

VOTO

1ª Parte - ContextualizaçãoI – Introdução

Trata-se de representação com pedido de cautelar formulada pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTeleBrasil), com fulcro em irregularidades que supostamente teriam ocorrido na contratação da empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras) pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) - Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, cujo objeto é a prestação de serviços vinculados ao Programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac), com o objetivo de promover a inclusão digital e social e incentivar a realização de ações de governo eletrônico para a população brasileira.

2. De forma mais detalhada, o objeto dessa contratação foi a aquisição de serviços em regime continuado de transmissão bidirecional de dados em âmbito nacional. Foram especificadas 3 faixas de velocidade para 15.000 pontos, sendo 13.000 pontos em 10 Mbps, 1.000 pontos em 15 Mbps e 1.000 pontos em 20 Mbps. As especificações técnicas para esses pontos estão definidas no termo de referência da contratação. Cabe enfatizar que esse serviço deverá ser prestado sem franquia.

3. Na sua petição, o representante questionou:

a) a legalidade do processo de contratação da Telebras, por inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços no âmbito do Gesac;

b) um suposto benefício indevido que teria sido concedido a um concorrente específico do mercado privado; e

c) a possibilidade de a Telebras prestar serviços de telecomunicações, tendo em vista as competências legais.

4. A Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração - SeinfraCom analisou os documentos contidos nestes autos em cotejo com as informações obtidas por meio de diligências realizadas no processo administrativo de produção de conhecimento TC 017.207/2017-7. Dessa forma, o referido exame não ficou adstrito ao objeto e aos termos da representação apresentada.

5. Considerando a complexidade das questões abordadas nestes autos, julgo conveniente dividir este voto em três partes.

6. Na primeira, traçarei um breve histórico dos fatos mais relevantes que culminaram com a celebração do contrato sob exame, descreverei de forma sucinta os principais elementos desse contrato e apresentarei os principais achados da unidade técnica relacionados com as questões mencionadas no item 2. Ao final dessa seção, tratarei do andamento processual destes autos.

7. Na segunda, sintetizarei a manifestação de mérito da unidade técnica, que se encontra detalhada no relatório que antecede este voto. Por fim, na terceira parte, analisarei o mérito desta representação.

II – Histórico e objetivos do Programa Gesac

8. O Programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) foi criado pela Portaria 256/2002 do Ministério das Comunicações, com o objetivo inicial de disseminar meios que permitissem a universalização do acesso, por meio eletrônico, a informações e serviços do governo. Em especial, pretendia-se oferecer conexão à internet para telecentros, unidades de saúde, escolas, postos de fronteira, quilombos e aldeias indígenas. Sua prioridade era atender comunidades em estado de vulnerabilidade social em todo o Brasil, as quais não apresentavam condições de inclusão digital.

9. Desde a criação do Programa Gesac, o ministério contratava as operadoras de serviços de telecomunicações existentes. Indagado a respeito, o MCTIC informou que:

a) o modelo original de contratação previa a contratação pela União de conexões para as instituições beneficiárias. Tais empresas são contratadas por meio de processos administrativos previstos na Lei 8.666/1993; e

b) no presente momento, vigoram cinco contratos firmados em 2014 com o Consórcio Conecta Brasil II, formado por Embratel, Oi e Vivo. Esses contratos foram prorrogados até junho de 2019, a fim de não prejudicar as instituições hoje atendidas pelo Gesac.

10. Em 6/12/2017, por meio da Portaria MCTIC 7.154, o Ministério aprovou nova norma geral para o Gesac, a qual passou a prever uma segunda forma de prestação de serviços, denominada “Internet para Todos”.

11. Sobre essa mudança, o Ministério afirmou que:

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

50. Constatando a insuficiência de atendimento a muitas localidades, apesar de todo o crescimento da cobertura da telefonia móvel nos últimos anos, o MCTIC desenvolveu a proposta de uma nova modalidade de aplicação dentro do Gesac, que foi denominada de Internet para Todos, cujo objetivo é prover conexão às pessoas que vivem em uma localidade de um município. Assim, formalmente, trata-se da Portaria 7.154/2017, que amplia as possibilidades de atendimento no âmbito do Programa Gesac.

(...)

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

12. Desse modo, o Programa Gesac passou a ter duas modalidades:

a) a denominada “Gesac”, que consiste no fornecimento de conectividade à internet contratada e financiada pelo MCTIC, cujos destinatários são as instituições públicas, escolas e entidades de cunho social; e

b) a denominada “Internet para Todos”, que fornece internet aos usuários finais das localidades remotas, sendo a conexão contratada e paga pelo próprio usuário junto às operadoras cadastradas no Programa, mas viabilizada pelas condições trazidas pelo “novo” Gesac.

13. Em 13/12/2017, o ministério assinou o contrato MCTIC 02.0040.00/2017 com a Telebras, visando transferir para a empresa estatal a prestação integral dos serviços que atualmente estão sob a responsabilidade de outras empresas, conforme disposto nos contratos cuja vigência termina em 2019. Friso que a contratação da estatal possui vigência de cinco anos.

14. Sobre essa última contratação, o MCTIC afirmou que:

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

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

15. Na manifestação acima transcrita, verifica-se que, consoante o MCTIC, as características atuais do serviço em tela impuseram a contratação sem licitação da Telebras, que seria a única empresa a atender aos requisitos desse serviço. Considerando que a inexigibilidade de licitação é um ponto fulcral da petição apresentada ao TCU pelo representante, vou expor a seguir as características do Gesac que, segundo o ministério, justificariam a contratação direta.

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

16. Embora o ministério não tenha, inicialmente, limitado de maneira explícita a forma de prestação (terrestre ou satelital) dos serviços do Gesac, constata-se que as especificações previstas no respectivo processo de contratação conduzem ao atendimento por meio de satélites. Tal opção seria justificada pela necessidade de atender localidades remotas, cujo acesso por meio de redes terrestres seria economicamente inviável.

17. Aduzo que o ministério, quando tratou especificamente da prestação de serviços por meio da conexão via satélite, alegou que (Nota Técnica 27452/2017/SEI-MCTIC):

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

(...)

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

A banda X é usada especificamente para fins militares.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

18. Em seguida, o ministério tratou da conexão entre a exploração de capacidade satelital em banda Ka e o atendimento às necessidades do Gesac, **verbis**:

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

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

19. Assim sendo, o MCTIC concluiu que, devido à necessidade de prestação dos serviços por meio da banda Ka e à exigência de que o fornecedor dessa capacidade satelital tivesse cobertura em todo o território nacional, o único possível prestador de serviços era a Telebras.

IV – Questionamentos do representante a respeito da contratação da Telebras

IV.1. Da legalidade da contratação por inexigibilidade de licitação

20. Em síntese, o representante alegou que:

a) o MCTIC se equivocou ao não realizar processo licitatório para a contratação de serviços de telecomunicações, uma vez que o serviço de conexão à internet previsto no “novo” Gesac não possui nenhuma singularidade que justifique a inexigibilidade;

b) uma evidência de que não há singularidade é que o próprio MCTIC afirmou que essa contratação com a Telebras irá substituir os contratos celebrados com o Consórcio Conecta Brasil II. Assim sendo, essa nova contratação dá continuidade a outras já existentes, o que implica dizer que a natureza dos serviços prestados permanece exatamente a mesma;

c) a necessidade de substituir os contratados, em decorrência do vencimento dos contratos vigentes, foi utilizada para justificar a nova contratação;

d) a AGU, no Parecer 1.363/2017/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU, de 7/12/2017 (um dia antes da publicação da inexigibilidade da Telebras), vislumbrou problemas na contratação direta e recomendou que o MCTIC ajustasse o respectivo procedimento para que ele fosse considerado válido;

e) os contratos de 2014 tinham como objeto a prestação de serviços “*em regime continuado de transmissão bidirecional de dados, em âmbito nacional*”, no valor de R\$ 158.176.016,89 (cento e cinquenta e oito milhões, cento e setenta e seis mil, dezesseis reais e oitenta e nove centavos). O contrato da Telebras visa à prestação de serviços “*em regime continuado de transmissão bidirecional de dados, em âmbito nacional*”, no valor de R\$ 663.575.000,00 (seiscentos e sessenta e três milhões e quinhentos e setenta e cinco mil reais); e

f) o parecer da AGU frisa a necessidade de justificar o elevado preço aceito pelo MCTIC.

IV.2. Das justificativas apresentadas pelo MCTIC para caracterizar a Telebras como única empresa apta a prestar os serviços contratados

21. O representante alegou que:

a) as fragilidades contratuais se tornam ainda mais críticas quando se considera a delicada situação financeira da Telebras;

b) não procede a alegação de que só a Telebras tem capacidade para atender aos requisitos do Gesac, por ser a única que detém “tecnologia da banda Ka em abrangência nacional”, dado que o serviço pode ser prestado por meio da combinação de outras bandas satelitais;

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

d) o parecer da AGU afasta o entendimento de que a informação de que a *“tecnologia da banda Ka em abrangência nacional”* é suficiente para justificar uma inexigibilidade de licitação; e

e) o microsistema jurídico dos serviços de telecomunicações está erigido sob os princípios da livre, ampla e justa competição. Por via de consequência, a exclusividade conferida à Telebras é manifestamente ilegal e cria reservas de mercado.

IV.3. Da atuação supostamente irregular do MCTIC

22. O representante alegou que:

a) a AGU criticou a postura do MCTIC, que requereu uma análise jurídica "com urgência" de contratação de elevada monta;

b) não houve tempo hábil para que o MCTIC avaliasse as ponderações feitas pela AGU antes da tomada de decisão e publicação da contratação direta com a Telebras. Afinal, no dia 7/12/2017, foi publicada a Norma Geral do Gesac. No dia seguinte, o parecer da AGU foi assinado eletronicamente e disponibilizado. Por fim, ainda no dia 8/12/2017, foi publicado no Diário Oficial da União o extrato de inexigibilidade de licitação;

c) no dia 13/12/2017, cinco dias após a publicação do extrato de inexigibilidade, o MCTIC elaborou nota técnica, supostamente visando *“amenizar o fato de ter tomado decisão contrária ao parecer da AGU”*. Contudo, nesta nota técnica, não teriam sido analisadas em profundidade as recomendações do órgão opinativo;

d) no dia da edição da nota técnica acima citada, foi celebrado o contrato com a Telebras;

e) o acordo contém cláusulas contratuais manifestamente ilegais, como o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões pelo MCTI para a Telebras, algo só admitido em situações excepcionais e contrário ao entendimento do TCU; e

f) aparentemente, houve a construção deliberada de singularidade para um serviço que nada tem de singular.

IV.4. Do benefício que teria sido concedido de forma supostamente indevida a um concorrente do mercado privado

23. O representante alegou que:

a) o modelo adotado pela Telebras para operacionalizar seu satélite, consistente em uma parceria firmada com uma empresa do setor privado, gera um benefício supostamente indevido para essa empresa;

b) após a Telebras lançar um satélite próprio em 2017, ela precisava definir como seria construída a estrutura terrestre a ser conectada com o satélite e como seria a operação, instalação e manutenção dos pontos atendidos por ele no âmbito nacional. A estatal optou por ceder parte da capacidade do seu satélite para algum parceiro que tivesse interesse em explorá-la, o qual, em troca, assumiria o ônus de viabilizar a prestação dos serviços pela Telebras;

c) inicialmente a estatal realizou um chamamento público para escolher dois parceiros. Em decorrência do fracasso desse chamamento, a Telebras fechou diretamente uma parceria com a

empresa de satélites americana Viasat, tendo alegado que a base para celebração desse contrato seria o art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais. O referido dispositivo dispensa a realização de processos licitatórios por empresas públicas e sociedades de economia mista “nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”;

d) em suma, a Telebras e a Viasat celebraram um acordo de compartilhamento de receitas, o qual prevê que uma parte da capacidade do satélite será utilizada pela estatal para prestar serviços. Saliento que a instalação, a manutenção e o funcionamento das antenas necessárias para a prestação desses serviços ficará a cargo da Viasat, que, em contrapartida, poderá utilizar a outra parcela da capacidade satelital para prestar serviços a seus clientes;

e) nesse contexto, o representante alegou que:

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

IV.5. Da alegada impossibilidade de a Telebras prestar serviços de telecomunicações

24. O representante questionou a possibilidade de a Telebras prestar serviços de telecomunicações. Nesse sentido, ele alegou que:

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

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

(...)

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

Em segundo lugar, também não se admite a edição de decretos regulamentares, sob o equivocado pretexto de regulamentar a LGT. Como se observou acima, a LGT e os atos normativos posteriores, em especial a desestatização introduzida pelo Decreto 2.546/1998, modificaram substancialmente o regime da prestação dos serviços de telecomunicações no país, bem como o status jurídico da Telebras, que, de holding pura, passou a uma casca vazia aguardando ser dissolvida. Logo, a autorização legal da LGT para a dissolução da Telebras não foi mera opção governamental, mas sim a (única) via adequada para cumprir a LGT e o novo marco regulatório. Portanto, os arts. 4º e 5º do Decreto nº 7.175/2010 não são instrumentos hábeis para alterar o conteúdo da LGT, a pretexto de regulamentá-la, eis que imporiam à Telebras, à toda evidência, finalidades incompatíveis com o status que lhe foi atribuído pela LGT.

Em terceiro lugar, resta vedado aos arts. 4º e 5º do Decreto nº 7.175/2010 alterarem o objeto social da Telebras, previsto na Lei Federal nº 5.792/1972, por meio da regulamentação do art. 3º, VII, da referida lei. Até porque o art. 37, XIX, da Constituição Federal, como já anteriormente assinalado, dispõe que as sociedades de economia mista só podem ser criadas por lei.

(...)

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

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

V – Comparativo entre os contratos de 2014 e o celebrado com a Telebras em 2017

25. Visando facilitar a compreensão das questões que serão analisadas no decorrer deste voto, apresento a seguir um quadro comparativo dos contratos ora sob comento:

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

VI – Achados da unidade técnica

26. A SeinfraCom detectou supostas fragilidades no processo administrativo que culminou com a contratação da Telebras, tendo em vista que:

a) em 4/12/2017, apenas nove dias antes da assinatura do contrato entre o MCTIC e a Telebras, o ministério elaborou nota técnica na qual afirmou que a contratação direta da estatal seria por dispensa de licitação, como se verifica no seguinte trecho desse documento:

“A sistematização da licitação, diante da importância do Texto Constitucional, é regida pela Lei nº 8.666/1993 e suas alterações. As hipóteses relativas à dispensa de licitação estão elencadas no art. 24.

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

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

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

b) em 8/12/2017, foi juntado ao processo do MCTIC o parecer da AGU, no qual o órgão opinativo manifestou sua insatisfação com o rito processual do ministério, que pediu urgência na análise de um processo complexo e que envolvia expressivo volume de recursos, tendo concedido apenas um dia para o pronunciamento da AGU;

c) o parecer da AGU deixou clara a inaplicabilidade da dispensa de licitação, **verbis**:

“Considerando que há menção na Nota Informativa n. 4068 (SEI 2458084) do possível enquadramento no artigo 24, VIII, da Lei n. 8.666, de 1993, registre-se que a Telebras, ao que tudo indica, não foi criada com a finalidade específica objeto da presente contratação, o que afasta o referido comando normativo.”

d) esse entendimento foi posteriormente ratificado pelo MCTIC, que, em resposta a diligência formulada pelo TCU, afirmou que “*não se trata de dispensa baseada no art. 24 da Lei 8.666/1993, mas sim de inexigibilidade, baseada no art. 25 da mesma Lei 8.666/1993*”;

e) a AGU apontou a ausência de comprovação da regularidade da contratação direta da Telebras por inexigibilidade, **verbis**:

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

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

f) considerando que horas depois da emissão do parecer foi publicado no Diário Oficial da União o Termo de Inexigibilidade de Licitação, é possível concluir que não houve a ponderação adequada dos argumentos apresentados pela AGU;

g) o extrato de inexigibilidade da Telebras foi publicado quatro dias após a nota técnica defender que seria o caso de dispensa de licitação. Cabe salientar que, no período entre a edição desses dois atos contraditórios, não foram incluídos no processo eletrônico do MCTIC nenhuma justificativa para a alteração dessa mudança de entendimento; e

h) cabe destacar que, no mesmo dia em que foi publicado o termo de inexigibilidade, o MCTIC emitiu nota de empenho destinada à Telebras no valor de R\$ 60 milhões como pagamento antecipado pelos serviços do Gesac, o que evidencia uma excessiva celeridade.

27. Adicionalmente, a unidade técnica apontou a existência dos seguintes indícios de irregularidades no processo conduzido pelo MCTIC:

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

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

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

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

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

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

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

28. Com o intuito de facilitar a compreensão dos meus pares, tais indícios serão apresentados de forma circunstanciada a seguir.

VI.1. Ausência de pré-requisitos de qualificação técnica e financeira na contratação da Telebras

29. Os termos de referência dos contratos celebrados em 2014 exigiam que a qualificação econômico-financeira fosse comprovada por meio de análises e índices que expressassem a saúde financeira da empresa. Além disso, a qualificação técnica seria reconhecida se a empresa demonstrasse já ter prestado anteriormente serviços com “*características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto*” da contratação.

30. Os quatro primeiros termos de referência elaborados com vistas a subsidiar a contratação realizada em 2017, na forma proposta pela área técnica do ministério, previam tais exigências.

31. Contudo, no dia 3/12/2017, dez dias antes da assinatura do contrato com a Telebras, esses pré-requisitos foram excluídos, sem a apresentação de justificativas ou motivos para tanto.
32. Cabe salientar que a estatal tem apresentado sucessivos resultados deficitários desde a sua reativação, conforme apontado pelo próprio TCU (TC 001.918/2017-6). Ademais, consta dos autos a certidão do Sicaf da Telebras (SEI MCTIC 01250.050436/2017-17, documento 2456507), na qual foi apontado um patrimônio negativo de R\$ 500 milhões. Não foram encontradas análises sobre esse documento ou qualquer outro tipo de avaliação econômico-financeira da empresa.
33. Diante disso, a AGU destacou “a necessidade de se comprovar que a contratada mantém as mesmas condições iniciais de habilitação, isto é, deve o interessado trazer aos autos as certidões necessárias que demonstrem este feito”.
34. A unidade técnica também salientou que a capacidade técnica e operacional da Telebras era questionável, uma vez que a estatal nunca prestou o serviço de conexão satelital previsto no Gesac. Ademais, na data da assinatura do contrato, ocorrida em 13/12/2017, a empresa sequer tinha solução definida de como iria operacionalizar o seu satélite e prestar o serviço (a parceria com a Viasat foi celebrada somente no dia 23/2/2018).

VI.2. Não comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o valor de mercado

35. A unidade técnica ressaltou não haver nos autos pesquisas ou propostas de preços que pudessem balizar ou indicar a razoabilidade dos preços contratados com a Telebras. Diante disso, a AGU, em seu parecer sobre a contratação destacou que:

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

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

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

(...)

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

74. Ainda, com fulcro no artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, recomenda-se definir e justificar os critérios utilizados para determinação do orçamento estimado. Sobre o tema, oportuno lembrar que o custo estimado da contratação deve ser materializado por meio de planilhas de custos e formação de preços que é parte integrante do termo de referência, nos termos do inciso XII do Art. 15 da Instrução Normativa nº 2, de 2008.”

36. Indagado a respeito dessa questão, o MCTIC alegou que os preços foram fixados com base em um comparativo com os valores cobrados pelas empresas hoje contratadas no Gesac e com as quantias cobradas de outros órgãos pela Telebras.

37. Por fim, a unidade técnica destacou que, na documentação encaminhada pelo MCTIC ao TCU, ficou patente que o serviço de comunicação de dados via satélite em banda Ka, nos moldes do Gesac, já é prestado no Brasil por diversas outras operadoras, embora não possua abrangência nacional.

VI.3. Ausência de elementos que comprovem a necessidade de acesso satelital em banda Ka

38. A SeinfraCom apontou que, ao invés de redigir um termo de referência focado na prestação do serviço de comunicação de dados em si, independentemente da tecnologia utilizada nessa conexão (ainda que mantidos os padrões de qualidade), o MCTIC centrou esforços na especificação do meio para o atingimento do fim desejado. Nesse contexto, o ministério previu o acesso satelital em banda Ka em nível nacional, o que restringiu indevidamente a competição e direcionou a contratação para a Telebras.

39. A primeira versão do termo de referência, elaborado em 2017, aceitava qualquer forma de conexão de dados e acesso à internet, **verbis**:

“5.3. As especificações contidas neste Termo de Referência possibilitam que empresas do mercado de telecomunicações possam participar desta licitação, ofertando diversos tipos de soluções, com diversos tipos de tecnologia, desde que essas estejam enquadradas na definição de SCM.”

40. Esclareço que o SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

41. No dia 13/9/2017, a diretriz mencionada no parágrafo 39 deste voto foi alterada, por meio de um memorando elaborado pelo Diretor do Departamento de Inclusão Digital do MCTIC, no qual é afirmado que:

“Dado que a maior parte de nossos pontos estão em áreas remotas, cujo atendimento hoje não é possível por tecnologias terrestres, como se observa nas soluções dos contratos em vigor, entendo que de imediato as soluções satelitais se imporão. Também se imporá o atendimento por meio de banda Ka, já que supõe-se que esse atendimento é mais barato que o por meio de banda Ku.”

VI.4. Ausência de justificativa adequada para a adoção de lote único

42. O MCTIC optou pela contratação de um lote único, ou seja, o contratado prestará os serviços em todo o território nacional. Tal decisão impediu que fosse contratada a prestação de serviços de âmbito regional e inviabilizou a competição.

43. Cabe salientar que os contratos assinados em 2014 preveem o atendimento regionalizado. Inicialmente, essa opção também seria adotada em 2017. Entretanto, essa diretriz foi alterada, no dia 13/9/2017, por meio de um memorando elaborado pelo Diretor do Departamento de Inclusão Digital, no qual foi afirmado que:

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

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

no lote nacional refletissem muito mais as regiões mais remotas, descartando-se o atendimento no litoral.

Como existem perspectivas claras de competição para todas as regiões do país, advindas de colocação em órbita de outros equipamentos, bem como da venda de segmento a ser feita pela Telebrás, entendo que esse será mais um motivo a fortalecer a tomada de preços em lotes nacionais.”

44. De forma similar ao que ocorreu com a exigência de utilização da banda Ka, anteriormente mencionada neste voto, somente em 28/11/2017, quinze dias antes da contratação da Telebras, o MCTIC incluiu no processo administrativo uma nota técnica contendo argumentos favoráveis à contratação de um único lote. Nessa nota, foi afirmado que:

“O resultado, no entanto, mostra um valor basicamente uniforme em todos os lotes, representando ainda a baixa competição nesse mercado. Aliado a esse fato e conforme destacado no Memorando nº 13.705/2017/SEI-MCTIC, uma das atuais dificuldades apresentadas na gestão do contrato Gesac refere-se ao fato de termos diversos lotes, o que impede ou dificulta a migração de pontos entre regiões do país.

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

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

VI.5. Pagamento de R\$ 60 milhões para a Telebras antes da prestação do serviço e da assinatura do contrato

45. No dia 8/12/2017, houve o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões pelo MCTIC para a Telebras. Contudo, o contrato ora sob exame só foi assinado no dia 13/12/2017. Considerando que o valor do mencionado contrato atinge R\$ 663,5 milhões, foram antecipados quase 10% do total avençado, antes mesmo do início da execução do objeto pactuado, que deverá ser executado durante 60 meses.

46. A unidade técnica frisou que, nos contratos assinados em 2014 relativos ao Gesac, somente foram pagos os pontos ativados. Não foi previsto qualquer tipo de antecipação de valores e tal opção não foi dada aos licitantes, conforme afirmação do próprio ministério em resposta à diligência encaminhada por esta Corte.

47. Ouvido a respeito, o MCTIC asseverou que a antecipação em tela decorreu da:

“possibilidade de adiantamento de recursos para o MCTIC por parte do MEC, no âmbito de execução da Política de Inovação Educação Conectada. Esses recursos deveriam ser executados ainda no ano de 2017. As negociações feitas pelo MCTIC com a Telebras levaram a uma redução significativa dos valores de conexão, conforme discutido na Nota Técnica 28.481.

No presente caso, a diferença pode ser explicada por dois fatores principais: a escala, a quantidade de pontos contratados, e o valor do adiantamento. Como se observa na sua proposta, a Telebrás apresentou a possibilidade de, em caso de antecipação de pagamento, garantir ao MCTIC banda necessária para o atendimento das demandas relacionadas ao projeto Gesac e fornecer

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

48. Cumpre destacar que a Telebras, ouvida em diligência, assim abordou o pagamento antecipado:

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

49. Por fim, cabe registrar que a AGU se manifestou nos seguintes termos sobre o pagamento antecipado no valor de R\$ 60 milhões:

“Recomenda-se que a autoridade assessorada complemente os autos com justificativa da excepcionalidade da situação, observando o teor da Orientação Normativa nº 37 da Advocacia Geral da União, bem como fundamente a modalidade de garantia ou cautela eleita. Ademais disso, é necessário que o órgão assessorado avalie o registro de penalidades aplicadas em face da futura contratada e o seu patrimônio líquido, a fim de se certificar que a mesma terá condições técnicas e econômicas de executar o ajuste e quiçá promover a pronta devolução do valor antecipado.”

VI.6. Celebração de contrato com prazo de vigência superior ao que foi estabelecido em contratos anteriores no âmbito do Gesac

50. A unidade técnica salientou que o prazo de vigência do contrato firmado com a Telebras é de 60 meses, superando os prazos previstos nos contratos antigos do Gesac. Tendo em vista que, conforme apontado pelo MCTIC, constata-se a evolução na prestação dos serviços de conexão de dados por satélite, uma avença com prazo extenso pode impedir que o governo federal usufrua dos ganhos decorrentes do aumento da eficiência e da modernização do setor.

51. Ademais, há a previsão de entrada em operação, em breve, de diversos novos satélites que operam em banda Ka, o que pode significar uma tendência de queda dos preços dos serviços ora sob comento.

52. A preocupação com o prazo do contrato em tela também foi externada pela AGU, **verbis**:
“86. No que toca ao Item 6, registre-se que houve a opção pela celebração do feito por 60 (sessenta) meses. Ressalta-se que a referida medida constitui exceção a regra geral imposta pela lei de licitações e contratos administrativos, qual seja: anualidade. Dessa forma, recomenda-se a apresentação de justificativa demarcando a vantajosidade - com dados concretos - da referida sistemática. Cite-se:

9.2.1. insuficiente demonstração dos critérios utilizados para a fixação do prazo inicial da contratação em 24 (vinte e quatro) meses, sem a apresentação de dados concretos que revelem a pertinência dessa opção, em detrimento do prazo de 12 (doze) meses, usualmente adotado como padrão; (Acórdão n. 929/2017-Plenário - TCU)”

VI.7. Risco de a Telebras não possuir condições para executar o objeto contratual

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

54. Esse contrato, firmado com a empresa Viasat, foi questionado em ações judiciais, propostas por outras empresas do setor e por sindicatos de prestadoras de serviço de banda larga por satélite, que alcançaram o Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Liminar 1.157). O principal

questionamento nessas ações refere-se à forma adotada pela Telebras para a escolha de sua parceira. Cabe salientar que a parceria entre a empresa Viasat e a Telebras constitui o objeto de representação em andamento no TCU (TC 022.981/2018-7), a qual será julgada nesta data por este Colegiado.

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

56. Sobre a possibilidade de a Telebras não conseguir adimplir com suas obrigações contratuais, o Ministério afirmou que:

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

(...)

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

57. Sobre o risco de inadimplemento contratual, a Telebras alegou que:

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

58. Finalmente, a unidade técnica lembrou que, em decorrência do atraso na operação do satélite da Telebras, o MCTIC alterou o cronograma de execução do contrato 02.0040.00/2017, sem realizar análises sobre o impacto dessa medida nem tecer comentários sobre ações eventualmente adotadas com o intuito de cobrar multas contratuais previstas no acordo para o caso de atrasos.

VI.8. Não atendimento pela Telebras dos pré-requisitos para a prestação de serviços aos usuários finais no âmbito do Internet para Todos

59. Além do atendimento para entidades públicas, que constituía a única modalidade do Gesac até 2017, a nova portaria do programa estabeleceu uma segunda modalidade de serviços. Trata-se do “Internet para Todos” (IT), que consiste no fornecimento de acesso à internet para os usuários finais residentes em localidades remotas. Nesse caso, a conexão é contratada e paga pelo próprio usuário, mas viabilizada pelo “novo” Gesac e pelas operadoras cadastradas no programa.

60. Em 30/1/2018, a Telebras anunciou seu credenciamento no programa IT. Ao ser questionada sobre quais dispositivos garantem que a estatal pode prestar o serviço diretamente ao usuário, a empresa respondeu que:

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

29. Assim, a Telebras poderá oferecer, no âmbito deste programa, praticamente todos os serviços que atualmente presta ou desenvolver novos produtos que melhor atendam às necessidades do Internet para Todos. O inciso IV do artigo 4º do Decreto 7.175/2010 estabelece que, para a consecução dos objetivos do PNBL, caberá à Telebras prestar serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços. Por outro lado, o artigo 4º da Portaria MCTIC nº 7.154/2017 prevê como beneficiados com as ações do Programa Gesac localidades onde inexista oferta adequada de acesso à internet em banda larga, identificadas pelo MCTIC.

(...)

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

61. A Telebras mencionou o art. 4º do Decreto 7.175/2010, a seguir transcrito:

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

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

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

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

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

(...)

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

62. Já o MCTIC assim se manifestou sobre a questão ora sob exame:

“b.3.14) a relação de 30 mil localidades apresentada no site do MCTIC na área do programa Internet para Todos, prevista também pela Portaria SETEL/MCTIC 7.437/2017 são as localidades previstas pelo art. 40, § 4º do Decreto 7.175/2010, que afirma que o ministério definirá as localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à Internet em banda larga, ou seja, localidades em que a Telebras poderá prestar o referido serviço?

Não. É necessário dizer que inexiste a lista prevista do Decreto 7.175. Conforme explicado acima, as referidas 30 mil localidades foram retiradas da lista original do PGMU, a partir de bases de dados da Anatel e segundo critérios explicados acima.”

VII – Do andamento processual

63. Após realizar uma primeira análise destes autos, a unidade técnica propôs a concessão de medida cautelar **inaudita altera pars**, com determinação ao MCTIC e à Telebras para que suspendessem a execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 até que o TCU deliberasse sobre o mérito da matéria.

64. A referida proposta foi acolhida pela Ministra Ana Arraes, então Relatora deste processo, e por este Colegiado na sessão plenária do dia 25/7/2018. Naquela oportunidade, foi prolatado o Acórdão 1.692/2018 – Plenário, a seguir transcrito no essencial:

“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 oitiva 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.

9.5. encaminhar cópia desta deliberação ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e à Telecomunicações Brasileiras S.A., como subsídio às suas manifestações;

9.6. dar ciência desta decisão à representante.”

65. Em seguida, a Telebras e a Advocacia-Geral da União – AGU interpuseram agravos contra o mencionado Acórdão 1.692/2018 – Plenário. Após apreciar esses recursos, no dia 14/8/2018, a Ministra Ana Arraes proferiu despacho no qual destacou que:

“2. 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.

3. Ademais, o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – SindiTelebrasil, autor desta representação, protocolou pedido de ingresso como interessado nos autos.

4. O requerente, em síntese, afirmou que possui legitimidade para intervir no processo por ser o sindicato que representa as sociedades cujo direito de participação em processo seletivo público foi violado pela contratação direta da Telebras.

5. A SeinfraCom propôs o indeferimento da solicitação do SindiTelebrasil por entender que não está demonstrada qualquer razão específica para que aquele sindicato seja reconhecido como parte interessada no presente caso, dado que a jurisprudência do TCU é bem clara ao estabelecer que o reconhecimento do representante como parte é situação excepcional e depende, além do pedido de ingresso como interessado, da demonstração de legítima e comprovada razão para intervir nos autos.

6. A mera expectativa de participação em processo licitatório imparcial das entidades representadas pelo SindiTelebrasil, caso a contratação não tivesse sido firmada com a Telebras por inexigibilidade, não gerou direito subjetivo que possa ser lesionado, de maneira concreta, por eventual deliberação do TCU.

7. Além disso, estão sendo tratadas nos autos questões que vão além do contrato ora apreciado, de forma que o ingresso do representante como interessado poderia trazer prejuízo à tramitação e etapas do processo e ao sigilo de informações que, por ventura, possam ser juntadas aos autos e que não devem ser acessadas por terceiros.

*Ante o exposto, **decido**:*

a) indeferir o pedido de habilitação como interessado no processo, formulado pelo representante, o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – SindiTelebrasil, por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos no § 1º do art. 146 do Regimento Interno do TCU;

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.”

66. No dia 19/9/2018, a Ministra Ana Arraes apresentou ao Plenário o voto a seguir transcrito no essencial:

“Após a emissão dos pareceres técnicos pelas unidades especializadas e o exame dos autos pelo meu gabinete, o processo foi pautado para a sessão do Plenário do dia 12/9/2018.

6. Ocorre que, no decorrer da sessão, o ministro Bruno Dantas me solicitou que retirasse o processo da pauta para que S. Exa. pudesse analisar melhor o caso. Tal pedido foi por mim acolhido, e, por essa razão, os agravos se encontram pendentes de deliberação deste Tribunal.

7. Contudo, o MCTIC, por meio do aviso 348/2018 (peça 71), havia informado que o Pelotão Especial de Fronteira em Pacaraima/RR está, atualmente, com conexão de internet insuficiente para atendimento local, assim como: guarnições do Exército Brasileiro incumbidas de acompanhar a evolução e atuar na região de forma a receber as pessoas e a dirimir conflitos; o posto da Polícia Federal, que tem a incumbência de legalizar a migração; hospitais de emergência e abrigos que estão sendo construídos; bem como o Tribunal de Justiça em Pacaraima. Destacou que a situação emergencial vivida na localidade tem se agravado a cada dia e o Governo Federal tem envidado grande esforço para sanear-la. Em razão da urgência, esta Corte precisa dar solução ao caso antes da deliberação acerca do mérito dos agravos.

8. A SeinfraCom, em seu parecer à peça 75, pp. 22 a 25, avaliou que, exclusivamente para esses pontos isolados, o perigo na demora reverso se faz presente, com a possibilidade de prejuízos que justificam excepcionalizar a cautelar para esse atendimento específico. Portanto, propôs que seja permitida a ativação, se necessário for, 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.

9. Com fulcro no art. 276, §5º, do Regimento Interno, proponho excepcionar a suspensão cautelar do contrato, nos exatos termos indicados pela unidade instrutiva como suficientes ao atendimento da situação de urgência. Em consequência, caso necessário, restaria permitida a ativação de 98 pontos no âmbito do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, nas localidades que fazem fronteira com a Venezuela e que se encontram nas áreas de concentração referidas no item anterior.

10. Destaco, ao admitir a referida alteração da medida cautelar, que o estado emergencial e não recorrente que torna legítima a exceção deve ser devidamente comprovado e fundamentado, com base em dados e fatos, de forma a evidenciar que não haveria outra maneira de atendimento ou contratação dessas conexões, não sendo possível usufruir de tal ressalva para atender a qualquer outra contingência que não seja resultante de situação urgente cuja solução esteja diretamente associada à execução do contrato em tela.”

67. O entendimento da Ministra Ana Arraes foi acolhido pelo Plenário, por meio do Acórdão 2.213/2018, a seguir transcrito na sua parte fundamental:

“ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento no art. 276, §5º, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. reformar a cautelar adotada por meio do acórdão 1.692/2018 - Plenário, de maneira a diminuir a abrangência de seus efeitos e possibilitar, caso necessário, a ativação de 98 pontos, no âmbito do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, nas localidades que fazem fronteira com a Venezuela e 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;

9.2. manter a cautelar do acórdão 1.692/2018 - Plenário para os demais pontos a serem ativados no âmbito do contrato MCTIC 02.0040.00/2017;

9.3. dar ciência desta deliberação ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, à Telecomunicações Brasileiras S.A. e à Advocacia-Geral da União.”

68. Por fim, na sessão plenária do dia 2/10/2018, ficou decidido que este processo passaria a ser relatado por mim, tendo em vista a estreita conexão destes autos com o TC 022.981/2018-7, que já estava sobre minha relatoria.

2ª Parte – Manifestação da unidade técnica sobre o mérito desta representação

69. Após analisar os documentos acostados a estes autos, a unidade técnica asseverou que muitos elementos essenciais para a tomada da decisão de contratar a Telebras por inexigibilidade, incluindo estudos básicos que deveriam ter sido realizados pelo MCTIC desde a data da contratação, só foram apresentados ao TCU em setembro de 2018. Assim sendo, foram detectados indícios de ausência de motivação para a contratação da Telebras por inexigibilidade. Registre-se que a regra constitucional é a realização de licitação e sua não realização exige justificativas e apresentação dos fundamentos legais dessa situação excepcional.

70. A SeinfraCom acrescentou que a Telebras é uma sociedade de economia mista, com ações negociadas em bolsa de valores, e compete em igualdade de condições com outras empresas privadas no mercado satelital. Nesse contexto, não lhe pode ser concedido nenhum privilégio, salvo quando a lei expressamente prever tal concessão. Tendo em vista a inexistência de dispositivos legais permissivos da concessão de vantagens para essa empresa, ela deveria ter sido tratada pelo Ministério como uma entidade similar às suas concorrentes no mercado.

71. Foi ressaltado que a exigência de utilização de uma tecnologia específica poderia, em tese, prejudicar a competitividade ou mesmo impedir o emprego de tecnologias que atendessem os objetivos do programa de forma mais eficiente. Entretanto, neste caso concreto, foi observado que os requisitos técnicos e os padrões de qualidade necessários à demanda existente no âmbito do Programa Gesac, no momento da contratação, levaram à opção pela prestação do serviço com a Banda Ka.

72. No que concerne à decisão de exigir fornecedor único em lote nacional, a unidade técnica salientou que:

a) o MCTIC não realizou, à época da contratação, as devidas análises nem fundamentou adequadamente essa decisão, em especial, não foi comprovado o respectivo benefício financeiro;

b) o ministério somente apresentou análises baseadas em dados concretos em setembro de 2018, quase nove meses após a contratação;

c) 60% dos pontos do Gesac possuem cobertura de, pelo menos, uma operadora privada. Logo, seria possível estabelecer uma competição em relação a esses pontos;

d) a divisão do objeto em lotes pode permitir custos logísticos mais baratos, além de ensejar uma maior probabilidade de prestação de melhores serviços de manutenção, desligamento e ligação;

e) a Telebras tem em seu objeto social a finalidade de prover serviços de internet para localidades em que a iniciativa privada não atua. Por isso, não há necessidade de contratar conjuntamente áreas mais atrativas com outras menos atraentes visando assegurar o atendimento dessas últimas;

f) a divisão em lotes garante transparência quanto aos custos a serem efetivamente incorridos em cada região, o que contribui para melhorar a alocação de recursos;

g) eventuais falhas operacionais ou problemas jurídicos verificados em uma contratação com lote único podem comprometer o atendimento de todos os pontos do Gesac;

h) não é possível assegurar que a contratação por lote único tenha sido vantajosa, ao contrário, há elementos que indicam que a divisão em lotes poderia trazer vantagens econômicas ao MCTIC; e

i) todos os riscos poderiam ter sido mitigados se o ministério, à época da contratação, tivesse elaborado estudos mais aprofundados e tivesse realizado as devidas pesquisas de preço e consultas junto ao mercado.

73. Também foi avaliado o indício de ausência de atendimento de requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira pela Telebras. Em relação a esse ponto, a unidade técnica afirmou que houve ausência de cautela e de devida motivação dos atos do MCTIC no processo de contratação da Telebras, uma vez que o ministério teria deixado de avaliar se a estatal tinha condições técnicas e financeiras de garantir a execução contratual.

74. A SeinfraCom acrescentou que, no cenário atual, não há elementos suficientes para caracterizar a real inviabilidade financeira e técnica da Telebras para prestar os serviços previstos no Programa Gesac. Por outro lado, também não se pode afirmar com segurança que a estatal conseguirá prestar esses serviços.

75. A Telebras solicitou que o início da instalação dos pontos, previsto originalmente para abril de 2018, fosse adiado devido ao atraso na execução contratual resultante de impedimentos judiciais relativos ao acordo de parceria que a estatal celebrou com a empresa Viasat. Contudo, até o momento, não se tem notícia de quais providências teriam sido adotadas pelo MCTIC no que concerne a esse pleito da estatal. Diante disso, a unidade técnica entendeu ser necessário determinar ao ministério que informe ao TCU quais medidas foram implementadas, inclusive no que concerne à eventual aplicação de sanções.

76. Anteriormente, a unidade técnica apontou a existência de indícios da realização injustificada de um pagamento para a Telebras, no valor de R\$ 60 milhões, antes da prestação do serviço e da assinatura do contrato, o que supostamente teria gerado um ganho indevido para a estatal.

77. Em seguida, constatou-se que esse adiantamento teve duas contrapartidas: a reserva da capacidade satelital e um desconto no valor a ser pago mensalmente pelo MCTIC. Ocorre que, para garantir o efetivo interesse público nessa antecipação de valores, é essencial assegurar que a proposta inicial da Telebras era compatível com os preços de mercado. No caso vertente, essa verificação se revelou inexequível, até porque, antes de decidir pela contratação por inexigibilidade, o MCTIC não realizou consultas sobre preços e serviços.

78. Ademais, a SeinfraCom frisou que essa contratação possui contornos peculiares (alta velocidade, inexistência de franquia e abrangência nacional, o que implica o atendimento a regiões de difícil acesso) que, além de dificultar a comparação de preços, indicam que os valores contratados podem ser mais elevados que os usualmente praticados. Assim sendo, a unidade técnica concluiu que não há elementos suficientes para atestar, em tese, que o preço se encontra acima ou abaixo do valor de mercado. Por via de consequência, não há como definir se o pagamento antecipado dos R\$ 60 milhões de reais atendeu ao interesse público. Por fim, a unidade técnica acrescentou ser requisito essencial para a realização de adiantamento o oferecimento de garantia para salvaguardar o erário, o que não ocorreu.

79. Quanto à fixação do prazo contratual em 60 meses, que deveria ter sido adequadamente motivada, a unidade técnica salientou que os responsáveis não comprovaram que o benefício financeiro advindo dessa negociação supera o potencial benefício que seria obtido caso fosse feito um contrato com prazo menor. Afinal, nessa última hipótese, o ministério poderia obter vantagens decorrentes dos ganhos de eficiência do mercado e da redução de preços que deve ocorrer devido à entrada em operação de novos satélites, que está prevista para os próximos anos.

80. O último ponto analisado foi o referente aos indícios de irregularidades relacionados ao programa “*Internet para Todos*”, uma nova modalidade de serviços prevista dentro do próprio Gesac e que prevê o fornecimento de internet aos usuários finais (responsáveis pelo pagamento do serviço) em localidades remotas. Está prevista a isenção de ICMS para as operadoras que se cadastrem no programa.

81. Verificou-se que, embora a Telebras tenha se credenciado no programa, atualmente não há previsão normativa para atuação da estatal nesse sentido. Além disso, foram constatadas inconformidades no compartilhamento da infraestrutura do Gesac para a prestação do serviço “*Internet para Todos*” pela estatal.

82. Existe a previsão explícita de que o MCTIC pode autorizar o uso de sua infraestrutura por terceiros para a prestação de outros serviços. Contudo, não foram estabelecidas as condições mínimas exigidas para tal compartilhamento, quais sejam: estabelecimento dos critérios a serem seguidos na escolha do terceiro que usufruirá da rede do ministério; garantia da isonomia na escolha de um terceiro dentre os demais interessados; definição se a cessão dos equipamentos e da capacidade de transmissão de dados será feita de forma onerosa e qual seria esse valor e qual instrumento jurídico formalizará o acordo.

83. Nesse contexto, a unidade técnica concluiu que, caso a infraestrutura do Gesac seja utilizada em atividades comerciais que tenham como objetivo a obtenção de lucros por terceiros, esse compartilhamento só poderá ser permitido se ocorrer um processo competitivo público. Adicionalmente, é necessário ponderar qual valor deve ser pago para a União pelo uso da infraestrutura custeada pelo poder público, sob o risco de haver enriquecimento sem causa do terceiro.

84. Finalmente, a SeinfraCom afirmou ter detectado indícios de falta de transparência na expansão da isenção tributária prevista para o Programa Gesac, dado que o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) não foi informado sobre a alteração do escopo desse programa e a consequente ampliação dos efeitos da isenção autorizada por meio do Convênio ICMS 141/2007.

85. Com fulcro nessas considerações, a unidade técnica concluiu que:

a) as informações constantes dos autos do processo administrativo de contratação da Telebras não eram suficientes para justificar a inexigibilidade dessa estatal, uma vez que estavam ausentes diversas informações essenciais para a correta tomada de decisão. Essa falha é agravada pelo fato de a AGU ter alertado os gestores do MCTIC a respeito dessas omissões. Cabe salientar que, poucas horas após a emissão do parecer da AGU, o contrato com a Telebras foi assinado, o que indica que o aviso da Advocacia-Geral da União foi levado em conta;

b) diante das irregularidades constatadas, haveria elementos suficientes para se determinar a anulação do contrato MCTIC 02.0040.00/2017. No entanto, entende-se ser possível a continuidade do referido contrato, desde que sejam feitos os ajustes determinados pelo TCU, tendo em vista a importância para o país da continuidade das políticas públicas atreladas ao Programa Gesac. Além disso, os riscos contratuais identificados podem ser mitigados por meio da redução do prazo contratual da contratação e da inclusão de cláusula que preveja o reequilíbrio econômico-financeiro do acordo diante da possível redução dos custos dos serviços contratados;

c) existe o risco de a Telebras não ter capacidade técnica para operacionalizar o Programa Gesac. Isso pode acontecer, por exemplo, se sua parceria com a empresa Viasat vier a ser anulada. Caso esse cenário se concretize e considerando todo o contexto de irregularidades apontado, o contrato firmado pelo MCTIC e pela Telebras deverá perder sua eficácia; e

d) por fim, tendo em vista a constatada ausência de cautela e zelo profissional dos agentes públicos do MCTIC, é necessário abrir processo apartado para apurar as respectivas responsabilidades pela não comprovação da conformidade das escolhas realizadas no processo de contratação direta da Telebras.

3ª Parte – Análise do mérito desta representação

86. Preliminarmente, manifesto minha concordância no essencial com o posicionamento esposado pela unidade técnica, cuja análise incorporo às minhas razões de decidir. Contudo, devido à complexidade das matérias ora tratadas e da necessidade de pontuar algumas discordâncias com o entendimento da SeinfraCom, julgo necessário tecer considerações adicionais, o que passo a fazer.

87. No âmbito desta representação, são analisados indícios das seis irregularidades mencionadas nos itens 9.3.1 a 9.3.6 do Acórdão 1.692/2018 – Plenário, transcrito no parágrafo 64 deste voto. Para facilitar a compreensão pelos meus pares, passo a analisar individualmente cada uma dessas supostas irregularidades.

I - Ausência de critérios para avaliar a qualificação econômico-financeira e técnica da Telebras, o que teria ensejado a assinatura de um contrato sem a análise prévia dessa qualificação, em suposto desrespeito ao disposto no art. 27, I e II, da Lei 8.666/1993

88. Consoante mencionado anteriormente neste voto, no dia 3/12/2017, dez dias antes da assinatura do contrato firmado pelo MCTIC e pela Telebras, esses critérios foram retirados do termo de referência respectivo. Aduzo que, no processo administrativo referente a esse contrato, não foram apresentadas justificativas para essa exclusão.

89. Entendo ser necessário analisar essa questão sobre dois ângulos: o da legalidade e o dos riscos possivelmente advindos dessa exclusão.

90. Em primeiro lugar, friso que o dispositivo legal que teria sido supostamente violado diz respeito especificamente às licitações, não à contratação direta por inexigibilidade, como se observa na transcrição abaixo:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I- habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV— regularidade fiscal e trabalhista;

V— cumprimento do disposto no inciso II do art. 7º da Constituição Federal.”

91. Nesse sentido, a habilitação corresponde à titularidade das condições de licitar, sendo típica e exclusiva dos procedimentos licitatórios em razão de seu caráter competitivo.

92. Do acima exposto, depreende-se que a conduta do MCTIC não violou o disposto na Lei de Licitações e Contratos.

93. Resta analisar os riscos que, em tese, podem ter sido gerados pela inexistência de uma avaliação prévia da efetiva capacidade econômico-financeira e técnica da Telebras para prestar os serviços contratados no âmbito do Gesac.

94. No que concerne à capacidade econômico-financeira, destaco que, conforme foi apontado pelo TCU no TC 001.918/2017-6, essa empresa estatal apresentou sucessivos resultados deficitários desde a sua reativação, ocorrida em 4/5/2010, até o final do exercício de 2016. Ademais, a única informação constante do processo administrativo de contratação relacionada à capacidade econômico-financeira da Telebras foi a certidão do SicaF, que apontava a existência de um patrimônio negativo de R\$ 500 milhões.

95. Contudo, julgo que esse risco pode ser mitigado, uma vez que, posteriormente à sua contratação, houve um significativo aumento do Capital Social da Telebras, que passou de RS 263,1 milhões para RS 1.594,7 milhões, o que permitiu à Companhia alcançar um Patrimônio Líquido positivo.

96. Cabe frisar, ainda, que a empresa dispõe de redes terrestres de telecomunicações de alta capacidade e possui um satélite em órbita, no qual já foram realizados investimentos da ordem de R\$ 2,7 bilhões. Assim sendo, ela possui um patrimônio extremamente significativo, que poderia, em último caso, ser utilizado para garantir eventuais obrigações assumidas junto ao MCTIC.

97. Por fim, saliento que, quando da publicação do seu Balanço referente ao exercício de 2017, a empresa divulgou ter ocorrido um acréscimo de 140% no número de atendimentos ao Programa Nacional de Banda Larga - PNBL, o que viabilizou o crescimento de 30% da sua Receita Operacional Líquida. Além disso, cabe considerar que as despesas operacionais apresentaram um crescimento de 9% em 2017, o que acarretou a melhora do resultado operacional verificado naquele exercício.

98. Já a efetiva capacidade técnica e operacional da Telebras para prestar serviços de comunicação por meio de satélite gera preocupações relevantes. Afinal, quando o contrato em tela foi firmado, a estatal não dispunha da estrutura terrestre necessária para adimplir suas obrigações estabelecidas na mencionada avença. Com o intuito de obter essa estrutura terrestre, a Telebras

celebrou um contrato de parceria com a empresa Viasat, o qual prevê que essa última empresa fornecerá, instalará e manterá as antenas VSAT e as **gateways** que utilizadas pela empresa estatal.

99. Ocorre que a mencionada parceria está sendo questionada neste Tribunal, no TC 022.981/2018-7, que deverá ser julgado em breve. Caso essa avença seja rescindida ou anulada em decorrência da decisão desta Corte de Contas, a Telebras não terá como, no curto prazo, adimplir suas obrigações estabelecidas no contrato examinado neste processo. Afinal, ela terá que viabilizar de outra forma a implantação da estrutura terrestre que é imprescindível para a prestação dos serviços contratados pelo MCTIC.

100. Com fulcro nessas considerações, julgo que a ausência no termo de referência de critérios para avaliar a qualificação econômico-financeira e técnica dessa empresa estatal não caracterizou uma irregularidade capaz de determinar a anulação deste contrato nem de impedir a continuidade da sua execução, em especial quando são sopesadas as consequências negativas que adviriam de uma determinação nesse sentido.

101. Entretanto, considero que é necessário aprimorar os processos de contratação direta implementados pelo MCTIC. Nesse sentido, entendo que deve ser determinado a esse ministério que, no futuro, quando for realizar contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação de serviços destinados à execução de políticas públicas, avalie o atendimento aos requisitos técnicos e financeiros indispensáveis para o cumprimento das obrigações da empresa a ser contratada, principalmente quando se tratar de contratações com alta materialidade e grande impacto social.

II - Comprovação insuficiente da equivalência do preço contratado com a Telebras com os valores de mercado

102. O art. 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/1993 estabelece que o processo de inexigibilidade deverá conter a justificativa do preço do serviço que será contratado. Contudo, no caso vertente, verifiquei que não foram apresentados documentos adequados para justificar o referido preço.

103. Ouvido a respeito, o MCTIC alegou que o valor fixado no contrato em tela está correto, uma vez que resultou da comparação da proposta formulada pela Telebras com os valores pagos para as empresas contratadas no âmbito do Gesac. Adicionalmente, teria sido cotejado o preço a ser pago para a Telebras com valores contratados por outros órgãos junto à estatal. Entretanto, esses argumentos não merecem prosperar, pelas razões que passo a expor.

104. O Ministério informou que os contratos celebrados em 2014 previam a instalação de 19.342 pontos, com a velocidade de 1 Mbps (**megabit** por segundo), pelo valor mensal de R\$ 601,29. Já o contrato celebrado em 2017 com a Telebras prevê a implantação de 15.000 pontos, com velocidade de 10 Mbps, pelo valor mensal de R\$ 700,00.

105. Observo ser inviável comparar os valores desses dois contratos, uma vez que os respectivos objetos são muito diferentes. Consequentemente, não se pode deduzir que os valores cobrados hoje pela Telebras são adequados, uma vez que não estariam muito distantes do valor pago com base nas avenças firmadas em 2014.

106. Além disso, cumpre destacar que os contratos assinados em 2014 se referem à prestação de atendimento via satélite por outras bandas que não a Ka (operada pela Telebras). O próprio MCTIC reconhece que “*o mercado de comunicação via satélite está sofrendo uma revolução através da exploração da banda Ka*”, a qual gerou “*grandes ganhos tecnológicos, alto desempenho e altíssima velocidade*”. Assim sendo, não há como mensurar, sem a realização de estudos complexos, qual foi o impacto do ganho tecnológico no preço justo a ser cobrado pela prestação de serviços na banda Ka. Até porque a prestação de serviços de conexão à internet, utilizando a banda Ka, para milhares de pontos é uma novidade no mercado.

107. Cabe salientar também que o Ministério apresentou um custo por Mbps visando demonstrar a economicidade do contrato firmado com a estatal. Entretanto, não foi apresentado um estudo que embase a utilização desse método de cálculo, que pode ser questionado tendo em vista que a evolução tecnológica tende a reduzir o custo por Mbps.

108. Essa evolução dos preços foi confirmada, por exemplo, em relatório emitido pela Associação Brasileira de Telecomunicações (Telebrasil) no dia 26/9/2018. Nesse documento, com fulcro em dados coletados pela Anatel, é afirmado que a banda larga fixa, nos últimos cinco anos, teve o valor médio mensal por **megabit** reduzido em 44%, passando de R\$ 8,21 para R\$ 4,62.

109. Diante do acima exposto, considero razoável supor que os valores dos contratos antigos não constituem um parâmetro adequado para comparação e estabelecimento do preço justo a ser pago no contrato sob comento.

110. Já a comparação entre o valor do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, ora sob exame, e os “valores contratados com a Telebras por outros órgãos” faz sentido, uma vez que essa estatal é a única empresa que fornece conexão em Banda Ka com cobertura nacional.

111. O Ministério encaminhou a proposta que a Telebras apresentou ao Governo de Rondônia e o contrato por dispensa de licitação celebrado com o Ministério da Justiça, com o respectivo o projeto básico.

112. Na proposta relativa ao Governo de Rondônia, o custo de um **link** de 10 Mbps está orçado em R\$ 3.160,00. Além desse valor, também está prevista a cobrança de uma taxa de instalação de R\$ 1.500,00 (que não existe no contrato com a Telebras). Considerando que no caso do GESAC há o desconto de ICMS, que pode ser estimado numa média entre 35 a 40% para serviços de telecomunicações, chega-se a um valor estimado líquido, descontado o valor do mencionado tributo, de R\$ 1.896,00 (60% de R\$ 3.160,00) para as conexões efetuadas em Rondônia. No caso do Ministério da Justiça, houve a contratação de **links** de 40 Mbps por R\$ 13.000,00, com uma taxa de instalação de R\$ 2.500,00.

113. Fica patente que o valor a ser cobrado pela Telebras do MCTIC é significativamente menor que aquele contratado com os mencionados entes públicos. Contudo, essa comparação fica prejudicada devido às diferenças de pontos contratados (em quantidade muito maior no caso do Gesac) e, no que concerne ao Ministério da Justiça, das características técnicas do serviço.

114. Nesse ponto, cumpre salientar que a prestação de serviços de conexão à internet, utilizando a banda Ka, para milhares de pontos é uma novidade no mercado, o que dificulta sobremaneira a comparação com outros serviços.

115. Também deve ser sopesado o fato de que o contrato firmado com a Telebras, ao contrário do que normalmente ocorre no mercado, não prevê o estabelecimento de franquias, as quais limitam o volume de dados transferidos. Por via de consequência, o serviço prestado pela estatal deve ter um preço maior que os valores pedidos pelos provedores em geral.

116. Ressalto que, no caso dos órgãos públicos atendidos pelo Gesac, a inexistência de franquias é muito importante e, em alguns casos, como os de hospitais, pode ser considerada essencial. Afinal, não se pode admitir que um trabalho pedagógico ou na área de saúde seja interrompido quando se atinge um determinado volume de dados transferidos, em razão do interesse público envolvido e da observância ao princípio da continuidade do serviço público.

117. Outro fator que distingue o contrato em tela reside no fato de ele prever a prestação de serviços em todo o país, o que implica dizer que o seu custo é obrigatoriamente maior que o valor cobrado em um contrato que atenda somente localidades que contam com uma boa estrutura. Aduzo que, segundo o MCTIC, 40% das localidades que serão atendidas pela Telebras não são atendidas por nenhuma outra empresa.

118. Destaco ainda que, originalmente, a Telebras propôs o pagamento mensal de R\$ 1.165,00 por ponto instalado. Posteriormente, em troca de um adiantamento no valor de R\$ 60 milhões, esse valor foi reduzido para R\$ 700,00. Caso se incorpore esse adiantamento ao fluxo de caixa do contrato, o valor a ser pago mensalmente pelo MCTIC passa a ser de R\$ 790,00 por ponto instalado.

119. Aduzo que a unidade técnica não conseguiu definir um método de aferição do preço justo a ser pago para a Telebras. Assim sendo, não foi comprovada a compatibilidade do valor contratado com os preços de mercado. Contudo, tendo em vista as peculiaridades deste caso concreto, julgo que esse entendimento não obsta a continuidade da execução do objeto avençado.

120. Por outro lado, julgo que a persistência das dúvidas sobre a adequação dos valores contratados enseja determinação ao MCTIC no sentido de incluir, no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, cláusula que preveja a possibilidade de solicitação pelo ministério de reequilíbrio econômico-financeiro do acordo em tela, caso seja constatado que os preços avençados não estão alinhados com aqueles vigentes no mercado, com vistas a garantir o respeito aos princípios constitucionais da eficiência, economicidade e interesse público.

III – Justificativas indevidas para a inexigibilidade de licitação, restrições à competitividade e direcionamento da contratação da Telebras

121. Em sua primeira manifestação nestes autos, a unidade técnica apontou que o MCTIC, ao definir que a conexão à internet deveria ocorrer pela via satelital em banda Ka em nível nacional, teria criado artificialmente uma situação de inexigibilidade. Afinal, no momento da contratação, apenas a Telebras detinha as condições necessárias para prestar serviços atendendo a esses requisitos.

122. Diante disso, julgo que deve ser avaliado se o estabelecimento dessas condições é justificável, ou seja, se efetivamente era adequado exigir a utilização da banda Ka e prever o lote único para todo o país.

123. Compulsando estes autos, verifiquei que, na primeira versão do termo de referência relativo à contratação em tela, estava previsto ser aceitável qualquer forma de prestação de serviços de conexão de dados e acesso à internet, chamados de SCM. Nesse sentido, consta do processo administrativo de contratação que:

“5.3. As especificações contidas neste Termo de Referência possibilitam que empresas do mercado de telecomunicações possam participar desta licitação, ofertando diversos tipos de soluções, com diversos tipos de tecnologia, desde que essas estejam enquadradas na definição de SCM.”

124. Assim sendo, além da utilização de outras tecnologias, era facultada a divisão em lotes do objeto a ser contratado.

125. Essa diretriz foi modificada, em 13/9/2017, por meio de um memorando elaborado pelo diretor do departamento de inclusão digital, o qual, segundo a unidade técnica, não conteria a devida fundamentação para a mencionada alteração.

126. Preliminarmente, esclareço que, em 28/11/2017, quinze dias antes da contratação da Telebras, o MCTIC incluiu no processo administrativo uma nota técnica, na qual apresentou os seguintes argumentos para a mudança de critérios para a contratação:

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

127. Nesse mesmo sentido, ao responder diligência realizada pelo TCU, o MCTIC acrescentou que:

“A conexão de 1 Mbps é insuficiente para garantir a boa qualidade demandada para as políticas públicas atendidas pelo Gesac.

Além do fato de que a atual contratação não garante serviços nos níveis de qualidade pretendidos, deve-se mencionar a quantidade de pontos hoje atendidos. A Política de Inovação Educação Conectada, lançada pelo MEC em novembro de 2017, prevê a contratação de conexões para mais 6.558 escolas rurais. Ora, não é possível aditar um contrato de 6.898 pontos em mais 6.558 pontos, pelos limites impostos pela Lei 8.666/1993.

No novo contrato com a Telebras, celebrado em dezembro de 2017, foi contratada a conexão de 15 mil pontos. Para o contrato atual, serão mantidos 4.300 pontos dos contratos atuais e que mantêm atividade conforme estabelecido na Norma Gesac.

Além dos 4300 pontos que serão migrados para o novo contrato com a Telebras, o MEC solicitou 6.558 conexões para escolas rurais dentro da Política de educação conectada. 1.041 destas já estavam conectadas nos contratos anteriores, o que significa que para essas as velocidades de conexão irão evoluir de 1 Mbps para 10 Mbps.

À época da contratação, já havia negociações com Ministério da Saúde e INSS para atendimento a programas de saúde indígena (1.200 pontos) e repartições do INSS (2.000 pontos). Também temos uma lista de demanda de perto de 2 mil telecentros. Assim, somando o quantitativo imediatamente estabelecido às potenciais demandas, chega-se a essa faixa de 15 mil conexões.

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

128. De forma geral, considero que as justificativas apresentadas pelo MCTIC são aceitáveis. Contudo, entendo ser necessário analisar mais profundamente algumas questões específicas, o que passo a fazer.

129. Os antigos contratos GESAC, celebrados em 2014, permitiram a ativação de pontos nos quais a conexão à internet é realizada com velocidades de 512 Kbps, 1 Mbps e 2 Mbps. Já o contrato celebrado com a Telebras prevê a implantação de pontos com velocidades de 10 Mbps, 15 Mbps e 20 Mbps. Essa significativa ampliação da velocidade de conexão decorre de mudanças no perfil dos usuários, da utilização de novos aplicativos e da atualização tecnológica.

130. Segundo informado pela unidade técnica ao meu Gabinete, a tecnologia adotada pelo SGDC, por meio da utilização da banda Ka, apresenta vantagens técnicas quando comparada, por exemplo, com a banda Ku, que é utilizada em outros satélites utilizados em nosso país.

131. Entre essas vantagens, destaca-se a elevada capacidade disponível da banda Ka para comunicação bidirecional de dados, que, segundo informado pela Telebras, pode chegar a 8 vezes a capacidade da banda Ku. Essa característica permite a transferência de dados em velocidade bastante elevada.

132. Nesse cenário, considero ter sido justificada a opção pela banda Ka.

133. Cabe avaliar ainda a opção pelo lote único. Segundo o MCTIC, essa escolha apresenta as seguintes vantagens:

a) preservação de um mesmo padrão de qualidade do sinal em todo o país, uma vez que está sendo adotada uma solução padronizada para todos os pontos;

- b) gerenciamento centralizado, o que possibilita uma maior controle e menores custos operacionais. Caso o objeto seja dividido em lotes, haverá necessidade de gerenciar diversos contratos;
- c) facilidade para remanejar pontos, com vistas a priorizar o atendimento a necessidades detectadas posteriormente à implementação do programa. A opção pela contratação de diversos lotes pode ensejar a subutilização de recursos em um lote associada à impossibilidade de atender adequadamente os usuários de outro;
- d) propicia ganhos de escala, aumenta a eficiência e reduz custos;
- e) permite a centralização dos mecanismos de segurança da informação e proteção contra ataques cibernéticos.

134. A meu ver, a questão central se refere à alegada redução de custos decorrente da opção por um lote único. Parece intuitivo que o preço do serviço de conexão à internet varia de acordo com as características específicas dos locais onde os pontos estão instalados.

135. Nesse sentido, o MCTIC alegou que:

“Ao colocarmos lotes nacionais obrigamos as empresas a balancear suas propostas. O custo de uma instalação no baixo Amazonas é muito superior a um atendimento no Rio de Janeiro. A maioria dos pontos está em regiões de mais alto custo de logística. Assim, ao mantermos um lote nacional, obrigamos a ter propostas que façam esse balanço.”

136. Quando se opta pela licitação em lote único, o valor a ser pago por todos os pontos é o mesmo e deve ser obtido a partir da média ponderada dos custos regionais, levando em conta a quantidade de pontos em cada região.

137. Ocorre que o Ministério não apresentou os valores que seriam pagos em cada região, caso se tivesse optado pela divisão do objeto avençado em lotes. Assim sendo, fica impossível aferir se o valor contratado com a Telebras visando à prestação dos serviços em todo o território nacional é adequado, ou seja, se guarda correspondência com a média ponderada anteriormente citada.

138. Esclareço que o MCTIC informou que 40% dos pontos a serem atendidos no âmbito do Gesac somente são cobertos pelo satélite da Telebras. Logo, seria possível estimar um valor único justo caso se soubesse quais são os valores regionais adequados.

139. Poder-se-ia alegar ainda que a licitação por lotes poderia implicar a inexistência de propostas para a prestação do serviço de conexão nas regiões mais distantes dos grandes centros, devido ao maior custo existente nessas regiões. Essa alegação foi apresentada pelo MCTIC, **verbis**:

“Colocar um lote estritamente na região NO, CO e interior do NE poderia ter como consequência a ausência de competidores e o abandono dessas populações.”

140. Esse argumento não merece prosperar porque a licença para a operação do SGDC foi concedida pela Anatel para a Telebras, com inexigibilidade de licitação, com a condição de que ele fosse utilizado com vistas a consecução do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL. Entre os objetivos desse plano se insere a conexão em banda larga das localidades mais distantes, o que implica dizer que a estatal teria o dever de prestar os serviços demandados pelo MCTIC nas localidades apontadas pelo ministério.

141. Evidente que a prestação de serviços apenas nas localidades com as condições mais desfavoráveis implicaria o pagamento de valores maiores para a Telebras. Contudo, em tese, tais valores majorados seriam compensados pelo pagamento de quantias inferiores para as empresas que prestassem serviços nas melhores regiões.

142. O que se verifica no caso vertente é que não é possível avaliar qual seria a opção mais vantajosa do ponto de vista financeiro, o que implica dizer que não restaram comprovados os alegados ganhos de escala e aumento de eficiência.

143. Entendo que as alegações relativas às demais vantagens da contratação em lote único, apresentadas pelo MCTIC, podem ser aceitas. Contudo, julgo necessário tecer algumas considerações sobre a suscitada dificuldade para remanejar pontos no âmbito da contratação por lotes. Nesse particular, o Ministério alegou que:

“Os contratos do GESAC têm uma dinâmica permanente de desativação/ativação de pontos. São instituições que não precisam mais, pois receberam outro tipo de atendimento. Assim, migra-se para uma outra instituição que necessita. Lembre-se que só na educação temos quase 60 mil escolas rurais sem conexão à internet em banda larga. Se uma escola recebe outro atendimento ou se é uma escola de periferia que é atendida por acesso terrestre, passa-se a conexão contratada para outra escola. Os contratos atuais com o Consórcio Conecta Brasil II prevêm que num prazo de quatro anos todos os pontos poderiam ser trocados. Assim a existência de um lote nacional permite que um ponto desligado em um local, seja transferido para qualquer outro ponto do país. Lotes regionais impedem isso, criando uma situação de enrijecimento que dificulta a melhor execução da política pública.”

144. Ocorre que essa dificuldade, que reconheço existir, pode ser muito reduzida, desde que sejam contratados lotes de tamanho significativo (alguns milhares de pontos). Assim sendo, a relevância desse argumento pode ser relativizada.

145. Considero importante apontar também algumas desvantagens do lote único, de forma a possibilitar uma avaliação equilibrada da opção feita pelo contratante. Em primeiro lugar, saliento que a contratação de um único prestador de serviços pode gerar uma dependência total desse contratado e ampliar o risco de paralisia dos serviços caso essa empresa venha a enfrentar problemas graves. No caso vertente, caso a Telebras tenha seu contrato com a Viasat invalidado ou rescindido, a implantação do Gesac será muito prejudicada.

146. Em segundo lugar, friso que a contratação de um único lote representa a implantação de um subsídio cruzado, uma vez que a Telebras receberá um valor menor que aquele considerado devido em algumas localidades (as de difícil acesso) e, em contrapartida, auferirá uma quantia superior em outros locais. Aduzo que, além de outros problemas típicos dessa forma de subsídio, não haverá transparência em relação aos gastos relativos à implementação do Gesac.

147. Sopesados os argumentos acima relacionados, julgo que não restou demonstrado que a opção pelo lote único maculou a contratação da Telebras.

IV – Realização de pagamento antecipado para a Telebras, no valor de R\$ 60 milhões, sem justificativas adequadas e sem a exigência das garantias devidas

148. No dia 8/12/2017, antes da assinatura do contrato em tela, ocorrida em 13/12/2017, o MCTIC pagou R\$ 60 milhões para a Telebras. Aduzo que o valor total da referida avença atingiu R\$ 663,5 milhões, logo, essa antecipação correspondeu a quase 10% desse valor, que deve ser pago ao longo de 60 meses.

149. Ouvido a respeito, o Ministério alegou que:

a) a realização desse adiantamento foi possibilitada pela antecipação da transferência de recursos do MEC para o MCTIC, no âmbito de execução da Política de Inovação Educação Conectada. Esses recursos deveriam ser executados ainda no ano de 2017;

b) em troca da antecipação do pagamento, a Telebras garantiu ao MCTIC a banda necessária para atender as demandas relacionadas ao projeto GESAC; e

c) a Telebras concedeu um desconto de aproximadamente 32% em relação ao valor da conexão inicialmente proposto, que passou de R\$ 1.165,00 para R\$ 700,00 mensais por ponto instalado.

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

151. Especificamente quanto às garantias devidas, o MCTIC reiterou que a Telebras possui condições econômicas, financeiras e técnicas para honrar os compromissos assumidos no contrato em tela. Assim sendo, não foram exigidas garantias adicionais.

152. Preliminarmente, esclareço que, quando o adiantamento de R\$ 60 milhões é incorporado ao fluxo de caixa do empreendimento, o valor mensal pago a Telebras por cada um dos pontos em funcionamento atinge R\$ 790,00.

153. Esclareço ainda que o pagamento antecipado, quando realizado em caráter excepcional e desde que estejam presentes alguns requisitos que serão detalhados a seguir, possui base legal.

154. Nesse sentido, o art. 40, XIV, da Lei 8.666/1993 prevê que:

“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

(...)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos.”

155. No caso vertente, o valor pago antecipadamente, nos termos da cláusula 3.1.1 teve o escopo de garantir a reserva de banda Ka do SGDC. Consequentemente, embora o pagamento tenha ocorrido em momento anterior à prestação do serviço de provimento de internet propriamente dito, a reserva de capacidade satelital precede e, conforme informado pela Telebras, possibilita a posterior operacionalização da comunicação bidirecional de dados. Adicionalmente, foi oferecida uma condição financeira mais vantajosa para a administração pública contratante. Assim sendo, entendo que, no caso vertente, essa antecipação tem fulcro no art. 40, XIV, “d”, da Lei 8.666/1993.

156. Acrescento que a Orientação Normativa nº 37, da Advocacia-Geral da União, que dispõe exatamente sobre a aplicabilidade do artigo 40, XIV, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, estabelece que:

“A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios:

1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço ou propicie sensível economia de recursos;

2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta;

3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da Lei 8.666/1993, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.”

157. Importa salientar que os critérios estabelecidos na Orientação Normativa acima citada encontram amparo na jurisprudência do TCU, como se observa no seguinte trecho do Acórdão nº 1.826/2017 — Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo:

“79. Conforme firme jurisprudência desta Corte de Contas, a antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pela Administração, ocasião em que deve ficar demonstrada a existência de interesse público, obedecidos os critérios expressamente previstos pela legislação que rege a matéria, quais sejam, existência de previsão no ato convocatório da licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta e as indispensáveis cautelas e garantias.

80. É dizer, a realização de pagamentos antecipados aos contratados somente poderá ocorrer se houver a conjunção dos seguintes requisitos: previsão no ato convocatório, existência no processo licitatório de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida e estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.”

158. Verifico que, neste caso concreto, além de o pagamento antecipado estar previsto na cláusula 3.1.1 do contrato celebrado pela Telebras e pelo MCTIC, o respectivo termo de referência estabeleceu que:

“14.3. Da antecipação de pagamento:

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

14.4.0.1. Comprovação dos requisitos previstos neste item.

14.4.0.2. Garantia contratual de que a Contratada devolverá os valores antecipados, caso não executado o objeto.”

159. Quanto às garantias, friso que a cláusula 7 do contrato em tela prevê que:

“CLÁUSULA SÉTIMA – DA DEVOUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO

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

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

160. Ressalto ainda o caráter sinalagmático da reserva de capacidade realizada pela Telebras e da antecipação efetuada pelo MCTIC, o qual também justifica a não apresentação de uma garantia firme pela estatal.

161. Cabe destacar também que o preço cobrado pela Telebras sofreu uma redução expressiva em função da antecipação em tela. Assim sendo, em princípio, estão presentes os requisitos normativos para a realização da antecipação sob comento.

162. Por fim, é necessário sopesar que o contrato em tela foi firmado por um Ministério e por uma empresa estatal, a qual, apesar de estar submetida ao direito privado, também age como um instrumento de políticas públicas. Dito de outra forma, a Telebras atua a longa **manus** do Estado, quando viabiliza a conexão em banda larga de órgãos públicos localizados em comunidades carentes. Consequentemente, sem descurar das obrigações constitucionais e legais, observo que o contrato sob exame tem nuances de parceria, o que permite abrandar as cautelas recíprocas que derivam da literalidade da norma legal.

163. Tendo em vista ainda que a qualidade de estatal lhe confere um amparo financeiro por parte da União, avalio ser admissível um certo afrouxamento das cláusulas que estabelecem reciprocidade absoluta nas prestações.

164. Diante do acima exposto, julgo que o pagamento antecipado não caracterizou uma irregularidade capaz de obstar a continuidade do contrato firmado pela Telebras e pelo MCTIC. Ademais, entendendo ser desnecessária a expedição da determinação sugerida pela unidade técnica, no sentido de condicionar a continuidade da execução do objeto avençado à apresentação pela Telebras de garantias ou instrumento jurídico similar com o objetivo de resguardar o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões ora sob comento.

V - Assinatura do contrato apesar da ausência de condições técnicas e operacionais necessárias à prestação do serviço previsto no ajuste

165. Quando da celebração do contrato do Gesac, ocorrida em dezembro de 2017, a Telebras ainda não tinha definido como se daria a operacionalização da banda civil de seu satélite. Afinal, ainda não havia sido contratada a fabricação, instalação e manutenção das antenas Vsat e das **gateways**. Somente em fevereiro de 2018, a estatal celebrou uma parceria com a empresa Viasat, que ficou encarregada de fornecer esses equipamentos. Ocorre que, consoante exposto anteriormente neste voto,

a regularidade dessa parceria está sendo avaliada pelo TCU (TC 022.981/2018-7). Assim sendo, há um risco de que esse contrato seja invalidado ou rescindido, o que implicará a não disponibilização a curto prazo da estrutura terrestre para a Telebras. Nessa hipótese extrema, a estatal não teria como honrar seus compromissos contratuais em conformidade com o cronograma estabelecido na avença celebrada com o MCTIC.

166. Ouvida a respeito dessa questão, a Telebras afirmou que:

“Em conclusão, a alegada e momentânea ausência de condições técnicas e operacionais para a exploração do SGDC na data de assinatura do contrato GESAC está justificada em motivos alheios à vontade da Telebras. Não obtendo êxito no primeiro modelo elaborado para a exploração de capacidade satelital em banda Ka do SGDC (ausência de interessados), partiu em direção à outra opção conferida pelo legislador para exploração de atividade circunscrita ao seu objeto social, qual seja, celebração de parceria estratégica vinculada a oportunidade única de negócios nos moldes do artigo 28, parágrafo 3º, inciso II, da Lei das Estatais.

Entretanto, tais circunstâncias não impactaram o cronograma definido no contrato GESAC. Vale dizer: não houve qualquer prejuízo ao erário ou à administração pública contratante, uma vez que o contrato GESAC prevê em sua Cláusula Oitava ("Regime de Execução dos Serviços e Fiscalização") cronograma minucioso de etapas a serem executadas pela Telebras, e no momento da efetiva prestação dos serviços, a Telebras já possuía as condições técnicas e operacionais necessárias para ativação dos pontos de presença em atendimento aos prazos determinados no contrato — tanto é que os primeiros 04 (quatro) pontos foram ativados com razoável antecedência em relação ao termo final estabelecido.

Imperioso ressaltar que a Viasat Inc. (matriz norte-americana) é uma das maiores empresas do mundo atuantes no mercado de telecomunicações via satélite, além de ser fabricante de equipamentos. Em razão dessa posição mercadológica de sua parceira, a Telebras sempre teve segurança de que os equipamentos necessários para a implantação dos primeiros pontos de presença previstos no contrato GESAC chegariam ao Brasil com a velocidade necessária para que as primeiras ativações fossem realizadas dentro do prazo previsto.”

167. Já o Ministério informou que:

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

(...)

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

168. Saliento que a prorrogação até 9/6/2019 dos contratos celebrados em 2014 já ocorreu, visando garantir a manutenção dos serviços ora prestados. Diante disso, verifico que o risco de uma paralisação do Programa Gesac não existe neste momento. Afinal, esses contratos permitem a conexão de 6.898 pontos, ainda que em baixa velocidade (entre 1 e 2 Mbps).

169. Cabe frisar que a velocidade atualmente implantada é considerada insuficiente para o atingimento dos objetivos do Gesac, em especial nas áreas de educação e saúde, o que torna necessária a implementação de conexões muito mais rápidas. Em especial no caso das escolas rurais, o Ministério da Educação informou que a manutenção das conexões com velocidade de 1 ou 2 Mbps acarretará a não implementação nas escolas rurais das estratégias pedagógicas desenhadas na Política de Inovação Educação Conectada.

170. Por outro lado, caso o contrato celebrado pela Viasat e pela Telebras seja rescindido ou anulado, o que, como visto acima, impossibilitará a execução imediata do objeto contratual pela estatal, o MCTIC não conseguirá aperfeiçoar no curto prazo o referido programa.

171. A uma, porque, segundo o Ministério, são necessárias, num primeiro momento, no mínimo 9.000 conexões satelitais. Em seguida, para atender novas solicitações do Ministério da Educação, do Ministério da Saúde e do INSS, esse quantitativo deverá ser ampliado para 15.000 pontos.

172. A duas, porque o contrato com a estatal prevê que a velocidade mínima será de 10 Mbps, podendo em alguns casos atingir 20 Mbps, uma melhoria significativa que garantirá a utilização de aplicativos necessários ao bom desempenho dos órgãos públicos envolvidos.

173. A três, porque existe uma demanda represada de atendimento a escolas localizadas em áreas rurais, em especial nas regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste, a qual pode ser atendida pela Telebras. Nesse particular, saliento que o Ministério da Educação solicitou a instalação de pontos em 5.417 novas instituições de ensino rurais.

174. Com espeque no acima exposto, julgo que a contratação da Telebras não caracterizou uma conduta temerária dos gestores do MCTIC, uma vez que os riscos inerentes à celebração dessa avença teriam sido avaliados e considerados aceitáveis.

175. Friso que o Ministério, quando teve ciência dos questionamentos existentes sobre a parceria firmada pela estatal e pela empresa Viasat, adotou as providências cabíveis, no sentido de prorrogar os contratos firmados em 2014, o que pesa a favor desses gestores.

176. Aduzo que, ao analisar os documentos acostados a estes autos, constatei a necessidade de obter maiores esclarecimentos do MCTIC a respeito da solicitação formulada pela Telebras no sentido de que fosse adiado o início da instalação dos pontos. Para fundamentar seu pleito, a estatal alegou que o atraso verificado na execução contratual do Gesac decorreu de ações judiciais que questionaram o acordo de parceria celebrado com a empresa Viasat, cuja execução regular possibilitaria a operacionalização do satélite

177. Esclareço que a solicitação da estatal pode ser atendida de duas formas:

a) pela prorrogação do contrato, com fulcro no artigo 57, § 1º, da Lei 8.666/1993, a seguir transcrito:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(,,)

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.”

b) pela suspensão da execução contratual, em decorrência de ordem escrita da Administração, limitada a 119 dias consoante disposto no art. 78, XIV, da Lei 8.666/1993, **verbis**:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;”

178. Em ambas as hipóteses, é necessária uma manifestação de mérito do ministério, precedida e fundamentada por uma análise jurídica e técnica. Não há nestes autos documentos que comprovem nem a referida análise nem a consequente decisão a respeito desse pedido. Apenas foi juntado um ofício do ministério, de 17/7/2018, no qual foi pedido que a Telebras apresentasse uma proposta de novo cronograma.

179. Nesse contexto, julgo que deve ser determinado ao MCTIC que informe a este Tribunal, no prazo de 30 dias, quais providências estão sendo adotadas em relação ao pedido formulado pela Telebras no sentido de que fosse alterado o cronograma de execução do objeto do contrato em tela.

180. Por fim, esclareço que, nos itens 9.3.5 e 9.4.5 do Acórdão 1.692/2018 - Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, foi determinada a oitiva da Telebras e do MCTIC para que esses entes se manifestassem sobre a *“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”*.

181. As respostas apresentadas não abordaram a aplicação de eventuais sanções pelo MCTIC, as quais decorreriam de atrasos injustificados supostamente verificados na execução do contrato em tela.

182. Diante do acima exposto, julgo que deve ser determinado ao MCTIC que, no prazo de 30 dias, informe ao TCU se ocorreram atrasos injustificados na execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Caso tais atrasos tenham efetivamente acontecido, deverão ser informadas as providências adotadas visando à aplicação das sanções cabíveis.

VI – Ausência de amparo legal para a prestação pela Telebras dos serviços para usuário final, não governamental, no Programa Internet para Todos

183. No dia 30/1/2018, a Telebras anunciou seu credenciamento no Programa Internet para Todos (IT), que constitui uma nova modalidade de serviços no âmbito do Gesac e prevê o fornecimento de acesso à internet para usuários finais residentes em localidades remotas. Nesse caso, a conexão é contratada e paga pelo próprio usuário.

184. A prestação de serviços para usuários finais foi disciplinada no art. 4º, inciso IV e parágrafo único, do Decreto 7.175/2010, que reativou a Telebras, **verbis**:

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

(...)

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

(...)

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

185. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que a prestação pela Telebras de serviços de banda larga para usuários finais está condicionada à elaboração, pelo MCTIC, da lista de localidades onde não existe ofertada adequada desses serviços. Considerando que aquele ministério ainda não divulgou a mencionada lista, a estatal não pode neste momento prestar tais serviços.

186. Nesse contexto, foi promovida a oitiva do MCTIC e da Telebras, os quais esclareceram que o Contrato de nº 02.0040.00/2017, celebrado por esses dois entes públicos, não abrange atividades para a implementação do Programa Internet para Todos. Afinal, a mencionada avença cuida apenas da prestação direta pela Telebras de serviços de comunicação bidirecional de dados para órgãos da Administração (principalmente, escolas, hospitais e postos de saúde).

187. Esclareço, ainda, que a Telebras realizou seu credenciamento junto ao ministério, na qualidade de “prestadora do serviço de telecomunicações”, nos termos da portaria MCTIC 7.154/2017. Tal credenciamento permitirá a prestação dos serviços aos usuários finais tão logo seja editada a relação de localidades passíveis de atendimento.

188. Ressalto que o art. 3º da Lei 5.792/1972 prevê que:

“Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRAS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a finalidade de:

I - planejar os serviços públicos de telecomunicações, de conformidade com as diretrizes do Ministério das Comunicações;

II - gerir a participação acionária do Governo Federal nas empresas de serviços públicos telecomunicações do país;

III - promover medidas de coordenação e de assistência administrativa e técnica às empresas de serviços públicos de telecomunicações e aquelas que exerçam atividades de pesquisas ou industriais, objetivando a redução de custos operativos, a eliminação de duplicações e, em geral a maior produtividade dos investimentos realizados;

IV - promover a captação em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados pela Sociedade ou pelas empresas de serviços públicos de telecomunicações, na execução de planos e projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações;

V - promover, através de subsidiárias ou associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações, no território nacional e no exterior.

VI - promover e estimular a formação e o treinamento de pessoal especializado, necessário às atividades das telecomunicações nacionais;

VII - executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações.”

189. Constato que o art. 3º, VII, da Lei 5.792/1972 permite que Poder Executivo atribua competências para a Telebras executar outras atividades. Portanto, deduz-se que o Decreto 7.175/2010 pode ser tido como constitucional, apesar de reconhecer que a prestação de serviços de internet banda larga não é exatamente semelhante àquelas atividades relacionadas no mencionado inciso. Aduzo que, em conformidade com o disposto no art. 10 da Resolução 614/2013 da Anatel, a prestação do Serviço de Comunicação Multimídia depende de prévia autorização da agência reguladora. Ocorre que o Conselho Diretor da Anatel, quando conferiu à estatal o direito de exploração do SGDC, por intermédio do Ato nº 76/2014, expressamente vinculou essa exploração à consecução dos objetivos do PNBL, dentre os quais se encontra o atendimento a usuários finais localizados em comunidades onde não haja serviço adequado. Nesse sentido, o art. 3 do mencionado Ato possui a seguinte redação:

“Art. 3º Determinar que a TELEBRAS, quando do provimento da capacidade espacial, atenha-se ao cumprimento dos objetivos do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL em cotejo com o dever de implementação do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas – SGDC.”

190. Com fulcro nessas considerações, entendo que não houve ilegalidade na atuação da estatal até o presente momento, dado que o mero credenciamento no programa não significa que tenha ocorrido o fato gerador da ilegalidade, que seria a efetiva prestação do serviço ao usuário final pela Telebras.

191. Por oportuno, friso que, no dia 29/8/2018, ao avaliar a Política Nacional de Banda Larga, o TCU exarou o Acórdão 2.053/2018 – Plenário, relatado pela Min. Ana Arraes, tendo determinado ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações que:

“9.2.3. encaminhe a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, a definição de localidades onde inexista oferta adequada de serviços de conexão à internet em banda larga, de forma a permitir a consecução da competência da Telebras de prestar serviços de conexão à internet em banda larga para usuários finais, conforme previsto no art. 4º, § 4º, do Decreto 7.175/2010.”

192. Da leitura do acórdão acima citado, percebe-se que o TCU já deliberou sobre o tema de modo a determinar ao MCTIC que, em um futuro próximo, adote as medidas necessárias para viabilizar a prestação regular pela Telebras dos serviços previstos no Programa Internet para Todos.

VII – Considerações adicionais

VII.1 – Do compartilhamento da estrutura terrestre

193. Na prestação do serviço de comunicação de dados, é usual que a operadora instale seus equipamentos em regime de comodato. Aduzo que, embora a infraestrutura instalada seja da empresa contratada, a utilização desses equipamentos deve observar as regras e condições acertadas com o contratante. No caso vertente, cabe ao MCTIC definir o tipo de equipamento utilizado e as especificações técnicas que serão observadas.

194. Cumpre salientar que, embora a infraestrutura seja de propriedade da Telebras, ela está vinculada ao MCTIC pelas seguintes razões:

- a) sua instalação e manutenção ao longo do contrato são integralmente custeados pelo poder público, dado que foram contabilizadas no preço a ser cobrado pela estatal;
- b) estão sob tutela do Estado, que deverá assegurar o correto uso dos equipamentos;
- c) geram custos para o erário, a quem compete fornecer a energia que alimenta os equipamentos e a segurança dessa infraestrutura.

195. Nesse contexto, o termo de referência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 prevê que:

“7.4. Infraestrutura de transmissão de dados em banda larga e serviço

7.4.1. O serviço de infraestrutura de transmissão bidirecional de dados compreende o fornecimento de todos os equipamentos e insumos (hardware e software) necessários ao provimento dos enlaces de acesso dos Pontos de Presença

(...)

7.4.6. A Contratante poderá, a seu critério, compartilhar a taxa de transmissão disponível no Ponto de Presença com outros locais, utilizando recursos próprios ou de terceiros, para montagem de redes comunitárias, com ou sem fio.”

196. Assim, há a previsão explícita de que o MCTIC pode autorizar o uso de sua infraestrutura por terceiros para a prestação de outros serviços. Contudo, não foram definidos os critérios a serem observados na escolha do terceiro que usufruirá da rede do ministério; como será garantida a isonomia na escolha de um terceiro dentre os demais interessados; se a cessão dos equipamentos e da capacidade de transmissão de dados será feita de forma onerosa e qual seria esse valor nem qual instrumento jurídico formalizará o acordo.

197. Diante do acima exposto e em consonância com os princípios constitucionais de isonomia, impessoalidade, economicidade e interesse público, julgo que o TCU deve determinar ao MCTIC que, caso entenda que a infraestrutura implementada no Programa Gesac é passível de compartilhamento com terceiros, estabeleça, por meio de ato formal e público a ser encaminhado ao TCU em trinta dias

após a decisão, os critérios que definem de que forma se dará a autorização para o compartilhamento e o processo que será realizado, considerando necessariamente:

a) os procedimentos necessários para a escolha do terceiro que usufruirá da infraestrutura de rede do programa;

b) como será garantida a isonomia na escolha de um terceiro dentre os demais interessados;

c) qual o valor devido à União caso o compartilhamento de infraestrutura resulte em obtenção de receitas por terceiros a partir do uso da capacidade de transmissão de dados e dos equipamentos compartilhados; e

d) qual instrumento jurídico formalizará o acordo.

198. Também deve ser determinado ao MCTIC e à Telebras que promovam ajustes contratuais no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, de forma a prever que o compartilhamento da infraestrutura a ser implementada no âmbito do Programa Gesac, conforme previsão na cláusula 7.4.6 do referido contrato, será oneroso nos casos em que a rede e seus elementos sejam utilizados em atividades com fins lucrativos.

VII.2 – Da isenção tributária no âmbito do Gesac

199. Por fim, cabe destacar que, no relatório que fundamentou o Acórdão 1.692/2018 - Plenário, a Min. Ana Arraes apontou um risco relativo à isenção tributária prevista no Programa Internet para Todos, o qual passo a expor.

200. Desde 2007, a prestação de serviço de acesso à internet por meio do Gesac conta com isenção de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), aprovada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), por meio do Convênio ICMS 141/2007. À época, o programa previa somente o atendimento de instituições públicas e algumas entidades de cunho social.

201. Posteriormente, por meio da Portaria MCTIC 7.154, de 6/12/2017, o Gesac passou a abranger também o atendimento aos usuários finais no âmbito do Programa Internet para Todos. Essa mudança no escopo do Gesac tornou a isenção de ICMS aplicável aos provedores que prestarão serviços no Internet para Todos.

202. Compulsando estes autos, verifiquei que o Confaz não foi informado nem consultado a respeito dessa alteração da abrangência do Gesac. Logo, o referido Conselho pode discordar dessa medida, que foi adotada a sua revelia.

203. Com fulcro nessas considerações, entendo que deve ser recomendado ao MCTIC que avalie a conveniência e a oportunidade de consultar o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) sobre a ampliação dos efeitos do Convênio ICMS 141/2007, com vistas a minimizar os riscos vinculados à expansão das isenções fiscais do Programa Gesac com a criação da modalidade Internet para Todos.

VII.3 – Da atuação do MCTIC no processo de contratação da Telebras

204. O processo administrativo relativo à contratação da Telebras foi instaurado pelo MCTIC no dia 14/8/2017. Em seguida, foram elaboradas minutas de termos de referência em 25/9/2017, 4/10/2017 e 1/11/2017, as quais foram encaminhadas para empresas com o intuito de divulgar a intenção de contratação do ministério.

205. Não constam destes autos respostas a esses ofícios e o ministério argumentou que não pôde realizar uma pesquisa mais aprofundada, uma vez que *“as empresas que hoje fornecem os serviços, bem como outras procuradas pelo MCTIC, não fizeram contraproposta ao pedido encaminhado às empresas”*.

206. Ocorre que, após compulsar os presentes autos, constatei a existência de indícios de falhas no referido processo de consulta, em especial no que concerne à ausência de isonomia no tratamento dado pelo ministério à Telebras e às demais operadoras.

207. Nesse sentido, destaco que:

a) o termo de referência do contrato da Telebras previu a antecipação de pagamento para a estatal, contudo, essa possibilidade não foi apresentada para as demais empresas consultadas nem constava da minuta de termo de referência encaminhada a elas;

b) o prazo de vigência do contrato firmado com a Telebras é de 60 meses, enquanto o termo de referência encaminhado às operadoras previa somente 48 meses;

c) houve um aumento de 50% do quantitativo de pontos contratados com a Telebras em relação ao total previsto no termo de referência enviado para as empresas;

d) no contrato celebrado com a Telebras, o MCTIC reduziu o padrão de qualidade referente à capacidade efetiva de transmissão dos dados, o que representou um benefício operacional e, conseqüentemente, financeiro para a contratada; e

e) o ministério permitiu que a estatal utilize uma taxa de compartilhamento maior (1:100) do que havia sido oferecido para as empresas privadas (1:40). Na prática, isso significa que um maior número de usuários pode utilizar uma mesma conexão de dados, o que reduz os custos do serviço para a empresa contratada.

208. Esse tratamento diferenciado conferido pelo MCTIC à Telebras, além de violar o princípio da isonomia, prejudicou a confiabilidade do processo de coleta de preços. Esse fato adquire maior gravidade no caso vertente, no qual restou configurada a impossibilidade fática de aferir de forma precisa a adequação dos valores contratados com a estatal.

209. Por outro lado, considero que essas falhas, embora relevantes, não tornaram ilícita a contratação da Telebras, porque supostamente teriam restringido a concorrência entre as empresas. Afinal, a estatal foi contratada por inexigibilidade, tendo em vista que, à época da celebração dessa avença, ela detinha o monopólio de fato da prestação dos serviços ajustados em 40% do território nacional. Assim sendo, ainda que tivesse havido a oferta de condições iguais para todas as empresas do mercado, ao final do processo a estatal teria sido contratada.

210. Contudo, tendo em vista a necessidade de evitar a repetição das falhas apontadas nestes autos, entendo que deve ser determinado ao MCTIC que, nas próximas contratações de serviços, em especial aqueles voltados à implementação de políticas públicas, assegure que, no processo de pesquisa de preços e de manifestação de interesse do mercado que antecedem à contratação, sejam ofertados aos potenciais concorrentes as mesmas especificações técnicas e contratuais e as mesmas condições de prestação do serviço, em conformidade com os princípios constitucionais da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

VIII - Conclusão

211. Ao longo deste voto, avaliei diversas falhas que foram detectadas no processo de contratação da Telebras pelo MCTIC. Com espeque nas considerações acima exaradas, julgo que essas falhas não apresentam gravidade suficiente para ensejar a nulidade ou a rescisão desse contrato, em especial quando são consideradas as consequências negativas que adviriam da invalidação dessa avença. Contudo, friso que a análise destes autos não afastou dúvidas relevantes sobre a economicidade da avença sob comento.

212. Aduzo que, consoante disposto na cláusula sexta do contrato sob comento, o preço nele consignado será corrigido anualmente, observado o interregno mínimo de um ano, contado a partir da data da apresentação da proposta, pela variação do Índice de Serviços de Telecomunicações – IST, calculado pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

213. Esclareço que o Índice de Serviços de Telecomunicações é um índice composto por uma combinação de outros índices existentes na economia, que é calculado com o objetivo de atualizar valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações. Entre seus principais formadores estão o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), com 47,6%, e o Índice de Preços por Atacado - Oferta Global/Máquinas e Equipamentos (IPA-OG/Máquinas), com 32,46%.

214. Fica patente que o reajuste dos valores desse contrato não incorporam eventuais alterações ocorridas no mercado, como a entrada de novos prestadores de serviços, que podem ensejar a queda dos preços cobrados pelo serviço em tela.

215. Restou demonstrado que, quando da sua contratação, apenas a Telebras tinha as condições necessárias para oferecer um serviço com cobertura nacional. Entretanto, tal situação será alterada nos próximos anos, uma vez que algumas empresas estão anunciando o lançamento de satélites com capacidade para transmitir e receber grandes volumes de dados em alta velocidade. Por exemplo, a Viasat anunciou que até 2020 colocará em órbita satélites que cobrirão integralmente o território nacional, os quais possuirão uma capacidade até 16 vezes maior que aquela do SGDC.

216. Reitero que, segundo dados disponibilizados pela Anatel, nos últimos cinco anos houve uma queda de 44% no valor médio mensal por **megabit** transferido em banda larga. Considerando que esse declínio nos preços vem sendo provocado pelo aumento da concorrência e pelo avanço da tecnologia na área de telecomunicações, tudo indica que ele continuará nos próximos anos.

217. Assim sendo, penso que haverá uma janela de oportunidade para que o MCTIC busque capturar essa possível vantagem financeira. Afinal, num período de três anos, não deverá persistir a exclusividade da Telebras para prestar os serviços na forma especificada pelo ministério em todo o território nacional. Consequentemente, julgo que o Ministério deve avaliar a conveniência e a oportunidade de negociar com a estatal a redução do prazo contratual de forma a permitir que a redução de preços projetada seja captada em um novo contrato.

218. Contudo, essa não é a única alternativa viável, como demonstrarei a seguir.

219. O art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 estabelece que os contratos regidos por aquela Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, por acordo das partes, para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração do serviço, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

220. Avalio que, no caso vertente, uma vez ocorrida a redução de preços citada no parágrafo 217 deste voto, poderá haver a necessidade de um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência do surgimento de opções mais baratas de prestação dos serviços contratados com a Telebras. Por via de consequência, findo esse prazo, o Ministério deverá aferir a necessidade ou não desse reequilíbrio.

221. Caso exista a necessidade de reequilibrar o contrato, o MCTIC deverá adotar as medidas necessárias para alterar as cláusulas econômicas, na forma que o Ministério entender cabível. Após a implementação dessa mudança, julgo que poderá ocorrer a continuidade da prestação de serviços pela estatal até o término da vigência do contrato em tela.

222. Por outro lado, caso a Telebras apresente óbices jurídicos à aplicação do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 ao caso vertente, alegando, por exemplo, que não ocorreu nenhum fato superveniente imprevisível, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações deverá avaliar a rescisão dessa avença por razões de interesse público, nos termos do art. 78, XII, da Lei 8.666/1993, a seguir transcrito:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;”

223. Destaco que, nesse caso, deverá haver o pagamento de indenização pelos danos emergentes e pelas despesas de desmobilização, consoante disposto no art. 79, § 2º, da Lei 8.666/1993, **verbis**:

“Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

(...)

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem

que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.”

224. Tendo em vista que, neste momento, o TCU está deliberando sobre o mérito desta representação, julgo que deve ser revogada a cautelar anteriormente concedida, por meio do Acórdão 1.692/2018 – Plenário, que suspendeu a execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017.

225. Por via de consequência, deve ser declarada a perda de objeto dos agravos interpostos pela Telebras e pela Advocacia-Geral da União – AGU contra o mencionado Acórdão 1.692/2018 – Plenário.

226. Finalmente, manifesto minha discordância com a proposta formulada pela unidade técnica no sentido de autuar processo apartado para apurar as responsabilidades, no âmbito da MCTIC, pela não adoção das medidas necessárias para comprovar a conformidade das escolhas realizadas no processo de contratação direta da Telebras por inexigibilidade de licitação.

227. Afinal, são avaliadas nestes autos condutas adotadas em um setor extremamente dinâmico, como é o de telecomunicações, cujas características fáticas são alteradas com enorme velocidade. Nesse cenário, entendo que as questões tratadas nos presentes autos apresentam um elevado grau de complexidade até mesmo para os Ministros e técnicos especializados desta Corte de Contas.

228. Cabe destacar que teço essas considerações com fulcro em expressa previsão legal, uma vez que o art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação conferida pela Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), estabelece que:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

229. Com fulcro nessas considerações, reitero meu entendimento no sentido de que a gravidade das falhas apontadas nestes autos justifica a expedição de determinações corretivas, sendo que a implementação de algumas delas é um requisito para a continuidade do contrato em tela. Logo, esta Corte deve exercer o controle objetivo, que é aquele voltado para a análise da regularidade dos atos e contratos, com a consequente adoção das medidas consideradas cabíveis. Contudo, não vejo elementos que indiquem a necessidade de ser exercitado o controle subjetivo, aquele vocacionado para avaliar a conduta dos agentes públicos e demais responsáveis e aplicar sanções quando for necessário.

230. Não poderia concluir este voto sem elogiar o trabalho desenvolvido pelo Secretário da SeinfraCom Ivan André Pacheco Rogedo, pelo Diretor Paulo Sisnando Rodrigues de Araujo e pela auditora Ana Paula Smidt Nardelli, cuja dedicação e profissionalismo possibilitou o julgamento deste processo na data definida por este Plenário. Agradeço também aos meus assessores Daniel Miranda Barros Moreira e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida pelo valioso auxílio prestado na elaboração deste Voto.

Diante do acima exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 31 de outubro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator