente representação. Ressalta-se, ainda, que o contrato entre a Telebras e a Viasat ficou suspenso liminarmente por três meses e que, sem esse contrato, segundo a Telebras, não era possível cumprir o contrato do Gesac. Não há que se falar, portanto, que o contrato ora suspenso estivesse em plena execução por esse período, dado que só poderia ter iniciado efetivamente a partir de 16/7/2018, quando o STF derrubou a liminar que impedia o acordo da estatal com a Viasat e, conseqüentemente, a ativação dos pontos do contrato Gesac.

170. Desconsiderar a tempestividade do TCU e as implicações do outro processo de controle externo no atual processo é uma visão superficial e sem fundamentos no contexto da presente

representação, de forma que não há que se falar em prejuízo ao *periculum in mora* pelo tempo transcorrido desde a assinatura do contrato do Gesac.

II.3. Dos fundamentos do *periculum in mora* reverso

171. O ministério afirma que, com a manutenção da decisão, o MCTIC será forçado a interromper os pontos de conexão, tendo em vista que não há orçamento para manutenção dos contratos do Consórcio Conecta Brasil II (o orçamento foi reduzido com a previsão de migração dos contratos)

172. O argumento trazido pelo ministério levanta dúvidas sobre a forma e os fundamentos com os quais o MCTIC decidiu pela renovação dos contratos atuais por mais um ano, já que não havia previsão orçamentária para o serviço.

173. De toda sorte, embora argumente a ausência de orçamento, o ministério novamente não apresenta elementos comprobatórios para tal afirmativa.

174. A comprovação se torna ainda mais necessária se considerado que o MCTIC assinou o contrato com a Telebras em um montante de R\$ 663 milhões nos próximos cinco anos, contrato esse que prevê alocação de orçamento “à conta dos recursos próprios para atender às despesas” no início de cada exercício financeiro (peça 31, p. 2).

175. Isso significa que houve já uma previsão orçamentária pelo Poder Público para manter ativo o programa do Gesac, ainda que inicialmente tenha sido previsto para pagar os pontos do Gesac já no modelo contratado com a Telebras. Ressalta-se que o contrato com a estatal possui maior quantidade de pontos e um dispêndio previsto bem mais alto, o que leva ao entendimento que os recursos alocados para o programa Gesac nos próximos anos supera aquele necessário para manter ativos os pontos dos contratos vigentes desde 2014.

176. Parte dos recursos para operacionalizar o Gesac é oriunda de outros órgãos, a exemplo do Ministério da Educação (MEC), os quais têm determinadas expectativas ao aderir ao programa. Nesse sentido, ainda que originalmente os recursos previstos para determinado exercício sejam destinados a atender uma expansão do programa, por um lado, não é razoável concluir que, em caso de necessidade real e diante de problemas com o novo contrato com a Telebras, os demandantes dos serviços do Gesac (como o MEC, por exemplo) deixarão de fazer os repasses de recursos e optarão por cancelar os pontos que já vêm sendo atendidos desde 2014, deixando a população e os órgãos públicos desassistidos até que sejam resolvidas as irregularidades na contratação realizada pelo MCTIC ou até que os demandantes realizem suas próprias contratações, se assim optarem.

177. Por outro lado, há que se ponderar que, embora a expansão do programa seja inequivocamente importante para o desenvolvimento do país, não é razoável adotá-la como justificativa para processos de contratações ilegais e cujo andamento pode trazer outros prejuízos maiores ao país, como um todo.

178. Dentre esses prejuízos cita-se, por exemplo, uma possível menor expansão do programa em médio e longo prazo, tendo em vista que, sem a devida justificativa de preços, prazos e outras condições do contrato, as possíveis ineficiências econômicas podem onerar o Estado e reduzir sua capacidade de dar continuidade ao programa e até mesmo expandi-lo futuramente.

179. Também se menciona, como já citado anteriormente, que uma suposta redução de 20% no preço total do contrato com a Telebras para atender os quinze mil pontos no Gesac poderia

representar o atendimento adicional de quase quatro mil localidades novas, aumentando o alcance da política pública. Ou seja, o que se busca no presente caso é justamente resguardar o interesse público e garantir que esteja ancorado nos princípios da legalidade, da eficiência e da economicidade, de modo a garantir a efetividade da política pública.

180. É importante ponderar que a cautelar se destina a evitar que, até que sejam sanados ou esclarecidos os indícios de irregularidades identificados pelo TCU, sejam gerados danos ao erário e prejuízos irreparáveis ao país e à população.

181. Conforme apontado no Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, sabe-se que esses prejuízos aumentam cada vez mais à medida que o MCTIC e a Telebras ativam os pontos do programa Gesac. Assim, o *periculum in mora* reverso alegado pelo MCTIC, de forma geral, não logra justificar a continuidade do contrato de R\$ 663 milhões e a ativação de todos os pontos antes que sejam corrigidas as irregularidades.

182. Entretanto, no caso de uma situação emergencial, que represente risco ao país, atípica e não recorrente, que possa ser melhor conduzida pelo Estado por meio da ativação de alguns pontos específicos do programa Gesac, é possível verificar que, exclusivamente para esses pontos isolados, entende-se que o *periculum in mora* reverso de fato esteja presente, com a possibilidade de prejuízos que justifiquem excepcionalizar a cautelar para o atendimento desses pontos específicos.

183. O MCTIC, por meio do Aviso 348/2018-MCTIC, de 22/8/2018 (peça 71), do Ministro Gilberto Kassab, relatou o agravamento da situação no estado de Roraima, em especial na fronteira com a Venezuela, e da necessidade de interconexão de órgãos de Governo nessa região.

184. No aviso é informado (peça 71, p. 1):

Conforme e-mail anexo, do representante do Ministério da Defesa, a utilização deste recurso do Gesac era tamanha que, em 16 de maio de 2018, foi solicitada a ampliação da banda de 10 Mbps para 20 Mbps, pois a velocidade disponibilizada estava sendo insuficiente para o atendimento local.

Além do Pelotão Especial de Fronteira em Pacaraima/RR estar atualmente sem a conexão demandada, outras entidades solicitaram conexões de alta capacidade, tais como (i) guarnições do Exército Brasileiro, incumbidas de acompanhar a evolução e atuar na região de forma a receber as pessoas e a dirimir conflitos, (ii) o posto da Política Federal, que tem a incumbência de legalizar a migração, (iii) hospitais de emergência e abrigos, que estão sendo construídos, bem como (iv) o Tribunal de Justiça em Pacaraima.

Destaca-se que a situação vivida na localidade tem se agravado a cada dia e o Governo Federal tem envidado grande esforço para o saneamento da situação.

Portanto, submeto a Vossa Excelência estas sérias considerações, com o fim de solicitar, com urgência, a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo interposto pela União, **para que o contrato seja executado, com o conseqüente religamento do ponto de internet no Pelotão Especial de Fronteira em Pacaraima/RR, bem como para atendimento a milhares de escolas rurais, 150 (cento e cinquenta) postos de fronteira na Calha Norte, 293 (duzentas e noventa e três) unidades de saúde, aldeias indígenas, comunidades quilombolas e telecentros em comunidades carentes.** (grifos nossos)

185. Juntamente com o pedido, o MCTIC apresenta a Nota Informativa MCTIC 2408/2018/SEI-MCTIC (peça 71, p. 3 e 4), que descreve a “situação gravíssima no Estado de Roraima” e se atém a explicar as condições que caracterizam uma crise emergencial nessa região.

186. O MCTIC encaminhou também uma nota complementar afirmando que “as unidades para as quais foram solicitadas conexões de alta capacidade são, além do Posto Especial de Fronteira - PEF, guarnições do Exército Brasileiro incumbidas de acompanhar a evolução e atuar na região de forma a receber as pessoas e dirimir conflitos, o posto da Política Federal, que tem a incumbência de legalizar a migração, Hospitais de emergência e abrigos que estão sendo construídos, o Tribunal de Justiça em Pacaraima e o Fórum” (peça 71, p. 6 e 7). Cita também que a demanda por novos pontos de conexão nessa região tem surgido à medida que ocorre a necessidade.

187. Verifica-se que a situação da fronteira de Roraima, descrita pelo MCTIC e amplamente divulgada na mídia, enquadra-se na situação descrita anteriormente: situação emergencial de risco ao país, atípica e não recorrente, e que pode ser melhor conduzida pelo Estado por meio da ativação de alguns pontos específicos do programa Gesac. Por conseguinte, exclusivamente para esses pontos, pode-se entender que há o *periculum in mora* reverso.

188. Utilizando o Sistema Integrado de Monitoramento do MCTIC, foi possível identificar o mapa de pontos do Gesac atualmente ativos (referentes aos contratos vigentes desde 2014). A fronteira do estado de Roraima foi dividida em três áreas de concentração (Amajari, Pacaraima e Uiramutã), que possuem, juntas, 48 pontos no Gesac. Além disso, o estado do Amazonas possui outras três áreas de concentração que fazem fronteira com a Venezuela (São Gabriel da Cachoeira, Santa Isabel do Rio Negro e Barcelos), que totalizam 33 pontos ativos.

189. Ressalta-se que esses pontos (totalizando 81 pontos) não se concentram especificamente na entrada da fronteira do país, e sim espalhados por toda a área da concentração. Dessa forma, utilizar tais quantitativos como referência consiste em uma medida bastante conservadora.

190. Com vistas a evitar que sejam considerados somente os pontos ativos e permitindo que haja um excedente de 20% dos pontos, caso necessário, propõe-se, com base nos dados obtidos no Sistema Integrado de Monitoramento do MCTIC, o deferimento parcial da cautelar para que seja permitida a ativação, caso necessária, de 98 pontos do programa Gesac por meio do contrato da Telebras somente nas localidades que fazem fronteira com a Venezuela e que se encontram nas áreas de concentração Amajari, Pacaraima e Uiramutã do estado de Roraima e São Gabriel da Cachoeira, Santa Isabel do Rio Negro e Barcelos do estado do Amazonas.

191. O pedido do MCTIC solicita efeito suspensivo da cautelar não apenas dos pontos da região em crise na fronteira de Roraima como também inclui o atendimento de escolas rurais, unidades de saúde, aldeias indígenas e telecentros. Entretanto, ao avaliar os dados apresentados, verifica-se que, sobre os pontos citados, não foi sequer feita análise pelo MCTIC nem demonstrada a relação de tais pontos com a situação emergencial discutida, de modo que não é possível caracterizar o *periculum in mora* reverso para esses outros casos.

192. Ressalta-se que, para que seja aplicável essa exceção, o estado emergencial e não recorrente deve ser devidamente comprovado e fundamentado com base em dados e fatos, evidenciando inclusive que não haveria outras formas de atendimento ou contratação dessas conexões, não sendo possível usufruir de tal exceção para atender qualquer outra situação que não seja resultante de crise atípica do país.

193. Isso porque, embora o atendimento desses pontos seja relevante a longo prazo, já foi devidamente evidenciado na presente instrução e na cautelar que cada ativação de ponto do programa Gesac sem que sejam sanadas as irregularidades constatadas pode gerar não apenas um dano significativo ao erário, como tem o potencial de deixar a população daquela localidade desassistida

no futuro, em caso de migração dos contratos antigos para o contrato da Telebras e a eventual anulação ou revogação desse contrato.

III. Do pedido de agravo com efeito suspensivo

194. O art. 289 do Regimento Interno do TCU, que dispõe:

Art. 289. De despacho decisório do Presidente do Tribunal, de presidente de câmara ou do relator, desfavorável à parte, e da **medida cautelar adotada com fundamento no art. 276 cabe agravo, no prazo de cinco dias, contados na forma do art. 183.**

(...)

§ 4º A critério do Presidente do Tribunal, do presidente de câmara ou do relator, conforme o caso, poderá ser conferido efeito suspensivo ao agravo. (grifos nossos)

195. Dessa forma, há a previsão normativa de pedido de agravo que poderá ser concedido pelas autoridades do TCU listadas no dispositivo.

196. Entretanto, independentemente de haver a possibilidade jurídica de agravo, com ou sem efeito suspensivo, análise essa que já foi devidamente realizada pela Secretaria de Recursos do TCU (peças 67 e 68), verifica-se que, no pedido, não foram apresentados argumentos nem novos fatos que pudessem elidir as irregularidades apontadas na cautelar e que justificassem acatar o pedido de agravo e conceder a suspensão da medida cautelaratória.

197. Pelo contrário, foi identificado novo elemento (custos de transferência dos pontos já ativos) que complementa os fatores já apontados na cautelar que caracterizavam o perigo da demora (custos de instalação e de desativação e a continuidade de gastos devidos à empresa Viasat pela Telebras por pontos já ativados).

198. Assim, os riscos e o significativo potencial de dano identificados por meio do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, permanecem iminentes, o que reforça a necessidade de manutenção da medida cautelar adotada anteriormente, com a exceção mencionada na seção anterior a respeito da situação emergencial nas áreas de concentração dos estados de Roraima e Amazonas.

199. Ressalta-se ainda que o acórdão recorrido pelos responsáveis não impõe nenhum tipo de medida sancionatória que possa prejudicar a Telebras e o MCTIC, sendo prevista somente a oitiva das unidades jurisdicionadas com vistas a dar oportunidade para que elas esclareçam as irregularidades apontadas na cautelar.

200. Assim, na análise do presente caso concreto, constata-se que há a premente necessidade de manutenção da cautelar, inaudita altera pars, pois não foram afastados os indícios de irregularidades que podem causar danos irreparáveis ao erário e que representam alto risco de ilegalidades na atuação do Poder Público, de forma que propõe-se conhecer o pedido de agravo para no mérito, considerá-lo parcialmente procedente, mantendo a medida cautelar adotada no Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, com exceção de 98 pontos para atender somente as localidades que fazem fronteira com a Venezuela e que se encontram nas áreas de concentração Amajari, Pacaraima e Uiramutã do estado de Roraima e São Gabriel da Cachoeira, Santa Isabel do Rio Negro e Barcelos do estado do Amazonas .

CONCLUSÃO

201. Cuidam os autos de representação com pedido de cautelar em face de possíveis irregularidades na contratação Telebras pelo 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 (parágrafo 1). Em 25/7/2018, por meio do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, o Tribunal adotou medida cautelar suspendendo a execução do contrato e determinando oitiva à Telebras e ao MCTIC (parágrafo 3).

202. Em 6/8/2018, tanto a Telebras quanto o MCTIC apresentaram pedido de agravo com efeito suspensivo ao TCU, cujos aspectos técnicos foram analisados na presente instrução, enquanto a análise de admissibilidade e de cabimento de efeito suspensivo foi feita pela Secretaria de Recursos, conforme solicitado em despacho pela Ministra Relatora em 14/8/2018 (parágrafos 5 e 6).

203. **Foi abordada a questão da ausência de comprovação da compatibilidade dos preços da Telebras com os de mercado e da vantajosidade da antecipação de R\$ 60 milhões, correspondentes a 10% do contrato, pelo MCTIC à estatal.** No entanto, os argumentos apresentados pelos agravantes não são suficientes para afastar a fumaça do bom direito relacionada a esse ponto, pelas seguintes razões:

a) o preço mensal do contrato de R\$ 700 por ponto não corresponde ao valor real pago, pois desconsidera os R\$ 60 milhões antecipados pelo MCTIC;

b) o valor antecipado tem impacto financeiro imediato no fluxo de caixa do negócio, o que enfatiza ainda mais a necessidade de demonstração pela Telebras de estudos e cálculos que comprovem a viabilidade econômico-financeira do acordo;

c) a antecipação dos R\$ 60 milhões só seria justificável se resultasse em descontos reais para a administração pública; porém, não foram apresentadas evidências de que houve um desconto real e não somente uma antecipação de parte do contrato no preço inicial;

d) a Telebras não comprovou a equivalência de seus preços com os de mercado e seus preços aparentam estar bem mais caros do que os de outros operadores de satélite (cinco vezes maior do que o preço da empresa de referência, que fornece o mesmo serviço no Brasil);

e) os preços da Telebras, por estarem no programa Gesac, não consideram a incidência de ICMS, que chega a atingir 40% do preço do serviço, de forma que um comparativo entre os preços da estatal e os de outras operadoras ou de contratos deveria considerar a aplicação adicional dessa alíquota;

f) o MCTIC optou por fazer um contrato de 60 meses, fixando o preço atual da Telebras para os próximos 5 anos sem que sejam considerados os ganhos de eficiência do mercado.

204. **Em relação à questão de que a banda Ka era a única tecnologia adequada e que só poderia ser feita contratação em lote único nacional,** não foram apresentados elementos que justificassem limitar o tipo de atendimento *a priori* de qual tecnologia utilizar (conexão satelital em banda Ka) e limitar a contratação em um único lote nacional. Pelo contrário, os elementos trazidos somente reforçam os indícios de ausência de motivação para a inexigibilidade, tendo a análise realizada nesta instrução resultado nas seguintes conclusões:

a) permanece não esclarecida a motivação da inexigibilidade e a comprovação da necessidade de contratação por um único lote e fornecedor, o que restringiu a divisão da contratação em lotes e impediu o fornecimento do serviço por meio de outras soluções (como, por exemplo, com a combinação de diferentes tecnologias e fornecedores);

b) há diversas operadoras no país que prestam serviços em banda Ka e que detêm significativa cobertura nacional, chegando até a 80% de cobertura do território nacional (isso sem contar a cobertura existente por meio de outras tecnologias, como banda Ku, C e outras), o que poderia

trazer benefícios econômicos significativos para a Administração Pública, caso fosse feita contratação por lotes;

c) o MCTIC e a Telebras não apresentaram estudo ou análise que permitisse identificar (ainda que por estimativa) quantos pontos e quais áreas, no âmbito do total de pontos previstos no contrato do Gesac, são atendidos exclusivamente pelo satélite da Telebras, proporção essa que pode afetar a justificativa da contratação por inexigibilidade.

d) a justificativa de que na licitação passada, dividida em lotes, não foram identificados benefícios vinculados a isso não é sustentável, já que a licitação ocorreu há mais de quatro anos, quando eram usadas outras tecnologias e com preços muitos descolados da realidade atual.

205. Diante do exposto, entende-se que a petição não traz elementos que possam justificar o provimento do agravo e de seu efeito suspensivo nem que elidam as irregularidades apontadas na cautelar.

206. **Quanto aos argumentos levantados em referência aos fundamentos do *periculum in mora***, foi possível concluir que:

207. a) caso seja dada continuidade ao andamento do contrato entre a Telebras e o MCTIC sem decisão de mérito do TCU, uma eventual decisão posterior pela anulação do contrato pode resultar no desligamento efetivo e na desassistência dos pontos atualmente já atendidos pelo Gesac;

b) os elementos trazidos pela Telebras confirmam a possibilidade de prejuízo à estatal decorrentes de gastos a serem incorridos caso os pontos sejam ativados, uma vez que esses gastos seriam devidos por ela mesmo que tais pontos sejam desativados, assim como foi apontado na cautelar;

c) embora a Telebras tenha argumentado que não haveria gastos se ela conseguisse transferir integralmente os pontos do Gesac para outros contratos, foi constatado que é imprudente assumir tal premissa pela improbabilidade de haver uma imediata demanda de outros clientes que corresponderia exatamente ao prazo, à quantidade e à velocidade dos pontos do Gesac que viessem a ser desligados;

d) ainda que existisse a demanda citada no item anterior, a estatal poderia sofrer prejuízo em razão dos gastos com transferências de pontos;

e) o ministério tentou justificar indevidamente a ausência de *periculum in mora* com cláusulas contratuais que não se aplicam ao presente caso e que sequer a Telebras considerou em suas respostas.

208. Em relação aos **fundamentos do *periculum in mora* reverso**, concluiu-se que:

a) não há imediata suspensão da implementação da política pública dado que os pontos atualmente assistidos pelo programa Gesac permanecerão atendidos até junho de 2019, fim da vigência dos contratos iniciados em 2014, e que o cronograma de implementação de pontos no contrato com a Telebras dura aproximadamente um ano e meio;

b) embora sejam relevantes a atualização e a ampliação da velocidade e dos pontos a serem atendidos pelo programa Gesac, esses fatores não podem justificar uma contratação realizada a qualquer custo;

c) a perda de efeito da cautelar pode causar prejuízo à política pública, o que pode vir a prejudicá-la no médio e longo prazo, dado que a correção e a redução do preço contratado poderiam resultar no aumento do alcance da política pública;

d) não foram apresentados elementos comprobatórios para demonstrar que será necessário a interromper os pontos de conexão por falta de orçamento para manutenção dos contratos.

209. No entanto, o MCTIC relatou o agravamento da situação em alguns pontos do estado de Roraima, em especial na fronteira com a Venezuela, e a necessidade de interconexão de órgãos de Governo nessa região. Assim, entendeu-se que, exclusivamente para esses pontos isolados, o *periculum in mora* reverso, de fato, é relevante, com a possibilidade de prejuízos que justifiquem excepcionalizar a cautelar para o atendimento desses pontos específicos. Dessa forma, propõe-se o provimento parcial do agravo, para que, se necessário, os referidos pontos sejam ativados.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

285. Ante o exposto, propõe-se:

a) conhecer dos pedidos de agravo interpostos pela Telebras e do MCTIC, satisfeitos os requisitos previstos no art. 289 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, para, no mérito, considerá-los parcialmente procedentes;

b) diminuir a abrangência dos efeitos da cautelar, de modo a possibilitar a ativação de 98 pontos no âmbito do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, caso necessário, nas localidades que fazem fronteira com a Venezuela e que se encontram nas áreas de concentração Amajari, Pacaraima e Uiramutã do estado de Roraima e São Gabriel da Cachoeira, Santa Isabel do Rio Negro e Barcelos do estado do Amazonas;

c) manter a cautelar do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário para os demais pontos a serem ativados no âmbito do contrato MCTIC 02.0040.00/2017;

d) restituir os autos à SeinfraCOM para a realização da análise das respostas à oitiva e de mérito da presente representação;

e) encaminhar cópia da presente instrução ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) e à Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras).

À consideração superior.
SeinfraCOM, 2ª Diretoria, em 29/8/2018.

Ana Paula Smidt Nardelli
AUFC – Matrícula 10204-0