

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 023.481/2018-8.

Natureza: Representação.

Unidades jurisdicionadas: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC e Telecomunicações Brasileiras S.A. - Telebras.

Responsáveis: Gilberto Kassab (CPF 088.847.618-32), Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações, e Jarbas José Valente (CPF 184.059.671-68), Presidente da Telebras.

Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindíTeleBrasil).

Representação legal:

Marcelo Lindoso Baumann das Neves (OAB/DF 33.079) e outros, representando a Telecomunicações Brasileiras S.A.;

Luís Inácio Lucena Adams (OAB/DF 29.512) e outros, representando o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal;

José Affonso de Albuquerque Netto (advogado da União) e outros, representando a Advocacia-Geral da União.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PROGRAMA GOVERNO ELETRÔNICO – SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO – GESAC. CONTRATAÇÃO DA TELEBRAS PELO MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÃO E COMUNICAÇÕES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM REGIME CONTINUADO DE TRANSMISSÃO BIDIRECIONAL DE DADOS EM ÂMBITO NACIONAL. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS COM VISTAS À COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA E TÉCNICA DA TELEBRAS. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DESSAS PRECONDIÇÕES PARA A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO INSUFICIENTE DA EQUIVALÊNCIA DO PREÇO CONTRATADO COM A TELEBRAS COM O PREÇO DE MERCADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM JUSTIFICATIVAS SUPOSTAMENTE INDEVIDAS. PAGAMENTO ADIANTADO SUPOSTAMENTE IRREGULAR NO VALOR DE R\$ 60 MILHÕES. 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. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR SUSPENDENDO A EXECUÇÃO DO CONTRATO. OITIVAS DA TELEBRAS E DO MCTIC. AGRAVOS. MUDANÇA DE RELATOR. CONHECIMENTO DESTA REPRESENTAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO DO CONTRATO VINCULADA AO CUMPRIMENTO DE DUAS DETERMINAÇÕES. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. PERDA DE OBJETO DOS AGRAVOS. MONITORAMENTO PELA UNIDADE TÉCNICA. CIÊNCIA AOS JURISDICIONADOS E AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

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. Adoto como relatório a instrução elaborada pela SeinfraCom, a seguir transcrita:

“HISTÓRICO

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

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

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

9.1. conhecer da representação;

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

9.3. determinar a oitiva do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – com alerta sobre a possibilidade de decisão deste Tribunal vir a determinar a anulação do contrato ou a alteração de cláusulas contratuais – para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se, em relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sobre os seguintes indícios de irregularidade:

9.3.1. ausência de critérios com vistas à comprovação de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica para a contratação da Telebras e ausência de análise dessas precondições ao assinar o contrato, em desrespeito aos arts. 27, incisos I, II e III, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU;

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

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

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

9.3.5. assinatura do contrato mesmo diante da indefinição e ausência de condições técnicas e operacionais necessárias à prestação do serviço previsto no ajuste, sem que fossem adotadas as devidas cautelas e medidas, em desacordo com os arts. 66 e 86 da Lei 8.666/1993, e sem que fossem tomadas providências pelo Ministério para executar as multas contratuais nos casos de atraso, previstas na cláusula 15 do termo de referência do referido contrato;

9.3.6. ausência do pré-requisito legal que autorize a prestação dos serviços para usuário final, não governamental, na modalidade do programa “Internet para Todos”, pela Telebras, em desacordo com o art. 4º, § 4, do Decreto 7.175/2010.

9.4. determinar a 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. (grifos nossos)

4. Quanto às informações requisitadas, em 16/8/2018, foram encaminhadas ao TCU as respostas do MCTIC (peça 61) e da Telebras (peça 62) às oitivas transcritas acima. O MCTIC complementou sua resposta em 28/8/2018 (peça 73). A presente instrução analisa tais documentos. Também foram realizadas reuniões técnicas com a participação de equipes do MCTIC, Telebras e do TCU (SeinfraCom).

5. Em 6/9/2018, foi feita diligência aos responsáveis para que esclarecessem alguns pontos pendentes e complementassem as informações necessárias para a análise de mérito do TCU (peças 82-83). Tais respostas foram recebidas nos dias 19/9/2018 e 24/9/2018 (peças 91, 95) e também são analisadas na presente instrução.

6. Vale esclarecer que somente nas respostas à referida diligência os responsáveis encaminharam ao TCU as análises e os elementos que permitissem avaliação de mérito dos autos.

7. Quanto à medida cautelar, em 6/8/2018, tanto a Telebras (peças 54 e 55) quanto o MCTIC (peça 56) apresentaram recurso de agravo com efeito suspensivo ao TCU. O pedido do MCTIC foi posteriormente complementado em 23/8/2018 (peça 71).
8. Por meio de despacho, proferido em 14/8/2018, a então Ministra Relatora decidiu encaminhar os autos à Secretaria de Recursos (Serur) e à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hidrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), para que se pronunciassem sobre os referidos agravos, sendo que a primeira analisou a admissibilidade e a possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos recursos, enquanto a segunda realizou análise técnica dos argumentos recursais relativos aos requisitos da cautelar (peça 60).
9. Após a manifestação das unidades técnicas do TCU (peças 67-70, 75-77), a Ministra submeteu, em 19/9/2018, o processo à nova apreciação do Plenário, que acatou sua proposta de reformar a decisão anterior no sentido de excepcionar a suspensão cautelar do contrato em localidades que fazem fronteira com a Venezuela e que estão em áreas de concentração próximas, permitindo a ativação de 98 pontos, devido à atual situação emergencial e não recorrente (peças 92-94). Na mesma Sessão Plenária, o Ministro Bruno Dantas pediu vistas do presente processo, adiando a análise dos recursos (peça 93).
10. Na Sessão Plenária de 2/10/2018, “ficou decidido que este processo passará a ser relatado pelo Ministro Benjamin Zymler”, sob o fundamento da existência de conexão entre os presentes autos e o TC 022.981/2018-7, que trata de possíveis irregularidades na celebração do acordo de parceria entre a Telebras e a empresa Viasat Inc. (peça 103). Desta forma, na mesma data, a Ministra Ana Arraes editou Despacho remetendo esses autos ao Ministro Benjamin Zymler (peça 103).
11. Assim, não obstante o julgamento dos recursos de agravo ainda estar pendente, esta instrução trata da análise de mérito do presente processo.

EXAME TÉCNICO

12. No dia 10/7/2018, o representante SindTelebrasil, sindicato que representa operadoras de telecomunicações, apresentou ao TCU pedido de: i) cautelar para a imediata suspensão do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 firmado entre o MCTIC e a Telebras; ii) invalidação do referido contrato; e iii) determinação para que o ministério realize licitação para a contratação dos serviços previsto no referido contrato e destinados a atender o programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) (peça 1, p. 27).
13. O tema da presente representação já estava sendo acompanhado por esta unidade técnica do TCU, no âmbito do processo administrativo de produção de conhecimento TC 017.207/2017-7, com fundamento no 242, inciso II e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, c/c o item 1.3 do Anexo da Portaria-Segecex 14/2014. Foram expedidas diligências (TC 017.207/2017-7, peças 53 e 54) com o intuito de obter informações preliminares sobre o contrato em discussão e as questões relacionadas ao programa Gesac e ao chamado “Internet para Todos”, que corresponde a uma expansão do primeiro programa, conforme será explicado a seguir.
14. O Programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) foi criado pela Portaria-MC 256/2002, apresentando como objetivo inicial a disseminação de meios que permitissem a universalização do acesso a informações e serviços do governo, por meio eletrônico. Esse programa visava originalmente oferecer conexão à internet para telecentros, unidades de saúde, escolas, pontos de fronteira, quilombos e aldeias indígenas. Sua prioridade era o atendimento a comunidades em estado de vulnerabilidade social de todo o Brasil, que não tivessem outras formas de serem incluídas digitalmente (TC 032.508/2017-4, peça 37, p. 19).
15. Ressalta-se que a prestação de serviço de acesso à internet por meio do Gesac conta com isenção de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), aprovada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) por meio do Convênio ICMS 141/2007.

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

17. Em 2014, o ministério publicou a Portaria MC 2.662, de 13 de novembro de 2014, que atualizou as normas gerais do Gesac e desde o referido ano o programa vem sendo executado por licitação vencida por meio de cinco contratos assinados com consórcio de operadoras do mercado (Conecta Brasil II), cuja previsão de término era em junho de 2018, mas que foram prorrogados até o final do primeiro semestre de 2019.

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

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

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

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

20. Além dos cinco contratos de 2014, o MCTIC assinou o contrato MCTIC 02.0040.00/2017 para a prestação dos serviços do programa em discussão. Em 13/12/2017, foi celebrado o referido contrato com a Telebras destinado a transferir para a empresa estatal a prestação integral dos atuais pontos do Gesac, cujos contratos de 2014 terminam em 2019, bem como para a prestação do serviço de novos pontos previstos na expansão do programa. A contratação da estatal possui vigência para os próximos cinco anos.

21. Segundo o MCTIC (peça 22, p. 3), foram necessárias transformações no Gesac para atualizá-lo diante da necessidade de se melhorar a qualidade do serviço devido ao contínuo aumento da demanda de velocidade e da banda utilizada e que essas atualizações resultaram em um serviço cujas características só poderiam ser atendidas pela Telebras.

22. Entretanto, conforme Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, identificaram-se indícios de irregularidades que permeavam a contratação da Telebras pelo MCTIC que suscitaram a medida cautelar expedida, e, assim como já transcrito no histórico acima, foram questionados pontos específicos da contratação em determinação de realização de oitiva das partes.

23. A análise de mérito das questões atinentes a esses indícios de irregularidades será realizada nas seções a seguir, juntamente com os argumentos encaminhados pelos responsáveis.

I. Análise da atuação do MCTIC no processo de contratação da Telebras no acordo MCTIC 02.0040.00/2017

24. A análise da regularidade da atuação do MCTIC na contratação da Telebras deve considerar o contexto e a tramitação do seu processo administrativo, aberto em 14/8/2017 (SEI MCTIC 01250.050436/2017-17).

25. A tramitação do processo eletrônico do MCTIC inicia com a elaboração de minutas de termos de referência datadas de 25/9/2017, 4/10/2017 e 1/11/2017 e ofícios e correspondências

eletrônicas que indicavam o encaminhamento das minutas para empresas do mercado com o intuito de divulgar a intenção de contratação do ministério (peça 107).

26. *Não constam nos autos respostas a esses ofícios e o ministério argumenta que não pôde realizar uma pesquisa mais aprofundada visto que “as empresas que hoje fornecem os serviços, bem como outras procuradas pelo MCTIC, não fizeram contraproposta ao pedido encaminhado às empresas” (peça 22, p. 10).*

27. *Ocorre que, diferentemente do que alega o órgão, é possível constatar falhas no referido processo de consulta a operadoras do mercado, o que afeta a robustez e a segurança da pesquisa realizada pelo MCTIC e indica ausência de isonomia no tratamento dado pelo ministério à Telebras e às demais operadoras. Explica-se.*

28. *Ao avaliar de forma detalhada as minutas de termo de referência encaminhadas ao mercado, verifica-se que as especificações presentes nesses documentos não estavam compatíveis com as condições finais definidas pelo MCTIC e que acabaram resultando na contratação direta da Telebras.*

29. *Embora houvesse diversas alterações entre a consulta feita ao mercado (peça 27) e o que foi exigido da Telebras (peça 34), destacam-se as mais significativas:*

a) embora o termo de referência do contrato da Telebras previsse a antecipação de pagamento (peça 34, p. 10), que resultou no pagamento antecipado à Telebras de R\$ 60 milhões no primeiro mês de contrato, tal vantagem nunca foi apresentada para empresas de mercado e sequer constava na minuta de termo de referência encaminhada ao mercado;

b) no contrato com a Telebras houve uma extensão do prazo contratual para 60 meses (peça 34, p. 12), diferentemente do que foi ofertado ao mercado, visto que o termo de referência encaminhado às operadoras continha o prazo de somente 48 meses (peça 27, p. 36);

c) houve um aumento de 50% do quantitativo de pontos contratados com a Telebras, cujo total final de pontos foi de quinze mil (peça 34, p. 8) ao invés dos dez mil pontos previstos no termo de referência encaminhado para as empresas de mercado.

30. *Tratam-se de expressivas alterações e que resultam em grandes benefícios financeiros para a empresa a ser contratada (no caso, a Telebras), mas que sequer foram oferecidas ao mercado, ainda que pudessem resultar em um incentivo à competição e a melhores propostas.*

31. *Além das diferenças contratuais acima, constatou-se também que, no termo de referência e contrato com a Telebras, foram retiradas exigências técnicas que constavam na minuta encaminhada às operadoras. Diferentemente do que foi exigido do mercado, no contrato da Telebras o MCTIC reduziu o padrão de qualidade referente à capacidade efetiva de transmissão dos dados (peça 27, p. 39 e peça 34, p. 3), o que representa um benefício operacional e, conseqüentemente, financeiro para a contratada.*

32. *Soma-se a isso, o fato de que o ministério permitiu que a estatal utilizasse uma taxa de compartilhamento maior (1:100) do que havia sido oferecido para as empresas privadas (1:40), indicador esse chamado de fator de contenção e que estabelece qual a proporção de usuários que podem utilizar uma mesma conexão de dados (peça 27, p. 39 e peça 34, p. 3).*

33. *Embora o compartilhamento seja uma prática de mercado, ao oferecer uma taxa maior do que foi oferecida às empresas privadas, o MCTIC favoreceu a Telebras dado que o maior compartilhamento dos pontos tende a reduzir os custos do serviço para a empresa contratada.*

34. ***As alterações contratuais e técnicas descritas anteriormente, além de outras diferenças de condições oferecidas à Telebras e não oferecidas ao mercado privado, representam especificações que trazem benefícios financeiros e comerciais à empresa estatal. Assim, se tivessem sido oferecidas para o mercado, teriam o potencial de alterar significativamente o interesse dos fornecedores em ofertar lances e de oferecer valores competitivos de propostas, já que as condições contratuais são mais favoráveis.***

35. ***Além de não haver tratamento isonômico dos potenciais fornecedores, tal atuação pode trazer problemas ainda maiores. A alteração das condições do serviço após o encaminhamento do termo de referência para os possíveis prestadores macula o processo de pesquisa de preço e de***

manifestação de interesse do mercado realizado antes da contratação, já que não foram ofertadas ao mercado as mesmas condições que aquelas contratadas posteriormente.

36. Essa fragilidade do processo de pesquisa de preço é agravada pelo fato de que o MCTIC acabou contratando a Telebras por inexigibilidade de licitação, de modo que sequer houve a posterior ciência das empresas sobre a alteração das condições nem houve processo licitatório que pudesse compensar a falha da pesquisa de preço inicial e assegurar a competição e a obtenção de proposta mais vantajosa.

37. Registra-se que, antes mesmo da abertura do processo administrativo para a contratação de prestador do serviço Gesac, aberto em agosto de 2017, o MCTIC já havia incluído no termo aditivo dos contratos de 2014 do Gesac, em junho de 2017, uma cláusula que previa a migração dos pontos daqueles contratos para o satélite da Telebras (peça 61, p. 6 e 7). Assim, antes mesmo de analisar dados e iniciar os procedimentos de contratação do novo contrato do Gesac, o ministério já havia sinalizado ao mercado sua intenção de transferir os pontos para a Telebras, o que aparenta ser um indício de direcionamento e favorecimento da Telebras diante dos demais possíveis prestadores.

38. Além disso, conforme afirmado pelo próprio ministério (peça 91, p. 4), à época da contratação da Telebras, a única empresa que detinha satélite com “capacidade e/ou cobertura em grande escala para atendimento ao Gesac” era a empresa Hughes.

39. Ocorre que, no processo administrativo do MCTIC, não foram encontradas evidências de que o órgão tenha encaminhado as minutas de termo de referência à referida empresa privada com o intuito de divulgar a intenção de contratação do ministério. Não há indícios de a Hughes sequer tenha sido contatada pelo MCTIC sobre a possível prestação de tais serviços ou sobre cotações de preço para isso.

40. Em setembro de 2018, ao ser questionado em reunião junto à área técnica do TCU, o MCTIC confirmou que não procurou a Hughes para apresentação de proposta e não soube justificar a razão de tal omissão.

41. **Ora, se o MCTIC afirmou que a única empresa que detinha condições de prestar o serviço do Gesac à época era a Hughes, resta injustificada a decisão do ministério de não incluir justamente a referida empresa privada no processo de pesquisa de preço e contratação de serviços do Gesac. Essa ocorrência torna ainda mais latente a falta de robustez na pesquisa realizada pelo órgão junto ao mercado e novamente aponta para uma falta de isonomia do MCTIC ao excluir o principal competidor da Telebras na consulta de intenção de contratação.**

42. Diante do exposto, foi constatado que a alteração significativa do termo de referência ocorrida após o seu envio aos possíveis fornecedores do mercado implicou em tratamento desigual dos prestadores de serviço e maculou os processos de pesquisa de preço e de manifestação de interesse do mercado realizados antes da contratação dos serviços do Gesac. Tais situações ferem, respectivamente, o princípio constitucional da isonomia e o da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

43. Dessa forma, propõe-se determinar 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 a contratação, sejam ofertados aos potenciais concorrentes as mesmas especificações técnicas e contratuais e as mesmas condições de prestação do serviço para a elaboração de propostas, por a situação atual encontrada na contratação da Telebras estar em desacordo com o princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, ambos previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993.

44. Retoma-se a análise do histórico de tramitação do processo de contratação da Telebras.

45. A partir do processo eletrônico, foi possível constatar que o MCTIC apresentou argumentos para a diretriz de contratação de serviços por inexigibilidade somente em 28/11/2017, apenas quinze dias antes da contratação da Telebras (peça 23, p. 6).

46. Em 4/12/2017, o MCTIC encaminhou à AGU o processo administrativo de contratação dos serviços do Gesac para emissão de parecer opinativo e solicitou que fosse avaliado em regime de urgência (peça 25, p. 2).

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

48. O parecer aponta diversas inconsistências e ausência de documentação comprobatória da aplicabilidade ou não da contratação direta da Telebras por inexigibilidade (peça 25, p. 5 a 15):

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.*

(...)

52. *Não se considera suficiente para fins de comprovação da exclusividade a mera indicação da existência de determinado satélite com cobertura no território nacional, resta imprescindível a demarcação da inexistência de outras tecnologias no mercado ou a demonstração de que as potencialmente existentes não atenderiam ao pretendido pela Administração.*

53. *Reforça-se que o fato de que a Telebrás possuir satélite com cobertura total do território brasileiro em banda Ka e capacidade em largura de banda superior a 800 MHz, não pode ser utilizado como o único fundamento para a contratação direta em tela.*

(...)

60. *Conclui-se que os autos carecem de pressupostos necessários para a contratação por inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, de maneira que é imperiosa a sua regularização, a qual fica condicionado o restante da presente análise, quais sejam:*

- comprovar nos autos que outras tecnologias disponíveis no mercado não são aptas a fornecer o serviço dentro dos padrões de rede e velocidade requeridos;*
- demonstrar a ausência no território nacional da prestação dos serviços por outras empresas nacionais/estrangeiras, ou seja, deve restar indubitável que somente a empresa interessada fornece tais serviços;*
- robustecer a necessidade da "alta" tecnologia a ser disponibilizada no Programa Gesac, tendo em vista a existência de competitividade já testada no mercado de tecnologias em outras bandas;*
- elucidar através de estudos técnicos a vantajosidade da contratação da Telebrás em detrimento do modelo já testado (banda e licitação) apontando, inclusive, uma avaliação a cerca dos potenciais benefícios e possíveis riscos da nova sistematização e*
- levantar a existência de tecnologia semelhante, bem como a demarcação da sua inaplicabilidade ao caso.*

61. *Não superada tal questão, impõe-se a necessidade de se realizar licitação nos termos da Lei nº 8.666/93.* (grifos nossos)

49. A análise da AGU aponta também problemas no processo de contratação do MCTIC com relação à justificativa do preço do serviço a ser contratado (peça 25, p. 16 a 18):

69. *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.**

(...)

73. **No caso dos autos, a justificativa do preço foi anexada na Nota Técnica (SEI 2431661) mas parece não atender satisfatoriamente às premissas aqui recomendadas (...).**

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

91. **Reforça-se a necessidade da juntada aos autos de Planilha de Formação de Preços com os indicativos dos custos unitários de forma a atender as prescrições da Lei n. 8.666/93, conforme bem observado no Despacho SECOC (SEI 2446294).**

(grifos nossos)

50. **A AGU criticou também a escolha do prazo contratual de 60 meses (peça 25, p. 20): 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 à regra geral imposta pela lei de licitações e contratos administrativos, qual seja: anualidade. Dessa forma, recomenda-se apresentação de justificativa demarcando a vantajosidade- com dados concretos – da referida sistemática. (grifos nossos)**

51. **Na análise do órgão jurídico, a opção do MCTIC pela antecipação de pagamentos à contratada, que resultou no pagamento antecipado de R\$ 60 milhões à Telebras, também foi objeto de críticas (peça 25, p. 24):**

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

52. **Além das questões destacadas anteriormente, diversas outras preocupações e riscos foram apontados pela AGU que concluiu seu parecer da seguinte forma (peça 25, p. 28):**

120. **Diante do exposto, ressalvadas as questões de técnicas e de juízo de oportunidade e conveniência do ajuste que fogem das atribuições jurídico-consultivas, OPINA-SE pela possibilidade jurídica, em tese, do prosseguimento do presente processo, desde que cumpridas as recomendações ora apontadas nesta manifestação jurídica, especialmente, aquelas destacadas em negrito.**

121. **Somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do parecer, ou após seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo, e conforme já alertado nas considerações preliminares desta manifestação, será possível dar-se o prosseguimento do processo, nos seus demais termos, sem nova manifestação da Consultoria Jurídica.**

123. **É mister sublinhar que parte das observações aqui expendidas não passa de recomendações, com vistas a salvaguardar a autoridade administrativa assessorada e não vinculá-la. (...)**

124. **Por outro lado, as questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, foram apontadas, como óbices a serem corrigidos ou**

superados. O prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do órgão. (grifos nossos)

53. Assim, resta claro que o parecer da AGU emitido em 8/12/2017 apontou a ausência de elementos essenciais para a regularização do processo de contratação conduzido pelo MCTIC e deixou claro que não seria viável a continuidade do processo até que esses problemas fossem sanados.

54. Ocorre que, no mesmo dia da emissão desse parecer que alertou quanto às irregularidades citadas, foi publicado no Diário Oficial da União o Termo de Inexigibilidade de Licitação da Telebras. O curto espaço de tempo entre o extenso parecer e a decisão pela inexigibilidade (publicados no mesmo dia com poucas horas de diferença), é um indício de que houve mínima ou nenhuma ponderação dos argumentos e riscos apresentados pela AGU.

55. Ainda no dia 8/12/2017, mesmo dia da publicação do parecer da AGU indicando ser contrário à inexigibilidade até que fossem melhor comprovadas as suas condições, foi publicada nota de empenho destinada à Telebras no valor de R\$ 60 milhões de reais como pagamento antecipado pelos serviços do Gesac (peça 30).

56. No dia 12/12/2017, o ministério emitiu uma nota técnica sucinta abordando superficialmente alguns dos pontos tratados pela AGU, sem aprofundar suas análises quanto aos aspectos apontados pelo órgão consultivo (peça 32, p. 2).

57. Por fim, o contrato MCTIC 02.0040.00/2017 foi assinado logo em seguida, no dia 13/12/2017 (peça 31).

58. Do histórico descrito anteriormente, observa-se que, entre a análise da área técnica que verificou os critérios de inexigibilidade (28/11/2017) até a efetiva contratação da Telebras (13/12/2017) passaram-se somente quinze dias.

59. Registra-se que a AGU não foi consultada novamente, não se manifestou com relação às condições finais do contrato com a Telebras nem com relação ao atendimento, ou não, dos requisitos que ela havia apontado como essenciais para a legalidade do processo de contratação do MCTIC.

60. Embora a análise preliminar do TCU sobre as irregularidades tenha ocorrido em 25/7/2018, por meio do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, as irregularidades apontadas pela AGU e também outras identificadas pela área técnica do Tribunal já vinham sendo questionadas ao MCTIC e à Telebras desde 7/5/2018 (peças 9 e 10).

61. Desde então, além das oitavas determinadas no referido acórdão, foram feitas diligências e reuniões com vistas a obter elementos que comprovassem que o MCTIC realizou as devidas análises necessárias para a decisão da contratação da Telebras por inexigibilidade e dados que esclarecessem as irregularidades apontadas.

62. **Ocorre que muitos dos elementos essenciais para tal avaliação, incluindo estudos básicos que já deveriam ter sido realizados pelo ministério desde a data da contratação e que não foram feitos à época, somente foram apresentados ao TCU em 19/9/2018 e 24/9/2018 (peça 91 e 95), sendo essas informações essenciais para a análise de mérito dos autos.**

63. Como exemplo, cita-se que só em setembro de 2018 o MCTIC apresentou pela primeira vez a planilha de preço final do serviço contratado junto à Telebras, informação essa que deveria ter sido elaborada antes da assinatura do contrato, ainda em 2017, o que não ocorreu, e cuja a ausência no processo administrativo já havia sido apontada pela própria AGU (peça 25, p. 16 a 18).

64. Conforme será relatado em detalhes nas próximas seções, à época da contratação, em 13/12/2017, não constavam nos autos do processo administrativo informações absolutamente necessárias para a tomada de decisão que resultou na contratação por inexigibilidade. A partir da análise a ser descrita posteriormente na presente instrução, é possível constatar que não foi realizada quando da contratação da Telebras pelo MCTIC avaliação ou apresentadas evidências suficientes para:

a) assegurar que a Telebras possuía capacidade financeira para garantir a execução contratual (seção III.1 da presente instrução);

b) garantir que a Telebras possuía capacidade técnica para realizar a execução contratual, assegurando um bom resultado a ser obtido mesmo diante dos aspectos e riscos associados à ausência de definição pela Telebras do modelo de operação do satélite definido (seção III.2 da presente instrução);

c) assegurar que o objeto do contrato de prestação do serviço do Gesac só poderia permitir a utilização de tecnologia satelital em banda Ka (seção II.1);

d) esclarecer a forma de distribuição dos pontos do Gesac e compará-la com a cobertura satelital existente, para comprovar a real representatividade dos pontos exclusivamente atendidos pela Telebras diante dos demais pontos do Gesac e para verificar se era razoável decidir por uma contratação por lote e fornecedor únicos (seção II.2 da presente instrução);

e) comprovar a real demanda do programa Gesac quanto à migração de pontos entre regiões que pudesse justificar a escolha de contratação por lote único (seção II.2 da presente instrução);

f) assegurar a compatibilidade dos preços contratados com a Telebras com os preços de mercado à época (seção V da presente instrução), incluindo avaliações quanto ao impacto da franquia de dados diante do real tráfego esperado do programa Gesac, para avaliar a possibilidade, ou não, de prestação dos serviços do Gesac por outras operadoras e os ganhos de uma possível contratação por lotes (seções II e V da presente instrução);

g) comprovar que havia efetivo interesse público no pagamento antecipado pelo MCTIC de R\$ 60 milhões à Telebras (seção IV)

h) assegurar a adequação do prazo contratual de 60 meses do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 (seção VI da presente instrução).

65. **Considerando os apontamentos descritos acima, foi possível constatar que o MCTIC optou pela contratação por inexigibilidade de licitação da Telebras sem que tivesse informações mínimas que pudessem evidenciar que essa era efetivamente a melhor ou a única solução para a prestação do serviço no âmbito do Gesac e que essa decisão estaria em conformidade com a lei, mesmo sendo devidamente alertado por parecer produzido pela AGU antes da assinatura do contrato com a Telebras.**

66. Vale ressaltar que a Telebras é sociedade de economia mista com ações listadas em bolsa de valores e compete em igualdade de condições com outras empresas privadas no mercado satelital. A essa empresa não pode ser atribuída nenhum privilégio em sua contratação, a não ser àquelas que a lei explicitamente possibilitar. No caso concreto, sua contratação não gozou de nenhum privilégio legislativo que pudesse distingui-la de qualquer outra empresa que prestasse serviço no mercado satelital, e deveriam ter sido observadas exclusivamente suas características enquanto empresa competidora nesse mercado.

67. **No entanto, o que se observou foi um direcionamento, com a concessão de vantagens impensáveis se destinada a qualquer empresa privada, evidenciado principalmente pela ausência de informações e justificativas para a contratação da Telebras por inexigibilidade, pelo histórico de tramitação do processo de contratação e pelas melhorias das condições ofertadas à Telebras em comparação com aquelas ofertadas ao mercado.**

68. Fato é que a Telebras historicamente encontra-se em condição financeira desfavorável, tendo prejuízos anuais constantes nos últimos anos; não possuía condições operacionais de prestação de serviço de satélite à época de sua contratação ou qualquer experiência na prestação de serviços de banda larga por satélite; nem sequer havia concluído a infraestrutura terrestre para operacionalização do satélite, ao contrário, vinha de fracasso no chamamento público que visava resolver essa questão; ainda hoje não há como garantir que venha a poder prestar o serviço, na medida em que existem situações jurídicas ainda não resolvidas quanto à operacionalização do satélite, no TCU e no judiciário.

69. *Mesmo que se resolvam essas situações, não há como garantir que o serviço será adequadamente prestado, tendo em vista a inexperiência da empresa nesse tipo de atendimento.*

70. *A despeito de toda essa situação o MCTIC não somente contratou a Telebras por inexigibilidade como também adiantou R\$ 60 milhões de reais a essa empresa, sem sequer demandar garantias quanto ao não cumprimento do contrato.*

71. *Por fim, por suas escolhas açodadas e injustificadas, o ministério assumiu o risco de deixar desassistidas milhares de escolas e postos de saúde, gerando grave situação de risco a comunidades que dependem do contrato do Gesac para o acesso à internet.*

72. **Diante do exposto, o MCTIC não atuou com a devida prudência e cuidado necessários a situação para assegurar que fossem mitigados os riscos de inexecução contratual dos serviços do Gesac, de maneira que houve ausência de cautela e zelo do ministério, que deve atuar na defesa do interesse público e do erário e deve motivar seus atos adequadamente.**

73. *Essa preocupação é fundamentada nos princípios da motivação, finalidade e interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999, no art. 26 da Lei 8.666/1993 e na jurisprudência do TCU, conforme Acórdão 487/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, que destaca a importância da cautela e do zelo requeridos dos agentes públicos.*

74. **As propostas de encaminhamento relacionadas à irregularidade acima dependem também da avaliação detalhada das demais irregularidades a serem analisadas nas próximas seções. Dessa forma, no presente momento, não serão feitas propostas de deliberação sobre a atuação imprudente e ilegal do MCTIC, sendo apresentadas somente ao final do presente relatório.**

II. Sobre os indícios de ausência de motivação para a contratação da Telebras por inexigibilidade

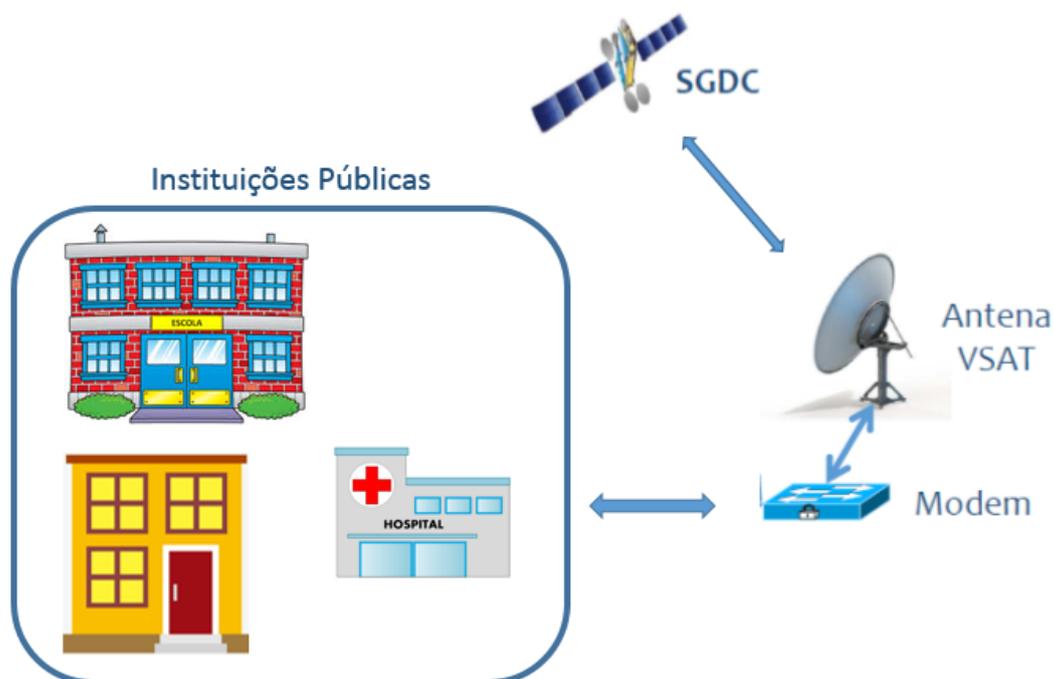
75. *O relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, apontou as razões que levaram à decisão do MCTIC em contratar diretamente a Telebras, por inexigibilidade, para execução do programa Gesac.*

76. *A decisão foi fundamentada na combinação de dois fatores exigidos pelo ministério: a necessidade de prestação pelo serviço somente por meio da tecnologia satelital em banda Ka e a necessidade de se contratar um fornecedor único que prestasse o serviço em todo o território nacional. Percebe-se que a inexigibilidade foi caracterizada pela combinação dos dois requisitos.*

77. *Antes de avaliar o mérito do assunto, é importante esclarecer como funciona a tecnologia satelital e o que significa a banda Ka previstas no contrato em discussão.*

78. *O programa Gesac, por ser destinado a atender localidades remotas, utiliza a conexão de dados via satélite para fornecer acesso à internet às instituições públicas e usuários dessas regiões. Nesse sentido, a seguinte topologia permite compreender melhor como está prevista a construção da rede do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, que utiliza o satélite da Telebras (chamado SGDC):*

Figura 1 – Desenho da rede de telecomunicações do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 no Gesac

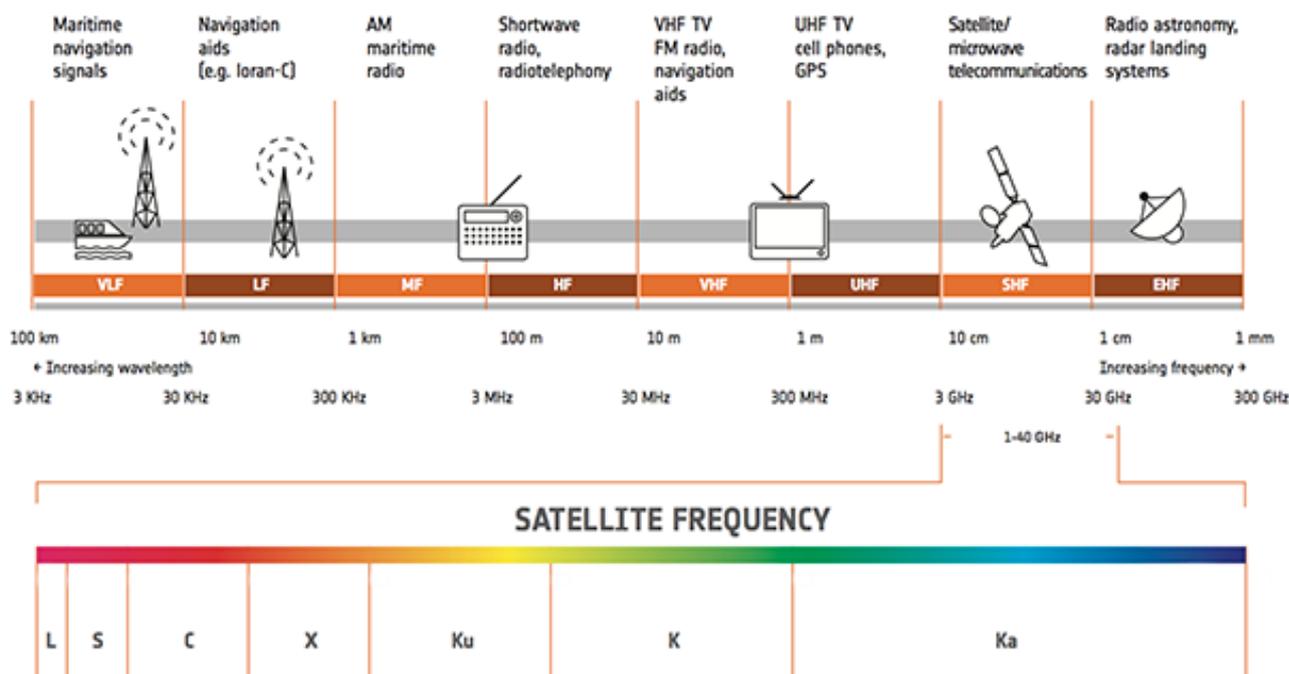


Fonte: Elaboração própria.

79. Para que ocorra transferência de dados entre o satélite (SGDC) e a antena (VSAT) que se encontra na localidade a ser atendida, é necessária uma radiofrequência específica para envio e recepção dos dados, assim como ocorre na telefonia móvel e rádios.

80. O espectro de radiofrequência é dividido de forma padronizada a permitir que diferentes frequências sejam utilizadas para prestação de diferentes serviços. A parcela de frequências destinada a serviços satelitais, em si, é subdividida em faixas de frequência denominadas de bandas, como, por exemplo, a banda Ka e outras, como Ku, C, etc. A figura a seguir demonstra essas divisões de maneira mais didática:

Figura 2 – Divisão e utilização do espectro de radiofrequência e bandas satelitais



Fonte: Site da Agência Espacial Europeia (acessado em 19/10/2018 e disponível em https://www.esa.int/Our_Activities/Telecommunications_Integrated_Applications/Satellite_frequency_bands)

81. Cada banda tem suas especificidades técnicas e, por isso, a capacidade de transmissão de dados, os tipos de equipamentos, atrasos de transferência de dados e outros padrões de qualidade variam de acordo com a banda escolhida.

82. Sobre essas diferenças, o MCTIC afirmou (peça 21, p. 4 a 19):

A banda C concentra grande parte dos tipos de comunicação tradicionais, a exemplo do Trunking (operadoras de telecomunicações), Broadcasting (operadoras de televisão) e Networking. Esta banda opera com antenas receptoras grandes, tipicamente da ordem de 2,4 a 3,6m de diâmetro. O grande limitador da banda C, além do tamanho dos terminais, é a disponibilidade de banda de frequência, de apenas 500 MHz. A banda X é usada especificamente para fins militares. Para a banda Ku, as antenas receptoras possuem diâmetro de 0,6 a 1,8m e operam principalmente no serviço de Televisão DTH (Direct to Home) e comunicação de dados com estações VSAT em aplicações corporativas (como é o caso do atual contrato GESAC). A limitação continua sendo a quantidade de banda de frequência disponível, de apenas 750 MHz. As taxas de transmissão das redes VSAT ofertadas comercialmente no mercado variam de 256 Kbps à 2 Mbps, de acordo com a aplicação e disponibilidade de recursos.

(...) O mercado de comunicação via satélite está sofrendo uma revolução através da exploração da banda Ka, principalmente para transmissão de dados e mais especificamente para conexões de acesso à Internet, não apenas do mercado empresarial e corporativo, mas também de usuários residenciais, SOHO (Small Office Nome 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. É uma ruptura com os paradigmas das tecnologias anteriores, especialmente por conseguir atingir taxas de transmissão de 10 a 20 Mbps em antenas que possuem diâmetro de 0,4 a 0,9m. Atualmente um grande problema para a evolução das comunicações sem fio e também para as comunicações via satélite é a limitação do espectro de frequência. (sem grifos no original)

83. O ministério concluiu pela inexigibilidade de processo licitatório para a sua contratação fundamentado no argumento de que a Telebras era a única empresa que, no momento da contratação pelo MCTIC, possuía satélite em banda Ka que cobrisse todo o território nacional.

84. Passa-se à análise dos fatos e dos elementos comprobatórios apresentados pelos responsáveis.

II.1. Análise da necessidade de prestação do serviço somente com a tecnologia em banda Ka

85. O Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes constatou que, com relação ao processo de contratação direta da Telebras por inexigibilidade, à época da assinatura do acordo, o MCTIC não fundamentou sua decisão com base em elementos que, de fato, comprovassem a real necessidade de ser exigido, pelo ministério, o atendimento dos pontos do Gesac somente por meio da tecnologia satelital em banda Ka.

86. Registre-se que a regra na administração pública é a realização de licitação. A não licitação é procedimento de exceção e deve sempre ser devidamente justificado formalmente, em processo administrativo. A justificativa não pode deixar dúvidas de que a licitação não era opção viável ou, no mínimo, não seria apta a alcançar o objetivo público pretendido. No presente caso, tal fato não correu.

87. A decisão plenária teve como base o fato de que as justificativas para a inexigibilidade de licitação devem estar devidamente motivadas, com a clara demonstração de que a solução

proposta, em termos técnicos e econômicos, é a única viável, consubstanciando a mais vantajosa para a Administração Pública, nos termos dos art. 3º, caput, e art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e em consonância com a jurisprudência do TCU. A esse respeito, ver os Acórdãos 1403/2010-Plenário e 952/2010-Plenário, ambos de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, e Acórdão 792/2008-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler. Também considerou o art. 3º, inciso I do § 1º, da Lei 8.666/1993 que prevê a vedação de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

88. *Assim, o Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, determinou a oitiva do MCTIC e da Telebras para que se manifestassem sobre os indícios de irregularidades quanto à exigência da tecnologia satelital em banda Ka e a ausência de justificativas e elementos comprobatórios para essa escolha.*

89. *Sobre a escolha de conexão por meio de satélite, em detrimento de acessos terrestres, o MCTIC apresentou, muitos meses após o processo decisório que culminou na contratação da Telebras, dados referentes aos atuais pontos ativos no programa Gesac que mostram que “90% das conexões hoje contratadas são realizadas por meio de satélite” (peça 61, p. 2). Ou seja, no contrato vigente desde 2014 do programa Gesac há uma relevante representatividade dos pontos satelitais.*

90. *Com relação aos novos pontos previstos, a Telebras complementa a resposta do ministério explicando que “a solução terrestre é inviável, devido à inexistência de infraestrutura de telecomunicações e ao alto custo de sua eventual construção, pois dos mais de 10 mil pontos de presença do novo GESAC (2017), cerca de 80% é localizado em área rural, ou seja, acima de 5 Km da sede do município” (peça 62, p. 14).*

91. *Registre-se que caso seja viabilizado, durante a execução do Gesac, de acesso à internet a partir de infraestrutura terrestre, muito mais barata que a conexão satelital, haverá a troca desse ponto de acesso por outra unidade ainda não atendida no programa.*

92. *Diante dos dados apresentados, entende-se ser razoável a decisão do MCTIC em escolher a tecnologia satelital como forma de atender à demanda do Gesac. Superada essa questão, passa-se a avaliar a escolha específica do uso somente da banda Ka.*

93. *Em resposta à oitiva, por meio de alguns dados o MCTIC argumentou que os sistemas e satélites disponíveis no mercado em outras bandas atualmente não possuem quantidade de frequência disponível suficiente para o programa Gesac. Segundo o órgão, eles possuem feixes muito grandes, não implementam a tecnologia de reuso de frequência, e, portanto, não conseguem obter um nível de multiplexação de usuários necessário para a quantidade de banda e de pontos de presença necessários ao programa, além de não conseguirem mostrar ganhos estatísticos expressivos devido a estas limitações tecnológicas (peça 61, p. 14 e peça 91, p. 12).*

94. *Em resposta à oitiva, a Telebras afirmou (peça 61, p. 16 a 22):*

Nesse passo, a exigência de provimento de conexão especificamente em banda Ka também se encontra devidamente justificada, bem como a velocidade por ponto. É tecnicamente comprovado que o provimento de internet em outras bandas (tais como banda L, C e Ku) não é tão eficiente quanto à banda Ka para a transmissão bidirecional de dados — que é essencialmente a atividade primordial a ser executada no âmbito do programa GESAC.

(...)

Para isso, é inquestionável a necessidade de que os serviços prestados possuam a mesma qualidade e eficiência em todos os pontos de atendimento, seja nas cidades mais interiorizadas ou nas grandes capitais do país (...).

(...)

Merece destaque outro importante fator que foi absolutamente desconsiderado e que reforça a maior eficiência e singularidade do SGDC no atendimento ao Programa GESAC. As antenas típicas utilizadas nos pontos atendidos pelo programa governamental possuem, em sua maioria, 75 cm de diâmetro. Já as antenas utilizadas

para captação de sinal de satélites em banda C e Ku possuem de 120 a 240 cm. Portanto, consideravelmente maiores, mais complexas e pesadas, o que certamente dificulta ou mesmo inviabiliza a instalação em determinadas localidades.

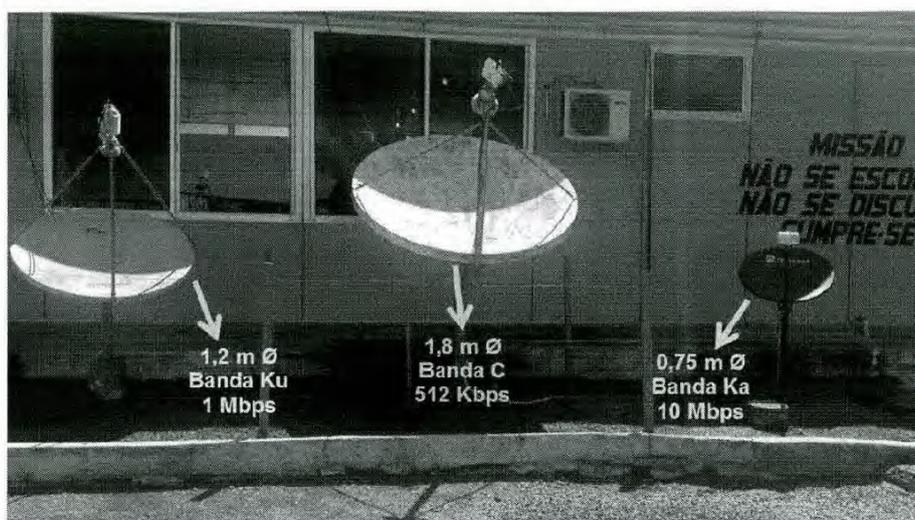
(...)

A aplicação de diferentes soluções tecnológicas, além de poder resultar em perdas de eficiência na execução das políticas governamentais e de não conferir o desejável tratamento uniforme aos beneficiários pelo serviço, criará problemas de qualidade, falta de segurança e principalmente resultará em maiores custos ao erário. (grifos nossos)

95. Assim, ambos responsáveis defendem a utilização da banda Ka como sendo a tecnologia que melhor se aplica à política pública conduzida pelo programa Gesac por se tratar de uma banda que permite maior eficiência na transmissão de dados, o que implica na melhor qualidade do serviço e tende a reduzir os preços cobrados por sua prestação.

96. A Telebras apontou ainda que a utilização das outras bandas disponíveis no mercado (banda C e Ku) significa que deverão ser utilizados equipamentos de maior porte e com processo de instalação com maior complexidade, o que poderia dificultar a execução do serviço além de poder aumentar o seu preço. Sobre esse ponto, o MCTIC inclusive juntou aos autos uma imagem real em que são dispostas as três antenas em série, de modo que é evidente a diferença de proporção entre elas (peça 73, p. 8):

Figura 3 – Comparativo entre as antenas exigidas por cada tipo de banda satelital disponível



Fonte: peça 73, p. 8

97. Ressalta-se que, ainda que fossem indiferentes a complexidade e a qualidade do serviço prestado com as três bandas satelitais, o ministério apresenta dados que indicam que a disponibilidade de uso dessas bandas depende muito da capacidade dos satélites existentes considerando a sua parcela ainda não ocupada por outros clientes e serviços.

98. Nesse sentido, o órgão faz uma simulação com relação à capacidade em banda Ku disponível considerando os satélites que cobrem o Brasil e chega à seguinte conclusão (peça 61, p. 14):

Além de atendimento em banda larga, esses satélites também atendem a diversas outras funcionalidades, como descrito na coluna ao lado. Temos no Brasil perto de 18 milhões de clientes de TV por assinatura, 2/3 dos quais atendidas por satélites (DTH). Mas vamos supor que as empresas resolvessem só atender ao GESAC. Abandonariam esses clientes e se voltariam para acesso à internet.

Lembrando que a cobertura desses satélites é em todo o território nacional e que 90% dos pontos GESAC estão nas regiões NO, NE e CO (perto de metade do território

- nacional), temos que mesmo que não fizessem mais nenhum serviço, não existe frequência para atender à demanda conforme proposta pelo GESAC. (grifos nossos)*
99. *Assim como destacado pelo ministério (peça 61, p. 14), a superioridade da banda Ka já foi apontada inclusive pelo atual presidente da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel): E no Brasil? Aqui, 44 satélites de telecomunicações estão operando e o fornecimento de banda larga por satélite é realizado em banda Ku. Tais satélites não foram projetados para o provimento de banda larga residencial, o que enseja um custo maior para o provimento do acesso (em banda Ku), tornando a oferta praticamente inviável ao usuário final sob o ponto de vista econômico.*
- A comparação da capacidade entre um satélite com banda Ka (100Gbps) e com banda Ku (2,5Gbps) demonstra o potencial da tecnologia, ensejando que o custo por Mbps em satélites de alta capacidade em banda Ka, várias vezes menor do que o custo atual de sistemas em banda Ku. (grifos nossos)*
100. *Uma alternativa à diferença de eficiência de cada uma das bandas poderia ser compensada por meio de tecnologias que otimizassem o uso da capacidade dos satélites. Entretanto, conforme será descrito na seção VI da presente instrução, à época da assinatura do contrato da Telebras não estavam disponíveis satélites com essas tecnologias e com capacidade suficiente para atender o volume de pontos do Gesac.*
101. *Sobre esse tema, o MCTIC afirma (peça 73, p. 4): Assim, configura-se que para atender a uma demanda com essa qualidade, faz-se necessário o provimento em banda Ka ou em banda Ku spot-beam. Esta segunda tecnologia não estava à disposição no mercado brasileiro à época do processo de contratação. Além disso, a empresa SES que lançou o satélite não tem a intenção, conforme noticiado, de atender ao mercado de acesso à internet (<http://www.set.org.br/news-revista-da-set/revistainovo-satelite-atendera-o-brasil-com-banca-c-e-ku/>).*
- Portanto, é indiscutível que a demanda para o programa GESAC deverá ser atendida por banda Ka. (sem grifos no original)*
102. *Conforme apontado em análise preliminar, por meio do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, se mantidos os padrões de qualidade, o órgão público deve prever uma contratação focada na prestação do serviço de comunicação de dados em si, independentemente da tecnologia utilizada nessa conexão e do meio para o atendimento ao fim desejado.*
103. *O objetivo do Programa Gesac é oferecer conexão à internet para telecentros, unidades de saúde, escolas, pontos de fronteira, quilombos e aldeias indígenas, ou seja, a prestação de um serviço de comunicação bidirecional para acesso à internet. Assim, a especificação de uma tecnologia específica por parte do MCTIC para prestação desse serviço pode trazer prejuízos a competitividade de um eventual certame licitatório, ou mesmo impedir a utilização de tecnologias que atendessem os objetivos do programa de forma mais eficiente técnica e economicamente.*
104. *Entende-se então, que a definição precisa somente dos requisitos técnicos e de níveis de serviços, sem especificar a forma de atendimento, é a mais aplicável a licitações para contratações pela administração pública, pois a definição de tecnologias exclusivas podem ter consequências negativas, tanto restringindo indevidamente potenciais ofertantes do serviço, como provocando ineficiências na obrigatoriedade de utilização de um tipo de serviço, mesmo que haja a possibilidade de outras tecnologias com o mesmo nível de qualidade demandado.*
105. *No caso concreto em tela, observou-se que os requisitos técnicos e os padrões de qualidade necessários à demanda do programa Gesac, no momento específico em que foi realizada a contratação, levariam a opção da prestação com a Banda Ka, mas nem sempre essa definição da tecnologia na contratação pode ser a escolha acertada, ainda em mais em contratos longos como no presente caso.*

106. *Especificamente no contexto das condições existentes no mercado satelital à época da contratação, verificou-se que, embora haja a possibilidade de atendimento do programa Gesac com a combinação de outras tecnologias que não apenas pela banda Ka, há indícios suficientes para indicar que o atendimento somente por meio da referida banda traria benefícios ao serviço contratado e a política pública.*

107. *Isso porque as conexões satelitais por meio de banda Ka, em comparação com as tradicionais bandas Ku e C acessíveis à época da contratação, permitem uma maior qualidade do serviço, dado que velocidades mais altas passam a ser disponíveis e que transmite maior quantidade de dados em uma mesma largura de banda. Dessa forma, a escolha da banda Ka, naquele momento, aumentou a segurança de que o serviço seria prestado dentro da qualidade requerida.*

108. *Soma-se a isso o fato de que o uso da tecnologia, se comparada com aquelas existentes no momento da contratação pelo MCTIC, aparenta resultar em uma maior eficiência no processo de instalação de antenas (algo positivo quando considerada a logística a ser implementada para executar o Gesac no amplo território brasileiro) e no uso da capacidade satelital.*

109. *Diante do exposto, entende-se, que no caso concreto, considerando as especificações do serviço exigidas pelo MCTIC e a situação de mercado e tecnológica no momento no qual foi realizada a contratação, foi superada a questão de especificação da Banda Ka como limitante de um certame competitivo, não sendo necessárias propostas de encaminhamento nem deliberações específicas quanto ao contrato firmado entre o MCTIC e a Telebras sobre a referida questão.*

110. *Por outro lado, com as informações existentes no processo administrativo de inexigibilidade à época da decisão de contratação da Telebras não era possível concluir nesse sentido, evidenciando o cometimento de falhas formais na justificação da escolha, o que, no mínimo, resultou na paralisação da contratação até a apuração dos fatos, gerando prejuízos ao fornecimento de internet a milhares de brasileiros desassistidos.*

111. *Além disso, entende-se necessário recomendar ao MCTIC que, nos próximos processos de contratação de serviços de telecomunicações, evite definir a tecnologia a ser utilizada, limitando as suas exigências contratuais aos requisitos técnicos e padrões de qualidade necessários para garantir a efetiva prestação de serviços, com vistas a não inviabilizar indevidamente a participação, em processos licitatórios, de diferentes potenciais fornecedores e com diferentes soluções.*

II.2. Análise da motivação da decisão de o MCTIC exigir fornecedor único em lote nacional

112. *Em uma análise perfunctória, o relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, apontou que, no processo de contratação dos serviços do Gesac pelo MCTIC, não foram identificados estudos ou análises técnicas que pudessem comprovar de forma objetiva e robusta a escolha por um único lote e fornecedor nacional, decisão essa que resultou na contratação direta da Telebras por inexigibilidade.*

113. *Mais uma vez, ressalta-se a precariedade de informações no processo administrativo que objetivava justificar a contratação por inexigibilidade.*

114. *A deliberação do TCU se fundamentou no art. 23, § 1º, da Lei de Licitações e na jurisprudência do TCU, conforme Súmula TCU 247 e Decisão 393/1997 - Plenário, relator Min. Iram Saraiva. Na decisão plenária, determinou-se a oitiva do MCTIC e da Telebras para que se manifestassem sobre o indício de irregularidade relacionado à indevida definição de lote e fornecedor únicos em âmbito nacional.*

115. *Em resposta à oitiva, o ministério argumentou:*

a) peça 61:

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.

(...)

Os contratos atuais com o Consórcio Conecta Brasil II prevêem 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.

O segundo fator é a conhecida compra "filé com osso". 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. Insistimos que a atual contratação tem um lote nacional e é nele que está a grande maioria dos pontos. 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.

(...)

Os contratos GESAC, com exceção da última licitação, sempre foram contratos de abrangência nacional. (...) Todos foram vencidos pelo mesmo consórcio, sendo que para os lotes de 1 a 4 não se apresentou outro competidor que não fosse o vencedor. (...) Examinando a planilha de preços acima, não é possível afirmar que a competição tenha resultado em qualquer vantagem. (grifos nossos)

b) peça 73:

Dessa forma, a dinâmica de desligamento e ligamento de pontos somente pode ser realizada em um lote nacional, pois se dividirmos em lotes regionais poderíamos engessar a migração de conexões a tal ponto que, se houvesse a diminuição de conexões na região litorânea, por poderem estas serem atendidas por outras tecnologias, não poderíamos realizar a ligação de conexões no interior do país por limitações contratuais. Nem se pode diminuir sem limites o número de pontos conectados num lote litorâneo, nem se pode aumentar indefinidamente um lote no interior, por limitações existentes na Lei 8666/93 e por razões contratuais. Toda a contratação exige um limitativo mínimo de pontos, a fim de garantir previsibilidade aos contratos.

Além dessa necessidade fundamental para garantir a melhor eficiência na execução do contrato, faz-se necessário enfatizar que existem mais vantagens. Em primeiro lugar, há a questão de segurança; Uma única rede satelital significa uma única saída para a internet. Toda uma rede conecta-se à internet por uma única conexão e é muito mais simples e seguro isso. Além disso, a padronização tendo por contrato uma única empresa é outro fator relevante. Acrescenta-se o fato de que um único lote torna a gestão muito mais simples. Segurança, padronização e simplicidade são fatores adicionais que reforçam a importância da contratação em lote único.

(...)

É cediço que a regra é o fracionamento do objeto de forma a atender as prescrições da Súmula 247 do TCU. (...) A exceção está fundada na comprovação pela Administração de que "o parcelamento não se mostra como a melhor opção técnica e econômica, de maneira a autorizar a perda da competitividade decorrente da sua não utilização."

Quanto ao aspecto técnico, conforme enfatizado acima, deve ser ressaltado a sistemática empregada na execução do serviço. Há necessidade de uma interconexão entre os pontos de ligamento e religamento, fator impeditivo para o parcelamento do objeto.

(...)

Com o agrupamento em único lote há ganho de celeridade, uma vez que se centraliza os dados dos pontos, históricos, necessidades em um único sistema. Além disso, a

extensão da área geográfica recomenda a execução em um único lote, na medida em que busca empreender uma verdadeira interconexão, ou seja, garante-se a existência de uma única rede.

(...) é tecnicamente plausível na medida em que uma empresa fará o gerenciamento de todos os pontos permitindo ganhos de eficiência e de qualidade de serviço.

(...) Dessa forma, sob o aspecto econômico, ainda que se compare forma de pagamentos diversos, como a franquia, há diferenças significativas de valores, o que confirma que a contratação em lote único é mais vantajosa, como mostraremos abaixo

(...). (grifos nossos)

116. Os argumentos apresentados pela Telebras em sua resposta à oitiva (peça 62) estão em consonância com os do MCTIC, não havendo informação nova que não tenha já sido apresentada pelo ministério.

117. A partir dos elementos transcritos acima, é possível identificar que os responsáveis defendem os seguintes pontos:

a) não foram identificados grande benefícios financeiros na licitação anterior do Gesac, resultante nos contratos vigentes desde 2014, ainda que o processo licitatório tenha sido composto por lotes regionais e um lote nacional;

b) a unificação dos pontos em um único prestador aumenta a segurança da rede contratada e resulta em uma gestão mais simples e na redução dos custos de transação;

c) é essencial que seja contratado um serviço nacional de modo que o contrato tenha flexibilidade para permitir a migração de pontos entre diferentes regiões do país;

d) devido ao fato de que significativa parcela dos pontos está localizada em regiões de difícil atendimento, em que os custos são mais altos, a exigência de um lote e fornecedor único permite que haja um balanceamento dos preços entre as regiões rentáveis e as não rentáveis, tendendo a reduzir o preço global (o que o ministério chama de “filé com osso”).

118. Passa-se a avaliar cada um dos argumentos apresentados.

119. **O primeiro argumento tem como base o fato de que não foram identificados grandes benefícios financeiros na licitação anterior do Gesac, resultante nos contratos vigentes desde 2014.**

120. O referido processo licitatório foi composto por cinco lotes, sendo que quatro eram regionalizados (classificados à época como Sul, Leste, Norte e Interior) e um lote era nacional com atendimento exclusivamente por satélite. Nos quatro primeiros lotes citados não houve competição, tendo sido apresentada proposta somente por consórcio formado por três grandes operadoras do setor. No lote nacional houve manifestação de interesse e propostas de dois interessados, sendo um o referido consórcio, que acabou vencendo a licitação, e outro concorrente atuante no setor.

121. O ministério argumentou que a licitação não resultou em um desconto significativo entre os lotes regionalizados. Ocorre que a referida licitação ocorreu há mais de quatro anos, quando eram usadas outras tecnologias e com preços muitos descolados da realidade atual.

122. Ademais, desde então, aumentou o número de operadoras de satélite do país e há previsão de que outras entrem no mercado ainda em 2018. Assim, **não aparenta ser suficiente concluir pela escolha de um lote único somente com base em preços e processos desatualizados e incompatíveis com a realidade atual de mercado das operadoras de banda larga no país.**

123. O órgão também afirmou que o critério atual de adotar um lote nacional, conforme o contrato com a Telebras em análise nos autos, não é inovação já que a licitação passada do Gesac, ocorrida em 2014, já previa um lote único nacional.

124. Não foi avaliado pelo TCU os motivos que justificaram a constituição em lote único no procedimento anterior. Fato é que diversas variáveis devem influir na decisão: a possibilidade de competição em diversos lotes e em lote único, vantagens ou desvantagens de escala, tipo de tecnologia, custos, pontos de acesso, etc. As decisões devem ser refletidas de forma a dar máxima eficiência, economicidade e respeitarem a legalidade. Todas essas variáveis sofreram significativas

alterações no intervalo de tempo de 4 anos, o que resulta em situações absolutamente distintas e, possivelmente, com soluções legais diferentes.

125. Além disso, ressalta-se que à época foi realizado procedimento licitatório, mesmo havendo lote único. Situação diametralmente diferente do caso concreto, já que a contratação foi realizada por inexigibilidade.

126. **O segundo argumento se refere ao suposto fato de que um único fornecedor resulta na simplificação da gestão do contrato e no aumento da segurança da rede ao ser integrada e conectada à internet por um único provedor.**

127. Sobre esse ponto, há argumentos mais fortes que indicam que a decisão que atenderia melhor ao interesse público provavelmente seria a divisão de lotes, com a possibilidade de diversos prestadores de serviço. Há que se considerar que é provável a ocorrência de eventuais problemas, sejam eles referentes a questões de gestão do contrato (como inconformidades na execução do objeto contratado) ou a questões técnicas (como falha e interrupção na prestação do serviço e da conexão à internet).

128. Ao concentrar todo o serviço em um único instrumento contratual, uma só rede e apenas um fornecedor, há o risco de que os problemas citados possam impactar o atendimento e a conectividade de todo o país e do programa Gesac, como um todo. Caso houvesse mais de um prestador, o impacto de falhas seria mitigado, comprometendo o programa como um todo. **Assim, não se sustenta o argumento sobre a consolidação da contratação para garantir a segurança jurídica do contrato e segurança da rede.**

129. Entretanto, ainda que tenha sido apresentado argumento contrário ao do MCTIC e ao da Telebras, não significa que necessariamente a contratação deve ser sempre por múltiplos fornecedores. **O que se visa demonstrar é que os dois argumentos são frágeis e insuficientes para justificar a decisão de contratação de um único lote e por consequência por inexigibilidade.**

130. Ademais, ainda que se considerasse a administração de mais contratos fosse efetivamente administrativamente complicado, o que não parece ser o caso, pois o Gesac possui hoje cinco contratos vigentes desde 2014, é certo que a suposta otimização da gestão é limitada por outros critérios como legalidade, proposta mais vantajosa, maior eficiência, economicidade, alcance da política pública e o princípio constitucional da licitação, que são mais relevantes e que devem ser sempre observados. **Assim, a otimização da gestão também não se sustenta como argumentação justificadora da escolha de um único lote e da inexigibilidade.**

131. **O terceiro argumento se refere à necessidade de que o contrato tenha flexibilidade para permitir a migração de pontos entre diferentes regiões do país.**

132. Com vistas a compreender melhor a real necessidade de se migrar pontos do Gesac, uma vez que foram ativados, foi feita diligência ao MCTIC solicitando que apresentasse a relação do quantitativo de pontos nos contratos de 2014 (com vigência até junho de 2019), discriminando, por estado e cidade, os pontos ativados, desligados e remanejados (peça 83).

133. O ministério apresentou uma planilha detalhada do comportamento observado nos pontos do Gesac nos últimos anos. Na análise desses dados, entre outras informações, afirma que, de um total de 7856 pontos ativos, ao longo do contrato houve 3002 desligamentos (peça 91, p. 9).

134. **Os dados apresentados evidenciam que, de fato, há grande dinâmica de desligamento e ativação de pontos espalhados pelo território nacional no âmbito programa Gesac. Isto posto, deve ser avaliado se essa característica é razão suficiente para se contratar somente por um único lote nacional.**

135. O ministério argumenta que um lote nacional é importante para se ter flexibilidade de, ao desativar um ponto em uma localidade, ser possível “migrar” esse ponto para qualquer outra localidade no país. Isto é, para se ter a possibilidade de ativar, em outra região, o ponto desligado anteriormente.

136. Ocorre que uma operação de ativação e desligamentos de pontos nessa dimensão continental, que abrange todo o território nacional, em detrimento de operações regionalizadas, também está atrelada a possíveis custos maiores, o que não foi abordado pelo órgão.

137. *A previsão de transferência de pontos no âmbito do país todo, ao invés de uma determinada região, pode aumentar significativamente o preço do contrato, considerando a logística e a capacidade técnica de se realizar instalação em todo território nacional, além de dificultar a previsibilidade das alterações de desligamento e religamento.*

138. *Uma alternativa a essa solução seria a divisão do atendimento do país em lotes combinada com a possibilidade de se aumentar ou reduzir o quantitativo de pontos instalados em cada uma das regiões específicas que o demandassem, deixando de existir esse conceito de migração. Essa alternativa estaria em consonância com o art. 65, § 1º da Lei 8.666/1993, que permite acréscimos ou supressões em contratos de serviços de até 25% do valor inicial atualizado do contrato.*

139. *Assim, hipoteticamente, se precisasse desativar um ponto no norte do país e precisasse ativar um no sul, ainda que ambas as regiões estivessem atendidas por contratos distintos, isso seria possível. Bastava que individualmente cada contrato tivesse cláusulas que previssem a ativação e a desativação de pontos, bem como tivesse uma margem ou flexibilidade sobre a quantidade de pontos que o contrato suporta.*

140. *Vale observar que, ainda que os 15.000 pontos previstos no Gesac fossem totalmente atendidos, restaria ainda milhares de escolas, postos de saúde e outras instalações governamentais desassistidas em todo o país, que só poderiam ser atendidas, neste momento, por internet via satélite. Tal fato possibilitaria a inclusão por região de muitos mais pontos do que os que efetivamente podem ser atendidos pelo presente contrato do Gesac. O que daria bastante possibilidade de gestão contratual dentro das próprias regiões.*

141. *Registre-se ainda que o contrato só prevê o pagamento dos pontos ativados e não dos previstos no edital, permitindo a alocação de mais pontos por região do que o Gesac efetivamente consegue atender.*

142. *Entretanto, não foi feito pelo MCTIC nenhum comparativo ou avaliação desses cenários nem de quaisquer outros que pudessem comprovar que a melhor opção, com relação à ativação e desativação de pontos, era adotar um lote único nacional.*

143. *Dessa forma, resta a dúvida se a suposta economia feita ao contratar um lote nacional prevendo a realocação de pontos no âmbito nacional seria, de fato, superior aos benefícios trazidos pela divisão do atendimento do país em lotes combinado com a possibilidade de aumento de pontos nas regiões específicas que o demandassem, caso necessário.*

144. *Se a contratação fosse dividida considerando uma adequada quantidade de lotes e a área de cobertura deles no território nacional, também poderia se obter a flexibilidade de migração de pontos desejada pelo MCTIC em cada um dos lotes.*

145. ***Assim, é possível concluir que, no programa Gesac, é importante haver uma flexibilidade no quantitativo de pontos que podem ser ativados e desligados entre diferentes regiões do país; a logística necessária para atendimentos regionalizados tende a ser menos custosa proporcionalmente do que a necessária para atendimento em todo o território nacional; é possível a flexibilização dos pontos mesmo dentro de lotes regionalizados, que contariam ainda com milhares de pontos desassistidos pelo programa.***

146. *Dessa forma, conclui-se não procedente os argumentos do MCTIC e da Telebras nesse ponto.*

147. ***O quarto e último argumento se refere à exigência de um lote e fornecedor únicos permitir que haja um balanceamento dos preços entre as regiões rentáveis e as não rentáveis.***

148. *Trata-se de um ponto nevrálgico para a análise da escolha da contratação da Telebras por inexigibilidade.*

149. *Em regra geral, a Administração Pública deve parcelar o objeto do serviço a ser contratado em lotes, com vistas a se obter uma maior concorrência de preço. Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência do TCU:*

a) Voto do Acórdão 2006/2012 – TCU- Plenário de relatoria do Ministro Substituto Weder de Oliveira

O não parcelamento do objeto da licitação em tantas parcelas quantas se comprovassem técnica e economicamente viáveis reduz o caráter competitivo da licitação e contraria o art. 23, §1º, da Lei 8.666/1993.

No caso em questão, claramente, há possibilidade de parcelamento.

Muito provavelmente, poucas empresas reuniriam condições de prestar todos esses serviços simultaneamente. Observa a unidade técnica, a esse respeito, que na fase interna da licitação foi solicitada cotação de preços para 67 empresas mas apenas duas apresentaram cotações.

b) Voto do Acórdão 839/2009-TCU-Plenário de relatoria do Ministro Walton Alencar. Mesmo ausente dano aos cofres públicos federais, remanesce a violação à obrigatoriedade de parcelamento do objeto a ser licitado com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, que, na impossibilidade de fazê-lo, exigiria do órgão contratante a apresentação de justificativas fundamentadas. Esse fato não foi elidido nos autos, o que caracteriza desobediência ao disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993.

c) Voto do Acórdão 1842/2007 Plenário de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro. De fato, o parcelamento do objeto, previsto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, impõe-se quando o objeto é de natureza divisível. No caso em exame, os serviços (...) podem ser separados em parcelas distintas, em relação às quais existem empresas especializadas no fornecimento individual de cada um dos serviços.

A Telebrás não demonstrou que o parcelamento previsto em lei fosse técnica ou economicamente inviáveis no caso examinado. Dessa forma, não se mostra justificável a especificação do objeto de forma agregada, conforme adotado pela mencionada entidade.

Considerando que a ausência do parcelamento do objeto da Concorrência 01/2007 restringiu a competitividade da licitação, excluindo do rol das possíveis licitantes as empresas que comercializam apenas uma das parcelas do serviço licitado, faz-se necessário que a Telebrás adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, promovendo a anulação do aludido certame licitatório, conforme previsto no art. 49, §1º, da Lei 8.666/93. (grifos nossos)

150. *Sobre o tema, ao argumentar sobre o caso concreto da contratação da Telebras, o MCTIC defende a ideia de que a exigência de lote e fornecer únicos permite que haja um balanceamento dos preços entre as regiões rentáveis e as não rentáveis, tendendo a reduzir o preço global, o que o ministério chama de “filé com osso” (peça 61, p. 13).*

151. *O argumento do órgão envolve um conceito de unir, em uma única contratação, áreas com atratividade comercial e áreas em que não haveria o atendimento e o interesse comercial do setor privado, uma prática já observada anteriormente no setor de telecomunicações. Como exemplo, cita-se o leilão de radiofrequência conduzido pela Anatel e avaliado pelo TCU no Acórdão 734/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, cujo relatório afirma:*

Releva notar que os lotes relativos às áreas de prestação III e IV, correspondentes aos Estados de Amazonas, Amapá, Pará, Maranhão e Roraima e municípios da Grande São Paulo, e V e VI, correspondentes aos Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e municípios do interior do Estado de São Paulo, deverão ser outorgados conjuntamente ao proponente vencedor.

Tal associação de áreas de prestação tem por objetivo garantir que regiões de menor atratividade econômica para a prestação do SMP sejam atendidas pelas empresas que recebam a outorga das áreas com maior atratividade (fls. 27, Anexo 1). Em conjunto com os compromissos de abrangência definidos pelo Edital de Licitação, essa medida

visa garantir a implantação do SMP em municípios ainda não atendidos por telefonia móvel no norte e no nordeste brasileiros. (sem grifos no original)

152. Observa-se que a estratégia em discussão tem dois propósitos: i) garantir o atendimento de localidades desassistidas e que não seriam atendidas pelas empresas privadas; e ii) incentivar uma possível redução dos preços globais contratados, em que a rentabilidade do atendimento de uma região auxiliaria os custos altos do atendimento em outra.

153. Sobre o primeiro propósito, é importante considerar a função social da Telebras e o seu papel perante o Estado brasileiro. O Decreto 7.175/2010, que institui o Plano Nacional de Banda Larga e reativou a Telebras, define:

Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL com o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a:

I - massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga;

II - acelerar o desenvolvimento econômico e social;

III - promover a inclusão digital;

(...)

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. (grifos nossos)

154. Dessa forma, resta claro que a estatal foi reativada com o objetivo, entre outros, de justamente atender as localidades com oferta inadequada de serviços de banda larga, garantindo sua função social perante o Estado brasileiro.

155. Considerando que há pontos do Gesac que são exclusivamente atendidos pela estatal e diante do papel da Telebras previsto no Decreto 7.175/2010, entende-se que não estaria justificada a contratação por lote único com relação ao primeiro propósito citado anteriormente, sobre garantir o atendimento de localidades desassistidas por meio da união do atendimento delas com outras mais comercialmente atrativas. Isso porque a Telebras já possui obrigação normativa de fornecer o atendimento às localidades com estrutura precária ou inexistente no país, principalmente ao possuir um satélite que cobre tais regiões e que foi lançado também com esse propósito específico.

156. Resta avaliar se foi comprovado pelo MCTIC que a contratação por lote único reduziu o preço global a ser contratado, o que será feito a seguir.

157. A divisão da contratação em diferentes lotes tem como objetivo aumentar a competitividade e reduzir o preço global a ser pago pelo poder público. Contudo, esse entendimento não deve ser levado a termos absolutos pois deve ser ponderado se não estará sendo prejudicada uma potencial economia de escala, conforme alerta a jurisprudência do TCU:

Súmula TCU 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

158. Assim, a escolha de contratação por lotes perpassa uma análise sobre qual modelo de divisão de lotes geraria um menor preço global contratado. Sobre esse ponto, compete ao MCTIC

fazer avaliações que indiquem que a contratação por lote único, como ocorreu com a Telebras, seja financeiramente mais interessante do que uma possível contratação por lotes.

159. Para se obter a referida análise de preços, é necessário estabelecer qual seria o melhor critério a ser utilizado para modelar os lotes e aumentar a concorrência, obtendo-se um cenário hipotético a ser comparado com a alternativa de se ter um lote único.

160. Entretanto, embora seja essencial para assegurar a devida motivação quanto à inexigibilidade que resultou na contratação da Telebras, tal análise não foi feita pelo MCTIC à época da assinatura do contrato e não consta no processo administrativo do ministério nem foi identificada qualquer outro tipo de avaliação do gênero.

161. Registra-se que exatamente a ausência de elementos comprobatórios para a escolha da Telebras por inexigibilidade foi apontada pela AGU à época da contratação (peça 25, p. 5):

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.

(...)

Não se considera suficiente para fins de comprovação da exclusividade a mera indicação da existência de determinado satélite com cobertura no território nacional, resta imprescindível a demarcação da inexistência de outras tecnologias no mercado ou a demonstração de que as potencialmente existentes não atenderiam ao pretendido pela Administração.

Reforça-se que o fato de que a Telebrás possuir satélite com cobertura total do território brasileiro em banda Ka e capacidade em largura de banda superior a 800 MHz, não pode ser utilizado como o único fundamento para a contratação direta em tela.

Nesse sentido, recomenda-se a confirmação da exclusividade do serviço através de pareceres técnicos ou qualquer outro tipo de elucidação no afã de comprovar a existência dos pressupostos necessários para a contratação por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, da Lei nº 8.666/93, a qual fica condicionado o restante da presente análise. (grifos nossos)

162. *À época da contratação da Telebras e mesmo após resposta à oitiva, nem o MCTIC nem a Telebras haviam apresentado análises concretas e análises que comprovassem a vantajosidade de se adotar lote e fornecedor único, mesmo já tendo sido questionadas pelo TCU sobre o assunto.*

163. Somente em setembro de 2018, após a área técnica do TCU demandar novamente respostas sobre o assunto, o MCTIC apresentou uma avaliação com mais detalhes para justificar a escolha de lote único nacional (peça 91). Passa-se a analisar o referido estudo, que foi elaborado quase nove meses depois da assinatura do contrato.

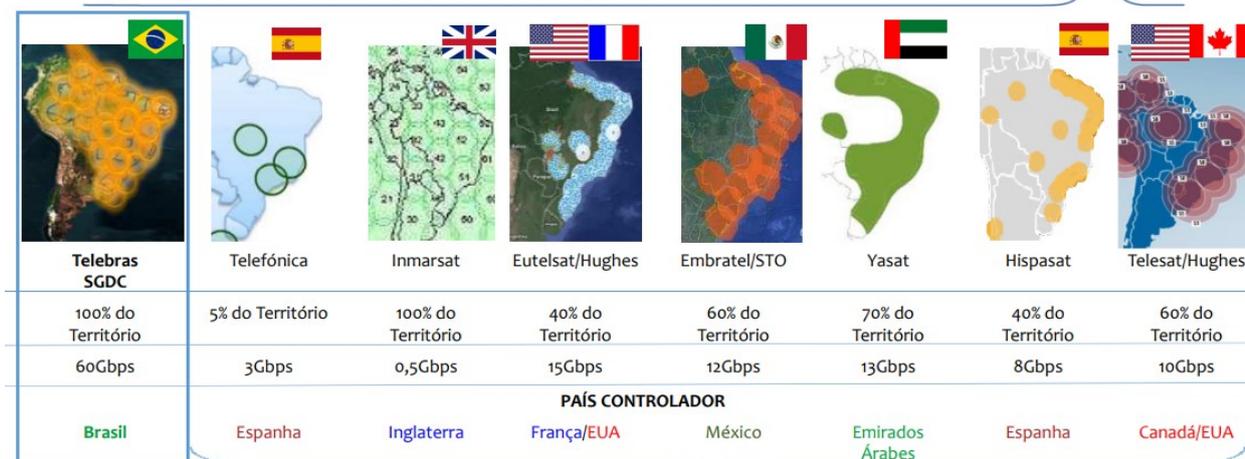
164. Ao escolher um modelo de divisão de lotes, o ministério optou utilizar a cobertura satelital em Banda Ka fornecida pelas operadoras no país como critério de divisão de lotes, dado que o MCTIC definiu que a prestação do GESAC seria via satélite nesse contrato. Trata-se de uma escolha razoável dado que a prestação de serviços de comunicação satelital em uma localidade específica só é possível se houver a cobertura daquela região pelo satélite analisado.

165. Assim, a hipótese de dividir a contratação do Gesac em mais de um lote perpassa pelo conhecimento de quais são as coberturas satelitais em banda Ka que cobrem o Brasil, como elas se distribuem no território nacional e qual seria a melhor forma de dividir, ou não, a contratação em lotes tendo em vista a distribuição dos pontos do programa Gesac.

166. Considerando somente a tecnologia em banda Ka, o MCTIC e a Telebras apresentaram um diagnóstico da cobertura existente no país (peça 62, p. 16 e peça 56, p. 77).

167. Registre-se que são informações que já haviam sido publicamente divulgadas pelo presidente da Telebras em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados em 20/7/2018 (acessado em 19/10/2018 e disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/credn/audiencias-publicas/2018-arquivos/20-06-debater-e-esclarecer-acerca-do-contrato-firmado-entre-a-telebras-e-a-empresa-viasat/apresentacao-jarbas-jose-valente-presidente-da-telebras>):

Figura 4 – Diagnóstico da Telebras sobre a cobertura dos satélites em banda Ka no Brasil
Operadoras de satélite em Banda Ka no Brasil



Fonte: Peça 62, p. 16 e site da Câmara dos Deputados (acessado em 19/10/2018 e disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/credn/audiencias-publicas/2018-arquivos/20-06-debater-e-esclarecer-acerca-do-contrato-firmado-entre-a-telebras-e-a-empresa-viasat/apresentacao-jarbas-jose-valente-presidente-da-telebras>)

168. Os dados apontam que há partes do território nacional em que seria possível a prestação do serviço em Banda Ka por várias operadoras, o que implicaria em possível concorrência, e há partes em que o serviço só poderia ser prestado exclusivamente pela Telebras, caso viesse a viabilizar a operação do seu satélite no prazo de início de prestação de serviço no contrato.

169. Com vistas a compreender a forma de distribuição dos pontos do Gesac, a área técnica do TCU solicitou a distribuição dos pontos previstos no programa para os próximos anos. Em resposta, o MCTIC apresentou os seguintes mapas (peça 91, p. 9):

Figura 5 – Mapas com a distribuição dos pontos do programa Gesac no Brasil



Fonte: peça 91 e mídia anexa

170. Comparando as figuras 1 e 2, é possível verificar que há uma concentração muito grande de pontos na faixa litorânea, onde há potencial cobertura por várias operadoras, porém há diversos pontos espalhados no restante do território, onde há baixa ou nenhuma concorrência, podendo vir a ser atendidos pela operacionalização do satélite Telebras.

171. *À primeira impressão, seria razoável cogitar uma divisão de lotes de forma a segregar as regiões que aparentam ter concorrência daquelas que não possuem atendimento por outras operadoras, com vistas a tentar reduzir os preços diante da referida competitividade.*

172. *Assim, na hipótese de serem definidos lotes compostos somente por regiões com cobertura de mais de uma operadora, **deve ser avaliado o preço global contratado pelo ministério em todos os lotes, não bastando restringir a análise do modelo à somente o fato de ser possível obter preços menores onde há concorrência existente.** Isso significa que devem ser consideradas as regiões atendidas exclusivamente pela Telebras, onde não haveria disputa de preços.*

173. *Conforme dados encaminhados pelos responsáveis e com base nas coberturas representadas nas figuras acima, verifica-se que parte dos pontos do programa está localizada em regiões com baixa competição e de difícil atendimento, em que os custos, por essa razão, tendem a ser mais altos (peça 61, p. 2, 4 e 15).*

174. *Logicamente quanto maior a cobertura satelital com várias operadoras maior a probabilidade de a competição por essas áreas reduzirem os preços médios do serviço como um todo. Por outro lado, quanto maior a área com prestação exclusiva pela Telebras, menor o impacto da redução de preço médio provocada pela competição nas demais áreas.*

175. *Para se ter uma noção dessa representatividade, em 6/9/2018 foi feita diligência aos responsáveis (peças 82 e 83). Em resposta, foram apresentados os seguintes dados e argumentos (peça 91):*

*Primeiramente, importante lembrar que em dezembro de 2017, **o único satélite HTS em banda Ka disponível era o satélite (...)** que foi contratado pela Hughes do Brasil, para prestar o serviço Hughesnet.*

*Quanto a este serviço, **foi realizada pesquisa sobre levantamento de coberturas da operadora em diversas fontes, posto que tal informação tem proteção de sigilo junto ao órgão regulador de telecomunicações. Tal proteção foi confirmada junto à Gerência de Outorga e Licenciamento de Estações, da Anatel, em 27/08/2018.***

*Contudo, **após ampla busca na internet, foi verificado que o site abaixo possui as informações de cobertura por município, que não considera a disponibilidade comercial da empresa Hughes, e sim a cobertura do satélite.***

(...)

Esta é a cobertura (footprint satelital) mais correto e preciso disponível, dentre as diversas fontes de informações disponíveis. Apesar de ser favorável comercialmente para a operadora Hughes, será utilizado como referência.

(...) Ao se comparar tal cobertura Hughesnet com a localização dos pontos de presença do contrato GESAC, obtém-se o seguinte mapa: (...)

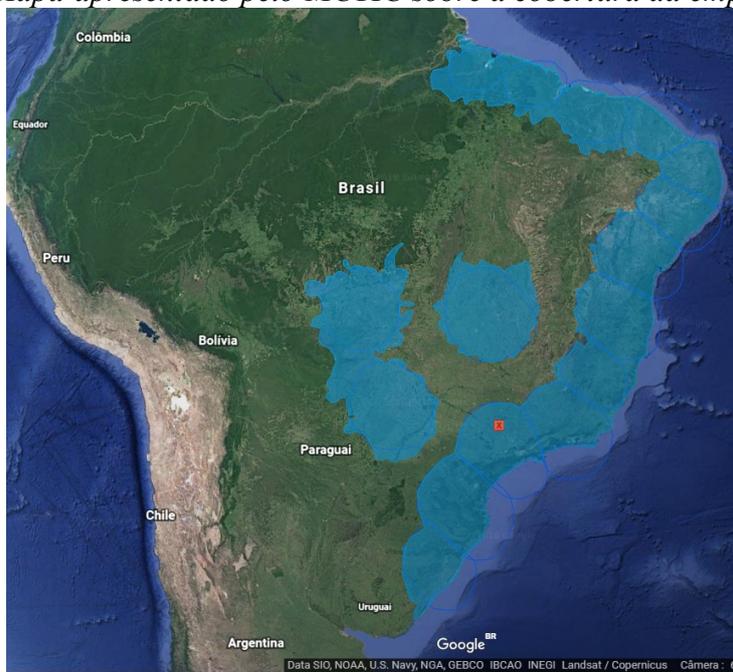
*Localizando apenas os pontos que estão dentro das elipses dos feixes, demonstra-se, por aproximação geográfica (elipses), que a cobertura Hughesnet abrange cerca de 59% dos pontos GESAC. **O que equivale dizer que cerca de 41% dos pontos GESAC não possui a cobertura Hughesnet em Banda Ka** (grifos nossos)*

176. Assim, além de apontar as dificuldades de se obter dados sigilosos das empresas (sigilo esse ratificado pela Anatel), o ministério adota como referência razoável a cobertura da empresa com maior representatividade comercial de serviço em banda Ka à época da contratação da Telebras, chamada Hughes. Relembre-se que a despeito de ser nesse momento a maior operadora privada de satélites em banda Ka no Brasil, essa empresa não foi consultada pelo MCTIC à época da decisão de contratar a Telebras por inexigibilidade.

177. Ressalta-se que, conforme afirma o órgão na transcrição acima e em reunião com a área técnica do TCU, ocorrida em 27/9/2018, os dados sobre a cobertura da empresa privada foram obtidos na internet, em endereço eletrônico de acesso público (acessado em 19/10/2018 e disponível em <https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=13YCyV-hSjMAmXRPi6tIFmQLaHzp9oXVQ&ll=-5.577828582936268%2C-44.8502220935427&z=4>).

178. A partir dessa cobertura, o MCTIC faz uma sobreposição do mapa que mostra a cobertura da empresa Hughes com o mapa em que estão apontadas todas as localidades demandas pelo Gesac, conforme figuras abaixo (peça 91, p. 9):

Figura 6 – Mapa apresentado pelo MCTIC sobre a cobertura da empresa Hughes



Fonte: peça 91, p. 9

Figura 7 – Mapa apresentado pelo MCTIC sobre os pontos do Gesac



Fonte: peça 91, p. 9

Figura 8 – Sobreposição dos mapas apresentados pelo MCTIC sobre os pontos do Gesac e a cobertura da empresa Hughes



Fonte: peça 91, p. 9

179. A partir dessa análise, os responsáveis argumentam que, “por aproximação geográfica, cerca de 41% dos pontos do Gesac não possuem a cobertura da empresa Hughes”. Em reunião com a área técnica do TCU ocorrida em 27/9/2018, representantes da Telebras e do MCTIC afirmaram que o número foi obtido a partir de aplicativos de imagem que utilizam parâmetros que calculam a quantidade de pontos dentro de determinada área.

180. Com vistas a confirmar a fidedignidade dos dados apresentados pelos responsáveis, a SeinfraCom fez análise própria utilizando ferramentas eletrônicas e aplicativos. Embora tenha obtido número distinto do que foi afirmado pelo MCTIC (37,17%), observou-se que não houve uma variação significativa da ordem de grandeza entre o número calculado pelo TCU e o apontado pelo ministério.

181. Se considerado que a cobertura da Hughes tem perfil semelhante ao de outras empresas operadoras de satélite no Brasil, pelo menos neste momento, conforme figura apresentada no início da presente seção, é de se esperar que, mesmo considerando as coberturas das demais operadoras atualmente no Brasil, é possível que porção superior a um terço dos pontos pudesse ser atendida exclusivamente pela Telebras em 2018.

182. Dessa forma, cerca de 60% dos pontos do Gesac são passíveis, hoje, de serem submetidos a processo licitatório o que leva a uma potencial redução de preços médios do programa como um todo.

183. Outra evidência comentada na seção anterior é que o atendimento em lotes menores tende a reduzir as dificuldades logísticas se comparada a um lote nacional. É intuitivo que lotes menores poderiam criar custos logísticos proporcionalmente inferiores e maior facilidade operacional, principalmente relacionadas a velocidade de manutenção, ligações e desligamento de pontos.

184. Como o MCTIC não comprovou a existência de vantagens de escala e custos marginais decrescentes que pudessem justificar um lote em escala nacional, supondo que o preço contratado com a Telebras por inexigibilidade reflita um custo de mercado, como a legislação prevê, a competição por 60% do mercado, bem como os menores custos logísticos regionais indicariam indícios de vantagens econômicas para o Estado brasileiro com a divisão em lotes.

185. Além disso, a divisão em lotes com a possibilidade de contratação com diferentes empresas e preços permitiria ao Governo maximizar a aplicação de recursos públicos, aumentando a eficiência e até mesmo o número de escolas e postos de saúde atendidos com o mesmo montante de recurso. Isso porque, havendo preços diferenciados pode-se optar pela intensificação do número de atendimento das áreas que obtiveram os menores preços ou, por outro lado, pelo atendimento de áreas mais carentes ou desassistidas, ainda que mais caras.

186. O importante é que, com essa diferenciação, restará transparente os custos a serem efetivamente pagos e poderá se avaliar com informações mais detalhadas onde efetivamente devem ser alocados os recursos.

187. Um contrato em lote nacional não permitiria ao Governo esse tipo de gestão de contratos, nem mesmo conhecimento sobre o subsídio cruzado implícito no preço médio de contratação. Observe-se que embora o MCTIC não tenha realizado qualquer tipo de cálculo, seus argumentos evidenciam haver custos discrepantes de prestação de serviços nas regiões.

188. Diante do exposto, conclui-se que:

a) o MCTIC não realizou, à época da contratação, as devidas análises quanto à melhor forma de divisão do objeto a ser contratado no programa Gesac nem fundamentou suas escolhas com estudos adequados que pudessem comprovar o benefício financeiro em contratar por lote único;

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

c) cerca de 60% dos pontos do Gesac possuem pelo menos cobertura de uma operadora privada, havendo portanto potencial competição em caso de licitação;

d) a divisão de lotes pode trazer custos logísticos proporcionalmente mais baratos que lote nacional, bem como 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 alcança. Por isso não há necessidade de se contratar

conjuntamente áreas mais atrativas com áreas menos atrativas (filé com osso) de forma a assegurar o atendimento das menos atrativas;

f) a divisão em lotes tende a implicar na possibilidade de aplicação mais eficiente dos recursos públicos, na medida em que garante transparência quanto aos custos a serem efetivamente pagos no atendimento de cada região e, assim, permite avaliar, com informações mais detalhadas, qual a melhor forma de alocar recursos;

g) os riscos de falhas operacionais ou problemas jurídicos em lote único poderiam comprometer o atendimento de todos os pontos do Gesac;

h) diante dos dados analisados, não é possível assegurar que a escolha do MCTIC quanto à contratação por lote e fornecedor único tenha sido vantajosa diante das demais opções, ao contrário, há elementos que indicam que a divisão em lotes poderia trazer vantagens econômicas ao MCTIC;

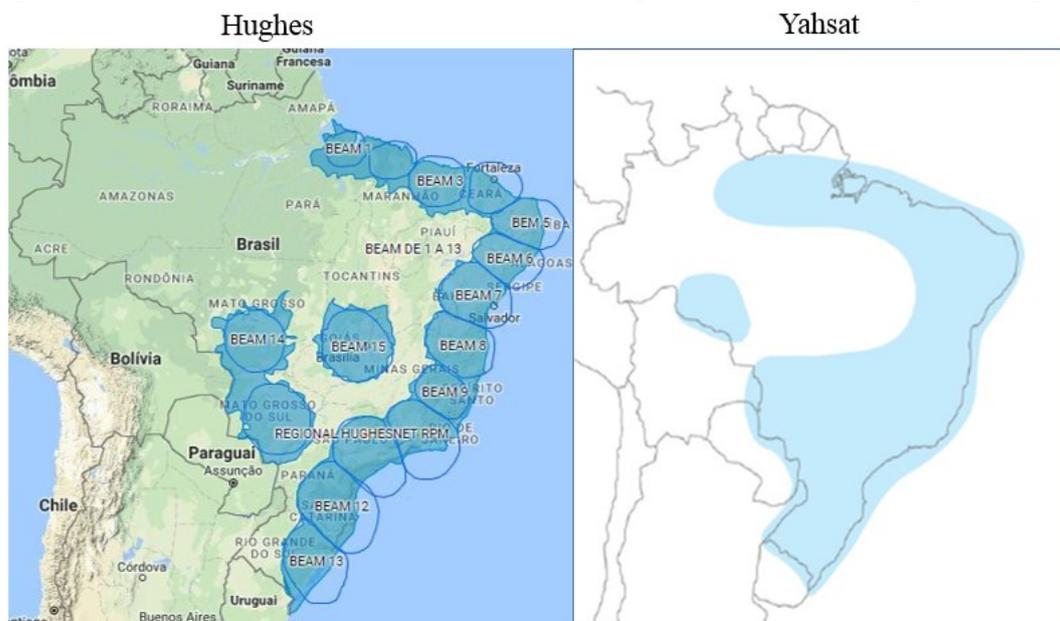
i) todos os riscos poderiam ter sido mitigados se o ministério, à época da contratação, tivesse elaborado estudos mais aprofundados e tivesse realizado as devidas pesquisas de preço e consultas junto ao mercado.

j) a licitação é a regra constitucional que deve ser sempre observada. A não realização de licitação é exceção e somente pode ocorrer quando adequadamente justificada, o que não ocorreu no caso concreto.

189. As irregularidades apresentadas acima, combinadas com as análises contidas nas sessões a seguir, serão objeto de propostas de encaminhamento apresentadas na seção VI e VIII do presente relatório, de forma que não serão apresentadas propostas de deliberação neste momento.

190. Registre-se que, em um curto espaço de tempo, há a previsão de um aumento de cobertura e de novas ofertas de serviços de comunicação satelital no Brasil. Como exemplo cita-se que, em breve, se iniciará a operação de satélites já lançados, como o da empresa Yahsat (peça 111), em que há indícios de que sua cobertura ampliará a extensão territorial brasileira coberta por outros satélites que não sejam o da Telebras, conforme comparativo abaixo:

Figura 9 – Estimativa de cobertura satelital da empresa Yahsat e da empresa Hughes



Fonte: Estimativa de cobertura da empresa (peça 91, p. 9) e estimativa de cobertura da empresa Yahsat obtida em documento público da empresa (peça 111) e também no endereço <http://globaltelesat.com/wordpress/pt/cobertura/>, acessado em 19/10/2018.

191. Sobrepondo as imagens das duas coberturas descritas nos mapas acima, tem-se:

minutas iniciais de termo de referência presentes no processo de contratação conduzido pelo MCTIC e viessem sendo exigidos desde 2014. Também apontou que não foram encontradas justificativas para a retirada de tais critérios que são importantes para a garantia da prestação do serviço e para segurança jurídica do contrato e que essa motivação se tornava ainda mais relevante considerando as condições da Telebras (peça 43, p. 10 a 11).

198. Isso porque, com relação à capacidade econômico-financeira, a análise preliminar do TCU destacou que a empresa estatal tem apresentado sucessivos resultados deficitários desde a sua reativação e, sobre a capacidade técnica, foi apontado que, além de nunca ter prestado tais serviços satelitais, na data da assinatura do contrato com o MCTIC a empresa sequer tinha solução definida de como iria operacionalizar o seu satélite e prestar o serviço (peça 43, p. 10 a 11).

199. A referida decisão determinou a oitiva do MCTIC e da Telebras para que se manifestassem sobre a ausência desses critérios ao assinar o Contrato MCTIC 02.0040.00/2017.

200. Ainda relacionado com a qualificação técnica da Telebras para operar o serviço, o acórdão que analisou preliminarmente a matéria apontou também indícios de ausência de cautela ao assumir riscos de possível inexecução contratual diante da indefinição e da ausência de condições técnicas e operacionais necessárias para a prestação do serviço pela Telebras.

201. Isso porque a assinatura do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 aconteceu em 13/12/2017, ou seja, quase dois meses antes de a Telebras definir como iria operacionalizar o serviço, o que significa que tanto o MCTIC quanto a Telebras assumiram um risco ao estabelecer um compromisso contratual no valor de R\$ 663,5 milhões, por um prazo de cinco anos, sem que a Telebras sequer tivesse definido as condições técnicas de operação da banda satelital.

202. Foi apontado também que, diante do atraso na operação do satélite da Telebras, o MCTIC alterou o cronograma de execução do contrato 02.0040.00/2017 sem apresentar análises sobre o impacto dessa medida e sem apresentar ações referentes à cobrança de multas contratuais previstas no acordo para o caso de atrasos.

203. Sobre o tema, o Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário também determinou oitiva aos responsáveis para que se manifestassem sobre a decisão de assinar o Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 mesmo diante da indefinição e da ausência de condições técnicas e operacionais necessárias para a prestação do serviço previsto no contrato e sem que fossem tomadas providências pelo ministério para executar as multas contratuais para os casos de atrasos previstas no contrato.

204. Passa-se a analisar os argumentos e dados apresentados pelos responsáveis sobre as irregularidades descritas sumariamente acima.

III.1. Análise dos requisitos referentes à capacidade financeira da Telebras em garantir a execução contratual

205. Compete ao MCTIC garantir a devida implementação das políticas públicas e do programa Gesac e, por isso, é razoável esperar que o órgão avalie se a empresa contratada e a sua situação financeira não podem comprometer o bom resultado obtido na execução dos contratos firmados e da política pública.

206. A importância de se avaliar se a empresa a ser contratada possui capacidade financeira para executar o objeto contratado se torna ainda mais relevante no presente caso quando avaliado o desempenho histórico da estatal, desde a sua reativação em 2010, e sua atual situação financeira:

Tabela 1 – Histórico de resultados financeiros da Telebras desde a sua reativação

Ano	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018*
Resultados financeiros da Telebras (R\$ em milhões)	-47,91	40,75	-145,75	-117,36	-235,63	-77,07	-32,25	-124,01

*prejuízo até 30/6/2018

Fonte: elaboração própria a partir dos dados públicos da empresa (acessado em 17/10/2018 e disponível em http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=474)

207. A situação financeira deficitária da Telebras já havia sido inclusive apontada pelo próprio TCU, conforme Acórdão 10.210/2017-TCU-2ª Câmara, de relatoria da Min. Ana Arraes, cujo relatório afirmou inclusive que, sobre os resultados financeiros da empresa “os dados (...) não apenas indicam um grave e recorrente prejuízo da Telebras em seus resultados anuais, mas também apontam uma tendência de aumento do prejuízo da empresa ano após ano, o que agrava ainda mais a situação da estatal”.

208. Apenas a título de comparação, a Instrução Normativa 3, de 26/4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, prevê os seguintes critérios para comprovação da situação financeira de empresas participantes de licitação, dispensa ou inexigibilidade:

Art. 22. A comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas:

I - Liquidez Geral (LG) = (Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo)/(Passivo Circulante + Passivo Não Circulante)

II - Solvência Geral (SG) = (Ativo Total)/(Passivo Circulante + Passivo não Circulante); e

III - Liquidez Corrente (LC) = (Ativo Circulante)/(Passivo Circulante)

(...)

Art. 24. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no art. 22 desta Instrução Normativa, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para fins de contratação.

209. Ressalta-se que esses mesmos requisitos constavam do termo de referência encaminhado às empresas operadoras (peça 107, p. 18) e do termo de referência do contrato assinado com a Consórcio Conecta Brasil II (peça 24, p. 18).

210. Sem adentrar no mérito se esses critérios são exigíveis ou não no presente caso, entende-se ser interessante fazer uma análise da situação da Telebras e comparar com os critérios acima para se ter uma melhor noção da situação financeira da estatal:

Tabela 2 – Índices financeiros da Telebras

Indicadores Financeiros e Patrimoniais da Telebras				
R\$ mil	2015	2016	2017	
Ativo Circulante	R\$ 388.125	R\$ 413.355	R\$	365.926
Realizável a Longo Prazo	R\$ 211.484	R\$ 275.112	R\$	287.429
Ativo Total	R\$ 2.554.529	R\$ 3.059.928	R\$	3.425.226
Passivo Circulante	R\$ 321.781	R\$ 97.490	R\$	230.354
Passivo Não Circulante	R\$ 2.451.508	R\$ 3.462.541	R\$	2.604.051
Patrimônio Líquido	-R\$ 218.760	-R\$ 500.103	R\$	589.821
Liquidez Geral	0,2162	0,1934		0,2305
Solvência Geral	0,9211	0,8595		1,2084
Liquidez Corrente	1,2062	4,2400		1,5885

Fonte: elaboração própria a partir dos dados públicos da empresa (acessado em 17/10/2018 e disponível em http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=474)

211. A primeira análise a ser feita é identificar se os índices da Telebras estão superiores à 1 (um), conforme estabelecido na IN 3/2018. Sobre esse ponto, é possível verificar que nos últimos anos, inclusive à época da contratação da Telebras pelo MCTIC, a estatal não teve todos os três índices superiores ao critério mínimo estabelecido pelo normativo. Isso representa uma fragilidade

na situação da financeira da Telebras e poderia servir como base para descredenciar a empresa como possível fornecedora a ser contratada pelo poder público.

212. O art. 24 da IN 3/2018 abre uma exceção para as empresas que não conseguiram atingir os índices mínimos. Permite que empresas nessas condições possam participar de contratações públicas desde que comprovem ter capital mínimo ou patrimônio líquido da empresa suficiente, garantindo 10% do valor a ser contratado. No presente caso, o percentual corresponderia a aproximadamente 66,3 milhões de reais, já que o Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 tem o valor global de R\$ 663 milhões.

213. **Sobre esse ponto, percebe-se que o patrimônio líquido da Telebras foi significativamente negativo em 2015 e 2016, não atendendo a nenhum dos critérios de qualificação financeira da IN nesses anos. Ressalta-se que, à época da contratação, essas eram as informações existentes publicamente, de maneira que, se o MCTIC tivesse feito qualquer análise do tipo, observaria que a Telebras não conseguiria comprovar uma boa situação financeira.**

214. Ocorre que foi constatado que o órgão não realizou qualquer tipo de análise prévia sobre a capacidade financeira da Telebras e sobre os riscos de a empresa não conseguir honrar os compromissos e prazos de seu contrato (peça 75, p. 19). A condição financeira deficitária da estatal pode impactar na sua capacidade operacional, afetando a prestação do Gesac e a população atendida pelo programa ao longo dos cinco anos do contrato.

215. **Trata-se de uma desconformidade na atuação do ministério ao deixar de fazer uma avaliação mínima da capacidade financeira da contratada e, sem a devida análise, vincular uma política pública inteira e seus resultados à premissa de que a Telebras, uma empresa S.A. e listada em bolsa, será mantida financeiramente pelo governo federal nos próximos cinco anos, independentemente do desempenho da empresa e da situação do país e sem que tal comprometimento tenha sido formalizado pelo governo.**

216. Em sua resposta à oitiva (peça 61, p. 8), o MCTIC afirmou que os grandes investimentos feitos pelo Estado brasileiro no satélite da estatal demonstram o papel estratégico da empresa e garantia de continuidade dos serviços, de modo que se trata de empresa estratégica para o Estado brasileiro.

217. Também argumentou que a natureza jurídica da empresa muda as exigências requeridas e que a contratação não foi entabulada com empresa privada, mas sim estatal (peça 71). Complementa sua resposta afirmando que “as empresas estatais não têm como mote gerar lucros e sim executar atividade pública específica”, que “a falta de lucro nunca foi fator que inviabilizasse a contratação de nenhuma estatal”, que “não compete ao MCTIC corrigir a sistemática de déficits estatais” e que a Telebras “vem recebendo vários aportes de capital” do Estado brasileiro (peça 56, p. 36 a 38).

218. Diferentemente do que alega o ministério, no presente caso não deve haver diferenciação alguma entre empresas privadas e a empresa estatal. Isso porque a Telebras foi contratada diretamente por ser, segundo o MCTIC, a única empresa com cobertura em Banda Ka com cobertura em todo território nacional, o que não diferencia se ela é uma empresa estatal ou privada, de forma que os argumentos e a contratação se daria pelos mesmos motivos caso fosse uma empresa privada.

219. Vale ressaltar novamente que a Telebras é sociedade de economia mista com ações listadas em bolsa de valores e que atua em setor econômico competitivo. Em respeito ao princípio da isonomia, o tratamento dado à estatal na contratação de serviços deve ser equivalente ao dado a empresas privadas no mercado satelital, o que significa que à Telebras não pode ser atribuído nenhum privilégio a não ser aqueles que a lei explicitamente atribuir.

220. **Concorda-se com a argumentação de que não compete ao MCTIC e a nenhum outro órgão de governo corrigir a sistemática de déficit das estatais e é exatamente por essa razão que foram apontados os riscos assumidos pelo ministério no contrato MCTIC 02.0040.00/2017 sem que ele tenha realizado as devidas análises.**

221. Também por essa razão, reafirma-se que o contrato do ministério para o programa Gesac deve respeitar os princípios que regem as contratações pela Administração Pública, como o da isonomia, e que os preços de contratação de qualquer estatal para prestação de atividade econômica devem ser compatíveis com os preços de mercado, de forma a não onerar o Estado brasileiro.

222. Em resposta à oitava, em linha diversa do que foi alegado pelo MCTIC, a Telebras afirmou que as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira são condições para participar de licitações e não se aplicam aos casos de contratação direta por dispensa de licitação ou quando esta é inexigível (peça 62, p. 4 e 9).

223. Fazendo uma análise dos dispositivos legais, os artigos 27, incisos I a III, e 55, XIII, todos da Lei 8.666/93, não seriam, no sentido restrito, aplicáveis às contratações diretas realizadas em decorrência de inexigibilidade de licitação. **Entretanto, é notório que cabe ao ministério e aos demais órgãos da Administração Pública assegurar a garantia mínima da execução de seus contratos e as condições indispensáveis para o cumprimento das obrigações contratuais. Nesse sentido, deve-se aferir se a pessoa interessada em contratar com a Administração preenche os requisitos e as qualificações para a adequada execução do objeto contratado, garantindo a segurança e perfeição do serviço, a regularidade do seu fornecimento e o atendimento do interesse público.**

224. Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência do TCU, conforme proferido no Acórdão 2.684/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Ubiratan Aguiar:

73. Verifica-se, assim, inobservância direta dos dispositivos legais aplicáveis às contratações em geral, e **mais ainda, às contratações diretas que requerem do administrador cuidados específicos.** A propósito, Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Dialética, 10ª edição, pág. 109, **ao discorrer sobre os trâmites internos da licitação, que se aplicam às dispensas e inexigibilidades de licitação, ensina:**

“Como regra, toda e qualquer licitação exige que a Administração estabeleça, de modo preciso e satisfatório, as condições da disputa. Mais precisamente, a Administração tem de licitar aquilo que contratará - o que significa dominar com tranqüilidade, todas as condições pertinentes ao objeto licitado e estabelecer de modo preciso as cláusulas da futura contratação. Por isso, o procedimento interno se inicia com a identificação da necessidade a ser atendida, a apuração das soluções técnica e economicamente viáveis, a configuração do futuro contrato e, por fim, a conformação do procedimento destinado à contratação.

(...) É imperioso insistir sobre a relevância dessa etapa interna, antecedente à elaboração do ato convocatório. (...)

A mens legis consiste precisamente em impor à Administração o dever de abster-se de licitar impensadamente, descuidadamente. Caracteriza-se infração séria aos deveres inerentes à atividade administrativa a ausência da adoção das providências indispensáveis à avaliação precisa e profunda das necessidades e das soluções que serão implementadas posteriormente. (...)

(...) Caracteriza-se sério vício quando se evidencia que a Administração desencadeou a licitação sem ter cumprido essas providências prévias, assumindo o risco de insucesso, controvérsias e litígios.” (grifos nossos)

74. Assim, esse conjunto de informações que deve estar disponível antes da decisão de contratar compõe o projeto básico, que é peça fundamental para a demonstração da viabilidade e conveniência da contratação. Conforme preleciona Marçal Justen Filho, **mesmo nas contratações diretas, é exigido “um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível (...). Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação”.** (grifos nossos)

225. Assim, mesmo quando em casos de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, em uma fase preliminar à efetiva contratação o órgão contratante deve assegurar que serão atendidas as condições essenciais para a prestação do serviço. **No entanto, quanto aos aspectos de qualificação financeira, constatou-se que essa atuação não foi devidamente conduzida pelo MCTIC à época da contratação, pois deixou de avaliar os riscos de contratar uma empresa historicamente deficitária.**

226. Tal competência também encontra respaldo nos próprios princípios constitucionais (art. 37 da Constituição Federal) que regem a atuação da Administração Pública, como: i) o princípio da eficiência, dado que o processo de contratação conduzido pelo ministério e o acordo resultante dele devem garantir que o serviço possa ser prestado pela contratada, de fato, até o final da vigência do prazo contratual; ii) e o princípio do interesse público, dado que o MCTIC deve primordialmente garantir o atendimento da política pública destinada a conectar comunidades remotas e cidadãos excluídos digitalmente, atendendo assim ao interesse público coletivo, de forma que não devem prevalecer sobre ele outros interesses, como os interesses comerciais da Telebras.

227. Devido à semelhança das inconformidades encontradas com aquelas identificadas a seguir na análise dos requisitos referente à capacidade técnica da Telebras, as propostas de deliberação quanto ao conteúdo apresentado acima serão feitas mais adiante na presente instrução.

III.2. Análise dos requisitos referentes à capacidade técnica da Telebras em garantir a execução contratual

228. Em sua resposta à oitiva (peça 61, p. 8), o MCTIC afirmou que a “Telebras é detentora de infraestrutura de redes terrestres de alta capacidade e tem firmado parcerias com diversas empresas do setor elétrico e de telecomunicações, além de ser provedora de transporte e fornecimento de capacidade para inúmeros provedores”. Alegou também que a estatal: é proprietária de equipamentos com valores muito superiores aos contratos firmados; tem diversos contratos com órgãos públicos; opera uma rede de 26.000 km de fibra óptica; e é detentora de satélite próprio (chamado SGDC), em que possui contrato de operação com o Ministério da Defesa.

229. Assim, o ministério entende que os requisitos legais para contratação estavam dados (peça 61, p. 8) e que a Telebras preenche todas as qualidades técnicas para atender ao programa GESAC.

230. Em resposta à oitiva sobre o tema, a Telebras alegou que a qualificação técnica pode ser observada devido ao conhecimento adquirido pela Telebras ao prestar serviços de telecomunicações desde 2011 e devido à série de treinamentos sobre satélite feitos pelo quadro técnico de engenheiros da estatal (peça 62, p. 7).

231. Com relação à capacidade técnica baseada na atual estrutura terrestre de telecomunicações da Telebras, já foi apontado que a experiência com esse tipo de rede não serve como base para se concluir que a empresa tem capacidade de operar satélites (peça 75, p. 19).

232. Considera-se também que, embora seja uma atuação necessária e positiva, a capacitação de empregados no tema não é suficiente para garantir a capacidade técnica da empresa, visto que a prestação dos serviços de conexão satelitais próprias depende de atividades e implementação de processos complexos diretamente vinculados à capacidade de operacionalização do serviço pela empresa que vai muito além da capacitação técnica dos empregados.

233. Sobre a citada experiência da Telebras junto com o Ministério da Defesa, deve-se deixar claro que a estatal apenas atua na operação do artefato satelital, como um todo, e não tem relação alguma com a prestação do serviço de comunicação em banda X, sendo essa operação inteiramente conduzida pelo Ministério da Defesa (peça 75, p. 19). Ressalta-se que o MCTIC não está contratando capacidade satelital, mas sim a prestação do serviço, de forma que não é correto atribuir à estatal a capacidade técnica da prestação de serviço em Banda X e sua operação.

234. Quanto à sua capacidade técnica, a Telebras apresentou também os seguintes argumentos:

a) a momentânea ausência de condições técnicas e operacionais para exploração do SGDC na data de assinatura do contrato GESAC não impactaram o cronograma definido no contrato GESAC (peça 62, p. 43), dado que as primeiras ativações ocorreram no prazo contratado (peça 62, p. 37);

b) a parceria de operação do satélite feita com a empresa Viasat resulta em sinergia das duas empresas na utilização comercial da capacidade da banda Ka do satélite da Telebras (SGDC) e a empresa privada parceira é uma das maiores empresas do mundo atuantes no mercado de telecomunicações via satélite (peça 62, p. 39), embora nunca tenha atuado no mercado brasileiro.

235. **Diferentemente do que foi alegado, ao longo dos primeiros meses do contrato com o MCTIC houve impacto negativo no cumprimento do cronograma de atendimento do Gesac devido às limitações da estatal quanto à forma de operacionalização do satélite.**

236. Após a ativação dos quatro primeiros pontos, o modelo de operacionalização do satélite da Telebras, definido somente dois meses após a assinatura do contrato do Gesac com o MCTIC em 13/12/2017, foi objeto de questionamentos judiciais que resultaram na paralisação do contrato por longo período de tempo, somente podendo ser retomado em 16/7/2018 (peça 36, p. 31). Ressalta-se que tal modelo foi objeto de representação no TCU (TC 022.981/2018-7) e sua legalidade ainda está sendo analisada pelo Tribunal.

237. O impedimento da Telebras em prestar os serviços resultou em requerimento, elaborado pela estatal, para que o MCTIC prorrogasse o cronograma de execução do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 (peça 106, p. 1). O ministério, ao encaminhar tal solicitação para que fosse emitido parecer jurídico sobre o pedido, afirmou (peça 106, p. 2):

*Informamos que o contrato encontra-se suspenso devido ação movida pela empresa Via Direta contra a Telebras, conforme processo nº 01250.015109/2018-08. **Tal suspensão tem gerado prejuízo às políticas públicas implementadas por este Ministério, gerando forte impacto no atendimento da inclusão digital nas regiões mais remotas de nosso país, conforme demonstrado na Nota Informativa 731 (2782262).** (sem grifos no original)*

238. Assim, o próprio ministério ratifica que a impossibilidade de prestação dos serviços pela Telebras trouxe prejuízo às políticas públicas e à promoção da inclusão digital.

239. Embora a Telebras alegue que o cronograma de ativações “teve de ser suspenso por motivos alheios à vontade da estatal, da sua empresa parceira e do MCTIC” (peça 62, p. 41), entende-se que os prejuízos incorridos pela política pública poderiam ter sido evitados ou mitigados se o ministério tivesse adotado as devidas cautelas e análises quanto à capacidade técnica da empresa e aos riscos assumidos ao contratar a Telebras para prestar os serviços sem que sequer estivesse definido de que forma eles seriam prestados.

240. **Sem realizar as devidas análises, o ministério assumiu riscos ao contratar a empresa estatal que, à época da contratação, não possuía o modelo de operação do satélite definido, tanto tecnicamente como administrativamente, o que ocasionou na ausência de segurança jurídica no acordo realizado com MCTIC.**

241. Destaca-se que no termo de referência encaminhado às empresas operadoras (peça 107, p. 18) e no termo de referência do contrato assinado com a Consórcio Conecta Brasil II (peça 24, p. 18), havia requisitos de qualificação técnica a serem atendidos pela empresa vencedora da licitação.

242. Na sessão I.1 da presente instrução e na análise acima, foram apresentadas questões quanto à consideração, pelo ministério, da capacidade financeira e técnica da Telebras em prestar os serviços do programa Gesac. Constataram-se inconformidades na atuação do MCTIC, visto que a ausência de avaliação ou ponderação, pelo ministério, dos riscos envolvidos em contratar Telebras, considerando suas limitações técnicas à época da contratação e limitações financeiras, permitiu potenciais prejuízos à segurança jurídica do contrato e à efetiva implementação da política pública.

243. *Assim, independentemente da situação atual das variáveis relacionadas ao contrato MCTIC 02.0040.00/2017, verificou-se que, à época da contratação dos serviços do programa Gesac, o MCTIC deixou de adotar as cautelas necessárias para garantir, previamente à assinatura do acordo, o bom resultado a ser obtido na execução dos contratos firmados e da política pública.*

244. *Devem ser avaliados os riscos e o possível impacto atual no programa Gesac relacionados com as inconformidades apontadas anteriormente.*

245. *Com relação à capacidade financeira, permanece o risco de que a situação deficitária da Telebras possa impactar na qualidade e na continuidade da prestação dos serviços prestados pela estatal e vinculados à política pública promovida pelo Gesac. Entretanto, buscou-se ampliar o escopo de análise de mérito com vistas a compreender melhor o impacto da situação financeira da Telebras em comparação com o papel da empresa perante o estado brasileiro.*

246. *Para tanto, foram levantados dados sobre qual foi o posicionamento do governo brasileiro quanto à investimentos e aportes financeiros à estatal e, especificamente, aos projetos relacionados ao seu satélite, chamado de SGDC, em comparação com os resultados deficitários anuais da empresa, já apresentados na seção III anterior:*

Tabela 3 – Comparação dos resultados da Telebras e os aportes feitos pelo Estado brasileiro

Rubrica (R\$ em milhões)	Ano								
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019 (1)
Resultados financeiros da Telebras	- 47,91	40,75	-145,75	-117,36	-235,63	- 77,07	- 32,25	-124,01 (2)	-
Valores pagos como aporte de capital da União na Telebras	396,40	20,02	232,96	328,66	386,81	732,26	167,00	250,00	1.000,00
para o SGDC	-	-	-	-	386,81	717,36	117,00	205,00	148,00
para outras finalidades (3)	396,40	20,02	232,96	328,66	-	14,89	50,00	45,00	852,00

Notas

(1) valores do projeto de lei orçamentária

(2) prejuízo até 30/6/2018

(3) Cabo submarino, prestação de serviços de comunicação de dados, rede nacional de banda larga e atendimento a projetos estratégicos do governo

Fonte: elaboração própria a partir dos dados públicos da empresa (acessado em 17/10/2018 e disponível em http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=474)

247. *É possível verificar que, ainda que a estatal tenha apresentado sucessivos déficits anuais, historicamente o Estado brasileiro continuou investindo volumes significativos de recursos na empresa, havendo inclusive a previsão de que, no próximo ano, seja feito o maior aporte de capital à Telebras já realizado pela União desde 2011, conforme tabela acima e notícias em mídia especializada (acessado em 18/10/2018 e disponível em <http://www.telesintese.com.br/governo-libera-r-100-milhoes-para-a-telebras/>).*

248. *Observa-se ainda que, são recorrentes e constantes os investimentos feitos pela União especificamente nos projetos relacionados ao satélite da estatal, havendo inclusive previsão de aporte de recursos em 2019 para esse propósito específico. Isso representa um indicio de que o governo federal vem atuando de forma a enxergar o papel da Telebras como estratégico, mesmo diante de um desempenho ruim da empresa.*

249. *Soma-se a isso o fato de que, conforme apresentado na tabela da seção III.1, em 2017 a estatal fechou o ano com um patrimônio positivo e passou a cumprir mais um dos três índices de comprovação da situação financeira previstos no art. 22 da IN 3/2018 e o requisito do art. 24 da mesma norma. Essa situação minimiza riscos, já que foi uma melhoria com relação aos anos anteriores, ainda que esse resultado positivo tenha sido fruto de um aporte considerável de recursos públicos, o que demonstra novamente a atuação do estado junto à Telebras como decisão estratégica.*

250. *Assim, embora permaneçam os riscos associados à capacidade financeira da Telebras, no presente momento, não há evidência concretas de que a situação financeira da estatal possa prejudicar o andamento do programa, também não existem informações sobre uma mudança de estratégia do Estado quanto ao papel da Telebras.*

251. *Caberá ao governo federal, no momento de decisão sobre a destinação dos seus recursos, ponderar os riscos, a relevância e os diferentes pesos da política pública de inclusão digital promovida pelo programa Gesac e da necessidade de aportes para garantir a sustentabilidade da Telebras.*

252. *Registre-se que essa conclusão em nada afeta a constatação de que o MCTIC deixou de agir com prudência ao contratar a Telebras, visto que não foi feita nenhum tipo de análise quanto à capacidade financeira da empresa.*

253. *Com relação à capacidade técnica, embora a Telebras já fosse detentora do satélite à época da contratação, naquele momento não estava definido o modelo de operação do artefato, de maneira que o MCTIC assumiu riscos que ocasionaram a ausência de segurança jurídica no acordo realizado.*

254. *Independentemente do que ocorrer com o referido acordo, permanece a obrigação contratual de a estatal prestar o serviço previsto no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, seja por conta própria ou mesmo se associando com grandes empresas do setor com experiência em operação de satélites, ainda que tenham que ocorrer ajustes nas formas de negociação ou nas condições negociadas.*

255. *Assim, caso o modelo adotado pela Telebras para operacionalização do satélite tenha que ser alterado, é evidente que a execução do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 será impactada por mais tempo, permanecendo os riscos de prejuízo ao programa Gesac gerados pelo MCTIC ao contratar uma empresa que sequer possuía a operação do satélite definida nem possuía experiência com a prestação desse serviço com outros clientes, como foi exigido nas licitações passadas do Gesac.*

256. *Caso permaneça vigente o atual acordo entre a Telebras e a empresa parceira para operacionalizar o satélite (avaliação essa pendente de análise de mérito pelo TCU no TC 022.981/2018-7), a estatal estará associada a uma empresa que já possui experiência com os serviços satelitais, o que auxilia na prestação do referido serviço pela Telebras. Por outro lado, essa empresa privada nunca atuou no Brasil, de forma que não possui experiência operacional no país e desconhece as especificidades do território brasileiro e as normas e questões administrativas nacionais. Assim, diferentemente do que alega o MCTIC, não há como assegurar que há a mitigação de riscos na execução do programa Gesac devido à parceria da Telebras com a atual empresa parceira.*

257. *Buscando avaliar o contexto atual da capacidade da Telebras, verificou-se que, no intervalo de tempo em que a operacionalização do satélite da Telebras não estava impedida por decisões judiciais ou administrativas que questionavam o acordo firmado entre a estatal e a empresa parceira, a estatal teve a possibilidade de ativar alguns pontos (peça 62, p. 37).*

258. *Nesse processo, somente quatro pontos foram ativados, o que significa que a capacidade de instalar esses poucos pontos não é representativa suficientemente para concluir que a mesma empresa seria capaz de instalar e operar adequadamente quinze mil pontos. Entretanto, sabe-se que as conexões foram efetivamente instaladas e ativadas usando o satélite da Telebras, situação essa favorável à estatal quanto ao enfrentamento de empecilhos técnicos para a execução do contrato.*

259. *Favorece à argumentação da estatal o fato de que, embora não tenha relação alguma com a capacidade de operacionalização do serviço satelital, a Telebras teve significativa participação na construção e no lançamento do satélite, processo esse que possui grande complexidade.*

260. *Ocorre que, dado que o início da instalação do contrato só estava prevista para ocorrer quatro meses após a data da assinatura, não é possível concluir objetivamente se a empresa teria, em curto espaço de tempo, condições de atender a todos os requisitos técnicos essenciais para a prestação do serviço. Certo é que a Telebras à época da contratação não tinha condições de comprovar sua qualificação técnica, pois não operava bandas satelitais, nem vendia internet satelital a qualquer tipo de cliente. Também não é possível concluir de maneira precisa*

se atualmente a estatal tem capacidade técnica, ou não, de prestar o serviço, embora haja indícios de que talvez a prestação do serviço seja possível.

261. Diante de todo o exposto, é possível verificar que, no cenário atual, não há elementos suficientes para caracterizar a real inviabilidade financeira e técnica da Telebras em prestar os serviços previstos no programa Gesac, por outro lado também não se pode afirmar com segurança que a Telebras conseguirá prestar esse serviço.

262. Dessa forma, propõe-se determinar ao MCTIC que, nos processos de contratação direta (inclusive aqueles por dispensa ou inexigibilidade de licitação), em especial no processos destinados à execução de políticas públicas e naqueles com alta materialidade e grande impacto social, avalie se estão sendo atendidas as condições técnicas e financeiras indispensáveis para o cumprimento das obrigações contratuais da empresa a ser contratada, com vistas a assegurar a garantia mínima da execução do contratos e dos resultados esperados, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da eficiência, da economicidade e do interesse público, além da jurisprudência do TCU, conforme Acórdão 2.684/2008-TCU-Plenário.

263. Entretanto, constatou-se que houve ausência de cautela e de devida motivação dos atos do MCTIC no processo de contratação da Telebras ao deixar de avaliar se a estatal tinha condições técnicas e financeiras de garantir a execução contratual. Essa irregularidade na atuação do órgão já foi abordada parcialmente na seção I da presente instrução e será objeto de propostas de encaminhamentos posteriormente, na última seção do exame de mérito, de maneira que não apresentadas medidas corretivas sobre esse ponto no presente momento.

264. Feita a análise das questões relacionadas à capacidade técnica e financeira da Telebras em prestar o serviço, é importante avaliar a atuação do ministério com relação especificamente aos atrasos na execução do contrato MCTIC 02.0040.00/2017.

III.3. Avaliação da atuação do ministério com relação aos atrasos na execução do contrato MCTIC 02.0040.00/2017

265. Conforme dito anteriormente, a Telebras solicitou que o início da instalação dos pontos, prevista originalmente para começar em abril de 2018, fosse adiado e o MCTIC encaminhou tal solicitação à AGU, para que se manifestasse (peça 106, p. 2).

266. Em seu parecer (peça 106, p. 5 a 16), a consultoria jurídica aponta a existência de duas possibilidades, em tese, para a solicitação da empresa: prorrogação com base no artigo 57, §1º da Lei 8.666/93 ou suspensão da execução, por ordem escrita da Administração, por até 119 dias, com base no art. 78, XIV da Lei 8.666/93, conforme os termos desta manifestação jurídica.

267. Entretanto, aponta que faltam elementos nos autos para que seja devidamente fundamentada a alteração do cronograma contratual (peça 106, p. 11 e 16):

(...) 2.1 DA PRORROGAÇÃO - ARTIGO 57, §1º DA LEI 8.666/93

23. No ponto, verifica-se que **não consta dos autos nenhuma avaliação crítica da solicitação da empresa e tão pouco a demonstração do impacto da contratação objeto de contenda judicial** no ora em comento.

3. DA SUSPENSÃO DO CONTRATO

(...)

31. Dito isso, **cabe registrar que, os autos não vieram instruídos com Nota Técnica consubstanciada a qual analisa o impacto da referida decisão liminar na execução do Contrato 02.0040.00/2017 (SEI nº 2500012), razão pela qual essa manifestação se dá a título de consulta jurídica.**

32. Dessa forma, **caberá a área técnica promover avaliação criteriosa e detalhada acerca do alcance da referida decisão no presente contrato, ou seja, se a decisão judicial interfere de forma direta ou indireta na execução do presente contrato (...)** (grifos nossos)

268. Após esse parecer, constam nos autos somente ofício do ministério, de 17/7/2018, solicitando à Telebras proposta de novo cronograma (SEI MCTIC processo 01250.050436/2017-17 documento 3172153) e ofícios referentes à mudança de endereços dos pontos do Gesac.

269. ***Não foi identificado nenhum documento que demonstre tratativa, pelo MCTIC, quanto às medidas e às sanções contratuais referentes ao período de atraso na ativação dos pontos, por parte da Telebras, entre abril e julho de 2018.***

270. *A ausência de tal atuação foi inclusive objeto de oitiva do item 9.3.5 e 9.4.5 do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, para que a Telebras e o MCTIC 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”.*

271. *Embora os responsáveis tenham apresentado respostas, verificou-se que elas atenderam somente parcialmente o assunto questionado, visto que abordaram questões relacionadas às condições técnicas mas não abordaram a adoção de medidas em casos de atraso na execução contratual.*

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

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

274. *A Telebras afirmou que o atraso na execução contratual do Gesac foi devido a impedimentos judiciais que questionaram o acordo de parceria que a estatal fez com empresa privada para operacionalizar o satélite (peça 106).*

275. ***Deve-se deixar claro que tais impedimentos judiciais não têm relação alguma com o contrato MCTIC 02.0040.00/2017 e com a política pública vinculada a ele, se mantendo evidente a necessidade de cumprimento, pela Telebras, de suas obrigações contratuais junto ao ministério e estando sujeita às multas por atrasos e descumprimentos de deveres.***

276. *Assim como é válido para qualquer empresa, ao assinar um contrato de prestação de serviço com o MCTIC, a contratada se compromete a entregar suas obrigações, não havendo qualquer relativização das penalidades do contrato diante de dificuldades judiciais ou operacionais por parte da contratada.*

277. *A ausência de adoção, pelo ministério, das devidas sanções à Telebras diante do já comprovado atraso na execução do contrato do Gesac implicaria em um favorecimento da estatal perante a outros fornecedores e, novamente, estrai sendo prejudicado o princípio da isonomia e impessoalidade que regem a Administração Pública, bem como a não cobrança implicaria em descumprimento da legislação e do contrato por parte do Ministério.*

278. *Mais uma vez, registre-se que a Telebras é Sociedade Anônima com ações listadas em bolsa e a União não é a única acionista desta empresa, e o tratamento a ser dado a ela nesse contrato pelo Ministério deve ser idêntico a qualquer empresa privada.*

279. ***Diante do exposto, com relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, propõe-se determinar ao MCTIC que, no prazo de 30 dias, adote as providências previstas no contrato no que diz respeito às sanções por descumprimento de prazos contratuais diante dos atrasos no cronograma de execução por parte da Telebras e das questões afetas a ela, em observância à cláusula 15 do termo de referência do referido contrato, os arts. 66 e 86 da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU.***

IV. Sobre os indícios de antecipação injustificada de R\$ 60 milhões em pagamento realizado antes da prestação do serviço e da assinatura do contrato

280. *Em análise perfunctória, o relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, constatou que, no primeiro mês de contrato (meses antes do início da execução dos serviços), foi feito o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões do MCTIC à Telebras, volume de recursos que corresponde a quase 10% do valor total do contrato.*

281. *Em resposta à diligência (peça 22, p. 15), o MCTIC apresentou três razões para tal antecipação de recursos: a necessidade de garantir junto à Telebras a reserva de banda do satélite; os descontos no contrato resultantes da antecipação do valor; e a necessidade de executar o orçamento ainda em 2017 do Ministério da Educação (sendo este um argumento novo, que não constava no processo administrativo de contratação à época da negociação do contrato).*

282. *O TCU (peça 43, p. 18 a 24), em análise perfunctória, concluiu que tais argumentações não deveriam prosperar pois havia indícios de irregularidades dado que não foram cumpridos os requisitos estabelecidos nas Leis 4.320/1964 e 8.666/1993 e na jurisprudência do TCU quanto à antecipação de pagamentos, pela administração pública, de serviços que ainda não foram prestados. Assim, foi determinada a oitiva do MCTIC e da Telebras para que se manifestassem sobre a possível irregularidade de pagamento adiantado no valor de R\$ 60 milhões.*

283. *Conforme apontado em análise preliminar, contida no relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, o TCU entende que a antecipação de pagamento expõe desnecessariamente a administração pública a riscos decorrente de eventual inexecução contratual, de forma que só deve ocorrer em situações excepcionalíssimas e ainda assim somente se cumpridos os seguintes requisitos:*

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

ii) se forem exigidas as devidas cautelas e garantias;

iii) e, em especial, se demonstrado o interesse público.

284. *Sobre a previsão do pagamento antecipado nos documentos formais (item i), o termo de referência do contrato contém, na cláusula 14.4, a previsão de antecipação de recursos (peça 34) e a cláusula sétima do contrato entre a Telebras e o MCTIC prevê a devolução do valor antecipado em caso de descumprimento de obrigações (peça 31). Assim, verifica-se que, formalmente, houve o atendimento do requisito referente à previsão de tal pagamento nos documentos formais relacionados à contratação da Telebras.*

285. *Entretanto, assim como já apontado na seção I, há uma inconformidade no fato de que tal previsão contratual de antecipação de receita, no montante de R\$ 60 milhões, não constava da versão do termo de referência que foi encaminhada para as demais prestadoras do mercado, conforme termo de referência e ofícios constantes da peça 107.*

286. *Assim, embora formalmente tenha sido atendido o primeiro critério dos requisitos listados acima e exigidos para antecipação de valores, verifica-se que essa condição não foi ofertada a todos os possíveis interessados na condução do processo de contratação que resultou na inexigibilidade, situação essa que representa uma irregularidade na atuação do MCTIC já que indica ausência de isonomia na condução do processo de contratação de serviços.*

287. *Sobre o requisito de previsão de exigência das devidas garantias e cautelas (item ii listado anteriormente), em resposta à oitiva (peça 62, p. 36), a Telebras afirmou que “a administração contratante tomou as necessárias cautelas para evitar lesão ao erário, tendo em vista a previsão contratual de devolução do valor pela Telebras em caso de inadimplemento contratual, conforme previsto na cláusula sétima” do contrato.*

288. *Já o MCTIC, em sua resposta à oitiva (peça 61), não abordou a questão específica relacionada às garantias contratuais.*

289. *Assim como apontado no relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário (peça 43), de relatoria da Min. Ana Arraes, para os casos de antecipação de valores contratuais pela administração pública, a jurisprudência do TCU prevê que garantia contratual geral, voltada ao adimplemento do objeto, não se presta a assegurar os riscos da antecipação de pagamentos e que a existência de cláusula prevendo a antecipação de pagamento, sem que fossem previstas garantias*

contratuais específicas e no montante do valor adiantado, contraria o art. 38 do Decreto 93.872/1986 e a própria jurisprudência do Tribunal.

290. *Ao analisar de forma detalhada o contrato MCTIC 02.0040.00/2017, verifica-se que o acordo, de fato, possui a cláusula sétima que é especificamente destinada a garantir a restituição do valor antecipado, prevendo inclusive as condições de correção monetária do montante, em caso de descumprimento do contrato (peça 31).*

291. ***Entretanto, não foram constatados nos autos nem foi comprovada pelos responsáveis a existência da garantia em si, formalizada por instrumento jurídico e válido para a execução de recursos em caso de descumprimento do objeto contratual.*** *A garantia tem como propósito justamente salvaguardar o erário, em caso de descumprimento contratual, de forma que um terceiro garantidor aporta recursos em favor da Administração, caso o contratado não possa fazê-lo no momento da execução do contrato.*

292. *A não evidenciação da existência de garantias ou instrumentos jurídicos similares representa, novamente, um indicio de ausência de isonomia de tratamento pelo MCTIC com relação à Telebras, quando comparado o processo atual com as contratações anteriores do Gesac e uma ilegalidade que contraria a jurisprudência pacífica do TCU e a legislação.*

293. *Mais uma vez, o MCTIC parece confundir a Telebras com o próprio Governo.*

294. *Diante do exposto, caso seja mantida a vigência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, propõe-se determinar ao MCTIC que, no prazo de 30 dias, adote providências com vistas a exigir formalmente da Telebras garantias ou instrumento jurídico similar com o objetivo de resguardar o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões, por a situação atual estar em desacordo com a jurisprudência do TCU, como o Acórdão 554/2017- Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, Acórdão 1565/2015- Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, entre outros.*

295. *O último requisito exigido pelo TCU com relação à antecipação de pagamento em contratos públicos se refere à demonstração de interesse público nesse processo.*

296. *Em resposta à oitiva (peça 61, p. 15), o MCTIC afirma que houve interesse público devido à necessidade de se garantir a execução desse montante ainda no orçamento público de 2017. Registra-se que se trata de um argumento recente, que não constava na fundamentação utilizada à época da contratação da Telebras.*

297. *O art. 9º-A do Decreto 9.018/2017 prevê o empenho de dotação orçamentária pela Administração Pública Federal somente até o dia 8/12/2017, exatamente na data que foi emitida a nota de empenho pelo MCTIC dos R\$ 60 milhões pagos à Telebras. Considerando que o fato ocorreu quatro dias antes da assinatura do contrato, contata-se indícios de que o pagamento foi acelerado justamente para garantir o orçamento.*

298. *Conforme analisado no âmbito do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes (peça 43, p. 23 e 24), entende-se que antecipar, no primeiro mês, 10% do total de um contrato que deveria ser executado em 60 meses, parcela essa correspondente a R\$ 60 milhões, só para garantir que o ministério gastasse os recursos previstos para ele no orçamento daquele ano é uma medida imprudente e desproporcional.*

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

300. *Além de demonstrar imprudência quanto à fundamentação para a decisão de antecipação de pagamento de R\$ 60 milhões, o comportamento do ministério ainda representa uma falta de planejamento quanto às suas ações destinadas a dar continuidade ao programa Gesac.*

301. *A Telebras alega também (peça 62, p. 36), em consonância com o ministério, que “houve sensível economia de recursos” e complementa sua argumentação afirmando que o pagamento também era devido à reserva de capacidade satelital.*
302. *Sobre a questão da reserva de capacidade satelital, conforme analisado no âmbito do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes (peça 43, p. 23 e 24), tal argumento não deve prosperar.*
303. *Além de os serviços do satélite de Telebras ainda não estarem em funcionamento, o que reduz a velocidade de ocupação dele, não foi comprovada a necessidade de reserva, já que inexistia situação de excessiva demanda frente à capacidade satelital. Pelo contrário, sabe-se que mais da metade da capacidade do satélite da Telebras está sendo espontaneamente cedida a terceiro privado por meio do acordo de compartilhamento de receita com empresa parceira (peça 3, p. 22), o que indica que não há uma situação de ocupação e disputa grande pela capacidade destinada a atender os serviços prestados pela Telebras.*
304. *Além disso, por meio de diversos documentos encaminhados pela própria estatal no âmbito do TC 018.569/2013-7, como o plano de negócios de seu satélite e os documentos que o embasaram, é possível constatar que historicamente a Telebras já havia previsto que o programa Gesac seria a sua principal demanda. Isso significa que não há nenhum fato novo e imprevisto e também não há nenhuma demanda excessiva de clientes que possa justificar a emergencial antecipação de pagamento para reservar capacidade satelital ao Gesac.*
305. *Assim, como não foram apresentados novos elementos que alterassem a análise preliminar do Tribunal quanto aos argumentos referentes à necessidade de assegurar o orçamento de 2017 e a capacidade satelital, considera-se que persiste o entendimento de que essa argumentação não deve prosperar.*
306. *Resta analisar, portanto, se a antecipação de pagamento resultou em um ganho financeiro real para o MCTIC, como alegou o ministério (peça 22, p. 15), o que caracterizaria o interesse público do acordo.*
307. *Nas análises e nos documentos apresentados pelo ministério nos autos, os responsáveis utilizaram como referência somente o valor mensal dos pontos previstos no contrato, desconsiderando-se a parcela de R\$ 60 milhões já paga pelo MCTIC no primeiro mês. Assim, ao comparar os preços do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 com outros contratos, o ministério estava considerando equivocadamente um preço inferior ao real preço contratado.*
308. *Dado que, nas respostas à oitiva, os responsáveis não trouxeram elementos comprobatórios suficientes, foi feita nova diligência ao ministério (peça 83) solicitando que fossem encaminhados os cálculos e as planilhas que demonstrassem os valores presentes finais dos valores contratados, considerando o cenário com descontos e considerando também os devidos ajustes de correção do valor do dinheiro no tempo e dos impostos a serem aplicados.*
309. *Em resposta, em 18/9/2018, o MCTIC encaminhou planilha aplicando “metodologia de Valor Presente do Fluxo de Caixa descontado (VPL), considerando-se os valores acordados contratualmente, incluindo adiantamento, reajustes, mensalidade por ponto de presença ativo, bem como a respectiva quantidade de pontos” (peça 91, mídia eletrônica em anexo).*
310. *Ao avaliar fluxos de caixa, deve estar clara a diferença entre valores reais e nominais. O valor nominal do contrato não considera a evolução de preços em comparação com a situação econômica do país e o efeito do momento do pagamento sobre o valor atual do dinheiro. Por outro lado, o valor real que ajusta o valor nominal conforme impactos da economia, como, a incidência de inflação.*
311. *O valor nominal do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, conforme conta no instrumento jurídico, é de R\$ 663 milhões. Entretanto, para avaliar a vantajosidade da antecipação de recursos, se faz necessário observar qual o valor real do contrato (VPL) antes e depois do adiantamento de dinheiro.*
312. *No cálculo, o ministério considerou o valor referente ao adiantamento de R\$ 60 milhões, já descontados o dinheiro no tempo corrigido ao custo de capital (7,98% a.a., obtido a*

partir da modelagem calculada pela Anatel referente ao custo médio ponderado de capital para empresas do setor de satélites em 2016) somados à uma projeção da inflação (4% a.a.) para todo o período contratual de 60 meses, a partir de dezembro de 2017.

313. Foram elaborados dois cenários:

1) fluxo de caixa considerando a proposta original da Telebras sem descontos e pagamentos antecipados; e

2) fluxo de caixa considerando os valores contratuais de mensalidade com desconto por ponto mais o acréscimo dos R\$ 60 milhões pagos no primeiro mês. Foram obtidos os seguintes resultados pelo MCTIC:

Tabela 4 – VPL das propostas apresentadas pela Telebras

Cenário 1	VPL total do contrato	Tipo de conexão	Mensalidades sem ICMS
Proposta original da Telebras sem nenhum desconto e sem pagamento antecipado	R\$ 761.779.718	10 Mbps	R\$ 1.165
		15 Mbps	R\$ 1.700
		20 Mbps	R\$ 2.100

Cenário 2	VPL total do contrato *	Tipo de conexão	Mensalidades sem ICMS
Proposta final que resultou no contrato MCTIC 02.0040.00/2017 (com desconto e antecipação)	R\$ 531.125.643	10 Mbps	R\$ 700
		15 Mbps	R\$ 1.150
		20 Mbps	R\$ 1.500

*VPL das mensalidades + R\$ 60 milhões no 1º mês

Ganho financeiro (VPL cenário 1 - VPL cenário 2) =	R\$ 230.654.074,38
---	---------------------------

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da peça 91

314. Primeiramente, deve-se esclarecer que o VPL do cenário 2 corresponde ao valor real do contrato com a Telebras, de forma que, naturalmente, possui valor numérico distinto do valor nominal presente no contrato (R\$ 663 milhões), conforme teoria econômica explicada anteriormente.

315. A partir da análise detalhada dos cálculos encaminhados e dos resultados expressados na tabela acima, é possível constatar que, mesmo diante da antecipação do pagamento de R\$ 60 milhões, o cenário com esse pagamento e com o valor reduzido das mensalidades para cada tipo de conexão resultou em um gasto global significativamente menor para o MCTIC. O desconto real obtido foi da ordem de 30% aproximadamente, reduzindo o preço contratado em R\$ 230 milhões em valor real com relação à proposta original da Telebras.

316. Ressalta-se que nenhuma dessas análises, ou qualquer outro tipo de avaliação do gênero, constavam no processo administrativo do MCTIC à época da contratação da Telebras, ainda que fossem essenciais para garantir a vantajosidade e o interesse público do acordo.

317. Assim, sem entrar no mérito, no presente momento, sobre a compatibilidade dos preços sem desconto dessa proposta com os de mercado e avaliando estritamente a comparação entre as duas propostas da Telebras, há indícios de que houve ganho financeiro para o ministério com as novas condições acordadas com a estatal (que consideram a antecipação de recursos e a redução das mensalidades).

318. No entanto, para garantir o efetivo interesse público nesse acordo, é essencial assegurar que a proposta inicial da Telebras já estivesse compatível com os preços de mercado, de modo a evitar que os preços iniciais tenham sido “inflados” originalmente, indo além dos preços de mercado, para depois resultar em um aparente desconto, significativo mas irreal.

319. Como a análise sobre a compatibilidade de preços será realizada na seção V, a verificação da compatibilidade da proposta inicial da estatal com os preços de mercado será realizada ao final da referida seção.

320. É importante destacar que o ministério apresentou um terceiro cenário. Nesse cálculo, o órgão manteve o VPL obtido no cenário 2, ou seja, o VPL do atual contrato MCTIC 02.0040.00/2017, e calculou qual seria o valor das mensalidades se o montante de R\$ 60 milhões fosse pago ao longo do contrato, ao invés de ser pago no primeiro mês.

321. Essa conta tem como o objetivo consolidar o valor pago antecipadamente e o valor das mensalidades previstos no contrato, de forma a se obter o real preço final contratado pelo MCTIC junto à Telebras.

322. Os resultados obtidos no terceiro cenário foram:

Tabela 5 – Cálculo das mensalidades considerando os R\$ 60 milhões ao longo do tempo

Cenário 3	VPL total do contrato*	Tipo de conexão	Valor sem ICMS	Valor com ICMS
Definindo qual seria o valor das assinaturas se mantido o VPL do cenário 2 e sem nenhum pagamento antecipado	R\$ 531.125.643	10 Mbps	R\$ 789,15	R\$ 1.092,84
		15 Mbps	R\$ 1.296,46	R\$ 1.795,38
		20 Mbps	R\$ 1.691,03	R\$ 2.341,80

* VPL do cenário 2

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos na peça 91, mídia anexa.

323. **Supondo-se que o preço inicial estivesse em acordo com o mercado, o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões resultou em vantajosidade para o MCTIC.** Entretanto, deve-se ponderar a forma como o ministério conduziu essa negociação.

324. Conforme apontado no relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, no processo do MCTIC não foi identificada nenhuma análise objetiva sobre o impacto do pagamento antecipado de R\$ 60 milhões no preço contratado e foi constatada a ausência de avaliação e de comprovação, à época da contratação, de que o valor antecipado resultou em real vantajosidade para o Erário.

325. Pelo contrário, observa-se que tais análises, ainda que solicitadas pelo TCU desde maio de 2018 (peças 7 e 8), só vieram a ser produzidas e encaminhadas ao Tribunal em setembro de 2018 (peça 91 e anexos), quase nove meses após a assinatura do contrato firmado entre o MCTIC e a Telebras e após diversas diligências e reuniões que solicitaram essas informações.

326. **Diante do exposto, resta claro que, à época da contratação, não foram cumpridos os requisitos necessários para caracterizar o interesse público na antecipação de pagamentos,**

expondo-se desnecessariamente a administração pública a riscos decorrentes de eventual inexecução contratual.

327. *A irregularidade apontada está relacionada com a ausência de cautela e de devida motivação dos atos do MCTIC que resultaram no contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Esse tema será tratado especificamente na seção VIII deste relatório, de forma que não serão apresentadas propostas de deliberação no presente momento.*

V. Sobre o indício de insuficiência de comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o preço de mercado

328. *A presente seção tem como escopo analisar exclusivamente os preços contratados junto à Telebras e a compatibilidade deles em comparação com o mercado. Previamente à decisão preliminar proferida no Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, a unidade técnica do TCU questionou quais estudos embasaram o valor contratado junto à Telebras.*

329. *Em uma análise preliminar, conforme relatório do referido acórdão (peça 43, p. 13), foi apontada a ausência, no processo de contratação conduzido pelo MCTIC, de elementos que comprovassem que os preços da Telebras no contrato MCTIC 02.0040.00/2017 estavam compatíveis com os preços de mercado.*

330. *A decisão plenária se fundamentou no fato de que deve haver compatibilidade entre o preço contratado pela administração pública e os preços de mercado mesmo em casos de contratação direta por inexigibilidade, conforme previsto no art. 3º, art. 7º, § 2º, inciso II, e art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993, além de ser corolário do princípio da economicidade previsto no art. 70 da Constituição Federal, consoante se averigua na jurisprudência do TCU, conforme Acórdãos 2.380/2013-TCU-Plenário, Relatora Min. Ana Arraes, 2.724/2012-TCU-2ª Câmara, Relator Min. Marcos Bemquerer, 2.673/2011-TCU-Plenário, Relator Min. Aroldo Cedraz, 1.971/2010-TCU-Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, entre outros.*

331. *A decisão do TCU sobre a ausência de elementos comprobatórios também considerou que o serviço de comunicação de dados satelital em banda Ka, nos moldes do Gesac, já é prestado no Brasil por diversas outras operadoras, ainda que sem a abrangência nacional e que tais informações não foram consideradas pelo MCTIC. Assim, foi determinada oitiva do MCTIC e da Telebras para que se manifestassem sobre a insuficiente comprovação da equivalência de preços.*

332. *Na primeira parcela da resposta à oitiva, o ministério (peça 61, p. 9 e 10 e peça 73, p. 9) e a Telebras (peça 62, p. 10) apresentaram argumentos semelhantes aos que já haviam sido analisados previamente à cautelar, alegando que os preços foram resultado de duas atuações: um comparativo com o preço das empresas hoje contratadas no Gesac (contratos vigentes desde 2014); e um comparativo com valores contratados por outros órgãos junto à Telebras.*

333. *Entretanto, considerando que foram apresentados os mesmos argumentos sem que tenham apresentados novos elementos na resposta à oitiva, permaneceram insuficientes as justificativas para comprovação de equivalência dos preços da Telebras com os de mercado, conforme análises a seguir, baseadas no acórdão que analisou preliminarmente a matéria (peça 43, p. 11 a 13).*

334. *Com relação ao comparativo dos contratos passados do Gesac, o TCU entendeu que, além de decorrido um longo prazo de tempo em um setor cujas condições são modificadas rapidamente, os contratos antigos se referiam ao atendimento satelital por outras bandas que não a tecnologia em banda Ka, de maneira que os custos e os preços dos serviços são distintos.*

335. *Além disso, conforme explicado na seção I, o novo contrato reduziu algumas exigências técnicas, como a taxa de compartilhamento (também chamada de fator de contenção), que reduzem os custos da prestação do serviço. Assim, pelas razões apresentadas, restaria prejudicada a comparabilidade dos custos e desempenho dos serviços.*

336. *Quanto ao comparativo com valores contratados por outros órgãos junto à Telebras, o Tribunal verificou que a primeira parte da análise apresentada estava restrita a somente propostas feitas pela Telebras ao Governo de Rondônia e ao Ministério da Justiça (peça 61, p. 9). Tratam-se*

de evidências frágeis dado que, mesmo que eventualmente essas propostas tenham se tornado contratos efetivamente assinados, por se tratarem de contratações diretas com o poder público sem licitação, não era possível garantir que o preço resultante era razoável e compatível com o mercado, bem como seu quantitativo era dezenas de vezes menor do que os pontos previstos no Gesac.

337. Na segunda parcela da oitiva (peça 62, p. 10 e peça 73, p. 9), os responsáveis utilizaram valores de outros contratos da Telebras sem que fosse comprovado que as condições desses contratos eram compatíveis e sequer comparáveis com os contratos do MCTIC. Pelo contrário, o próprio ministério afirmou (peça 73, p. 9) que esses contratos se referem a serviços em banda Ku e que a maioria deles foi assinada em anos anteriores a 2017, de maneira que os preços podem estar defasados da mesma forma como havia sido apontado acima com relação ao comparativo feito com os contratos passados do Gesac.

338. O ministério alegou que houve dificuldade em comparar os preços da Telebras dado que os produtos em banda Ka existentes no mercado de varejo possuem cobertura territorial limitada e características técnicas inadequadas, como a existência de reduzida franquia de dados (peça 61, p. 9). afirmou que, à época da contratação, em novembro de 2017, a única empresa capaz de prover serviços em banda Ka em parte do território nacional era a empresa Hughes, porém sua cobertura satelital era restrita a algumas partes do país e seu produto comercial disponível ao usuário possuía franquia de dados, o que afeta o preço do serviço e “inviabiliza o serviço”, além de cobrar custo de instalação, algo que não ocorre no contrato com a Telebras (peça 73, p. 10 e 11).

339. Rememora-se que, conforme apontado na seção I, na fase inicial da contratação o MCTIC sequer encaminhou o termo de referência à empresa Hughes, o que impediu que essa empresa tivesse a oportunidade de propor preços e outras maneiras de atendimento, como a retirada da franquia, por exemplo.

340. **Diante da análise apresentada, constatou-se que, na resposta à oitiva, o ministério não realizou nenhuma análise aprofundada que pudesse comparar os preços do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 com os preços do serviço em banda Ka já prestado por outras operadoras no Brasil.**

341. A área técnica do TCU já havia indicado que (peça 75, p. 5), ainda que os preços de mercado estejam atrelados a conexões com algum tipo de diferenciação técnica com relação às da Telebras (como uso de franquia), existem diversas formas de aproximar as condições de ambos os serviços e tornar seus preços comparáveis. Assim, dado que os elementos apresentados até então não eram suficientes para comprovar a compatibilidade dos preços da Telebras com os de mercado, em 5/9/2018 foi feita diligência aos responsáveis solicitando novamente a apresentação de cálculos e análises para tal comprovação.

342. Passa-se a analisar as respostas à diligência apresentadas pelo MCTIC em 19/9/2018 (peça 91) e pela Telebras em 24/9/2018 (peça 95).

343. O ministério inicia a sua argumentação afirmando que, embora em dezembro de 2017 houvesse três serviços disponíveis em banda Ka (Hughes, Amazonas 3 e Inmarsat), dois não tinham capacidade e/ou cobertura suficientes para atendimento ao GESAC, restando apenas o da empresa Hughes (peça 91, p. 4). Assim, apenas esse último foi utilizado pelo ministério como base comparativa de preços.

344. Antes de comparar preços, o ministério optou por fazer preliminarmente uma comparação técnica entre ambos os serviços a serem comparados.

V.1. Análise dos requisitos técnicos apresentados pelo MCTIC que podem afetar os preços a serem comparados

345. O ministério afirmou que o serviço da referida empresa privada não atende aos requisitos e níveis de serviço do contrato Gesac, apresentando uma tabela com seis especificações técnicas e dizendo que nenhuma delas é atendida (peça 91, p. 4):

Tabela 6 – Comparação das especificações técnicas da Telebras com outras propostas

Comparação Técnica dos Serviços das Hughes e da Telebras							
Empresa	Empresa/Produto	Gateway no Brasil?	Permite Rede Privativa (MPLS)	Franquia de Dados (GB/mês)	Endereço IP Fixo e Válido*	Disponibilidade (%)**	Tempo de Reparo
TELEBRAS	IP Gov Sat GESAC 10 Mbps	SIM	SIM	ILIMITADA	SIM	99%	24h
HUGHES	10Mbps c/ 15GB Franquia***	NÃO	NÃO	35GB	NÃO	Sem garantia	24h
HUGHES	Hughesnet 15Mbps 20 GB Franquia ****	NÃO	NÃO	40GB	NÃO	Sem garantia	10 dias

* Exigido por órgãos governamentais para uso de aplicações de governo

** Disponibilidade média anual garantida contratualmente

*** Fonte: Proposta da Hughes entregue à Telebras em Abril/2018

**** Fonte: Plano empresarial Hughesnet (SLA e franquia não atende) - www.hughes.com.br/planos

Fonte: peça 91, p. 4

346. Entretanto, três dos seis requisitos da tabela (ter gateway no Brasil, permitir rede MPLS e possuir IP fixo) sequer são exigências do termo de referência da contratação da Telebras e não são requisitos exigidos pelo contrato MCTIC 02.0040.00/2017, de forma que não são critérios exigíveis nem devem ser razão para exclusão de fornecedores que não os atenda.

347. Ressalta-se ainda que tais especificações para as conexões satelitais não constam nas exigências atuais do MCTIC e, historicamente, duas delas sequer foram objeto de demanda pelo ministério, como evidencia o termo de referência das contratações realizadas em 2014 e vigentes até 2019 (peça 24).

348. Restam três requisitos da tabela a serem analisados (tempo de reparo, disponibilidade da rede e franquia de dados).

349. Se analisada somente a informação do site da Hughes para o mercado varejo, a empresa não atenderia o critério referente ao tempo de reparo exigido pelo MCTIC, já que no site consta padrão de prazo superior. Entretanto, conforme informado pelo próprio ministério (peça 91, p. 4), em contrato específico já existente entre a Telebras e a Hughes a empresa privada ajustou os seus níveis de serviço para atender a demanda da estatal de reparo em 24 horas.

350. Dessa forma, não apenas o critério do tempo de reparo exigido pelo ministério pode sim ser atendido pela empresa privada, como se pode concluir que as condições de níveis de serviço são ajustáveis dependendo da demanda, volume e perfil de conexão a ser contratado, conclusão essa que é importante para avaliar o requisito referente à disponibilidade da rede.

351. Embora alegue que o critério de disponibilidade da rede da Hughes constante no site e no contrato com a Telebras não atende as exigências do Gesac, novamente não foram apresentados elementos que evidenciassem que a Hughes não pudesse ajustar seu nível de serviço e atender tal critério, principalmente em uma negociação grande, de R\$ 663 milhões, como a do programa em discussão. Tal evidenciação é ainda mais relevante se considerado que a referida exigência (de 99% de disponibilidade média anual) já estava presente nos contratos passados do Gesac de 2014 (peça 27, p. 39), vigentes até 2019, de forma que tende a ser um requisito possível de ser atendido por outras operadoras de satélite.

352. O último requisito técnico foi o de **franquia de dados**. Esse requisito tem correlação com as questões técnicas analisadas a seguir, mas também reflete no preço final do serviço, o que será avaliado na próxima subseção.

353. Segundo estudo técnico elaborado pelas associações Abrint (que representa pequenos e médios operadores de banda larga) e a Abrasat (que representa as empresas prestadoras de serviço via satélite) (peça 108), trata-se de um mecanismo que limita o volume de dados que a conexão pode trafegar em um determinado espaço de tempo e tem como objetivo reduzir a potencial utilização exagerada da rede, ou seja, o uso acima dos padrões médios suportados por ela, adequando o preço do serviço contratado com o perfil de uso do usuário.

354. Em suma, para conexões satelitais, a franquia é destinada a reduzir os impactos das limitações técnicas intrínsecas à rede e ao próprio satélite e permitir o aumento da eficiência e rentabilidade do artefato satelital com relação ao seu custo-benefício.

355. O uso de franquia, segundo informações do ministério (peça 91, p. 4), está previsto nos serviços oferecidos pela Hughes no varejo em seu sítio da internet, e não está previsto no contrato da Telebras.

356. *Vale considerar, mais uma vez, que a existência de franquia de dados em planos encontrados na internet e em um contrato específico da Hughes junto à Telebras não significa que necessariamente a prestadora não poderia fornecer o serviço de forma diferente. É possível que ela moldasse suas propostas de forma a oferecer uma franquia grande suficiente para atender a demanda do MCTIC ou até mesmo a não adotar franquia, assim como ocorreu no contrato passado do Gesac, de 2014, ainda vigente, com as outras operadoras contratadas.*

357. *Ainda que considerado que a empresa privada necessariamente adote o uso de franquia que limitem o tráfego de dados, ainda são necessárias algumas ponderações dos argumentos apresentados.*

358. *Em primeiro lugar, há que se considerar que a existência de franquia é um instrumento, de forma geral, que existe com vistas a aumentar a eficiência das redes ao serem compartilhadas por diversos usuários, dado que há redes que possuem limitações físicas intrínsecas à tecnologia, como redes de telefonia móvel e redes de satélites.*

359. *Dessa forma, embora a Telebras afirme que não há franquia em seu serviço, sabe-se que há a possibilidade de haver uma limitação natural da velocidade e da qualidade do serviço em caso de uso exagerado da rede pelos usuários. Para compreender de que maneira a Telebras poderia garantir a qualidade do serviço sem a adoção de franquia e sem que houvesse ineficiência do uso do satélite, foi feita diligência, em 6/9/2018, questionando especificamente esse tema (peça 82).*

360. *Em sua resposta, a Telebras afirma que não há capacidade dedicada para cada um dos pontos do Gesac, mas que a capacidade total de cada feixe do satélite será compartilhada por todos os pontos atendidos pela empresa em sua área de cobertura, sejam eles do Gesac ou de outros clientes atendidos pela Telebras (peça 95, p. 2 e 4).*

361. *Inclusive na especificação do contrato assinado com a estatal, está prevista uma taxa de compartilhamento (ou fator de contenção, conforme explicado na seção I) de 1:100, proporção maior que a prevista no contrato do Gesac anterior (1:10) e no termo de referência encaminhado para as empresas em outubro de 2017 para manifestação de interesse (1:40).*

362. *Rememora-se que uma maior taxa de compartilhamento implica na redução dos custos do serviço, já que permite fornecer o serviço para mais usuários utilizando uma mesma infraestrutura e capacidade, de maneira que a condição do contrato da Telebras é mais favorável a ela do que as demais, o que deveria resultar na cobrança de preço menores.*

363. *Em sua resposta (peça 95), a Telebras faz uma análise de perfil de consumo de diversas categorias de usuários (residenciais, governo, etc.) e conclui que “a existência de diferentes categorias, com perfis de uso distintos no mesmo recurso satelital aumenta a probabilidade de uso eficiente do recurso, fazendo com que os beneficiários tenham a experiência de uso adequada à velocidade contratada” e que “é possível parametrizar o sistema para que a experiência do usuário seja maximizada”.*

364. *Em seguida, a Telebras defende que não usa franquia por não ser compatível com a política pública e pelo fato de que o dimensionamento e a capacidade do satélite suportam o quantitativo de pontos demandados no âmbito do contrato GESAC independente do tráfego total trafegado. Para evidenciar o argumento referente ao adequado dimensionamento, apresenta alguns cálculos e afirma (peça 95, p. 8 e 9):*

34. Quanto ao quantitativo de pontos que podem ser atendidos, é possível verificar na tabela abaixo o dimensionamento das portadoras do SGDC (...)

(...)

35. Se considerarmos que, em cada portadora, poderá ser possível associar 960 pontos de 10Mbps, conclui-se que o SGDC possui capacidade para 303.360 pontos com essas características.

36. Considerando os 42% da capacidade reservada inicialmente à Telebras, há possibilidade de se atender até 127.411 pontos.

37. Cabe lembrar que essa capacidade de 42% é a inicialmente reservada para os clientes da Telebras. Este número pode ser aumentado, de acordo com a necessidade e demanda da Telebras.

38. **É hígido afirmar, portanto, que existem mecanismos implementados pela Telebras para que a velocidade e a qualidade dos serviços prestados (experiência do usuário) sejam garantidas, conforme mencionado no item 23. (grifos nossos)**

365. Assim, a Telebras aponta que a ausência de franquia de dados não prejudicará a qualidade e a eficiência do uso de seu satélite dado que, considerando o percentual da capacidade detida pela empresa (42% do total disponível) e a dimensão do artefato satelital, é possível atender aproximadamente 127 mil pontos à uma velocidade de tráfego de 10 Mbps sem prejuízo da qualidade e da velocidade oferecidas, considerando uma taxa de compartilhamento de banda por usuário de 1:100.

366. Embora não esteja diretamente considerada no cálculo citado anteriormente, o entendimento da Telebras, em linha com o do ministério (peça 91, p. 85), é de que a possibilidade de atendimento dos pontos do Gesac sem a adoção de franquia, além de já ser possível pela capacidade do satélite, é ampliada também pela otimização resultante da diferenciação dos perfis de consumo dos usuários (peça 95, p. 5 e 6).

367. Sobre essa questão, deve ser ressaltado que a análise da Telebras sobre o perfil de tráfego dos usuários considerou essencialmente quatro tipos de perfis: usuários residenciais, corporativos, governo e wifi comunitário. Ocorre que os pontos do Gesac são destinados a atender majoritariamente governo, o que significa que os perfis de consumo devem ser mais semelhantes do que os apresentados pela Telebras e há mais chances de haver um maior gargalo na transmissão de dados.

368. No entanto, sabe-se que estão incluídos no Gesac pontos de atendimento a escolas, entidades públicas, postos de saúde, entre outros. Assim, deve ainda haver uma diferenciação do perfil de tráfego entre eles, permitindo uma otimização da rede, mesmo que em menor escala do que o cenário utilizado pela Telebras para comparar quatros perfis diferentes.

369. Diante do exposto, com relação às limitações técnicas do serviço satelital, a partir dos elementos e cálculos apresentados observa-se que, se combinada com um devido dimensionamento dos parâmetros do serviço pela estatal, a capacidade do artefato satelital da Telebras pode permitir que a ausência de franquia não gere impacto significativo na qualidade técnica dos serviços prestados pelo programa Gesac.

370. Com relação ao propósito de adoção de franquia para o aumento da eficiência e rentabilidade do serviço, há uma dicotomia entre as possíveis escolhas a serem feitas pela União (pressupondo que o preço cobrado pela Telebras esteja compatível com os de mercado, algo que será avaliado na subseção a seguir).

371. Por um lado, o uso de franquia aumenta a rentabilidade e a eficiência do uso do satélite da Telebras, construído a partir de decisão estratégica e de recursos da União, e pode resultar em uma redução dos preços do serviço, o que beneficiaria o MCTIC ao contratar a estatal. Por outro lado, a adoção de franquia impõe uma mudança na forma de uso do serviço pelos usuários, o que pode afetar a política pública prevista pelo MCTIC.

372. Assim, cabe à União, como um todo, ponderar qual dos dois cenários é mais relevante e compatível com o interesse público. A avaliação da adequação, ou não, dessa escolha não faz parte do escopo do presente processo, cujo objeto é analisar a legalidade do processo da contratação de serviços pelo MCTIC.

373. Embora os responsáveis tenham apresentado diferenças técnicas entre os serviços da Telebras e da empresa Hughes, cujos preços serão comparados para fins de verificar a compatibilidade dos valores da estatal com os de mercado, essas diferenças não prejudicam nem inviabilizam a comparação dos preços dos serviços, devendo ser consideradas nas ponderações, conforme realizado na seção a seguir.

374. Deve ser ressaltado também que houve uma tentativa por parte da Telebras em defender que a não adoção de franquia é uma característica única da estatal, o que supostamente justificaria a inexigibilidade de licitação na sua contratação (peças 61 e 73). **Ocorre que já foram constatadas contratações de serviços satelitais por entidades públicas sem que houvesse a limitação de franquia (peça 114), o que deixa evidente que não se trata de uma condição exclusiva da Telebras e que, inclusive, já era exigida nos contratos anteriores do Gesac prestado por empresas privadas.**

V.2. Análise da comparação entre os preços do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 e o preço de mercado da empresa Hughes

375. Conforme citado anteriormente, o ministério utilizou como referência os preços da empresa Hughes, pois, segundo o MCTIC (peça 91, p. 4), ela era a única empresa com cobertura suficiente para atendimento ao GESAC.

376. Diferentemente do que foi feito pelo MCTIC, entende-se que, para avaliar a compatibilidade do preço da Telebras com os de mercado, é necessário considerar primeiramente a proposta inicial ofertada pela estatal e não apenas o valor final contratado. Isso porque, conforme apontado na seção IV, só haverá interesse público na antecipação do pagamento de R\$ 60 milhões se for evidenciado que o desconto resultante dele foi obtido a partir de um valor justo e compatível com o de mercado.

377. Nesse sentido, explica-se a seguir a lógica do cálculo e da argumentação apresentada pelo MCTIC, porém passa-se a considerar na conta o valor da proposta original da Telebras, e não da proposta final, como fez o ministério. A estatal propôs os seguintes valores inicialmente (peça 20, mídia anexa):

Tabela 7 – Preço inicial da Telebras proposto pela Telebras

Tipo de conexão	Valor mensal sem ICMS	Valor mensal com ICMS
10 Mbps	R\$ 1.165,00	R\$ 1.613,33
15 Mbps	R\$ 1.700,00	R\$ 2.354,21
20 Mbps	R\$ 2.100,00	R\$ 2.908,15

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos na peça 20.

378. O MCTIC utilizou como referência preços da Hughes obtidos no site da empresa e em um contrato específico assinado entre a empresa privada e a Telebras para prestação de serviços satelitais (peça 91, p. 6).

379. Como o referido contrato é resguardado por sigilo comercial, na presente instrução será exposto somente o comparativo com o preço público existente no site da empresa privada. Entretanto, embora possuam valores e características distintas, ambos os dados não conflitam entre si de forma a alterar as conclusões obtidas.

Tabela 8 – Preço de referência da Hughes

Fonte dos dados	Tipo de conexão	Valor mensal com ICMS	Franquia de dados
Site da operadora	15 Mbps	R\$ 299,90	40 GB

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos na peça 91.

380. Deve-se considerar que as especificações técnicas contidas no site da operadora privada para ofertas no varejo e especificações de um contrato pontual entre a Telebras e a Hughes (cujas condições e quantitativo de pontos não foram evidenciados) não significam que a

operadora não possa atender contratos com preços melhores. Isso principalmente se considerado que o Gesac trata de uma negociação de grande quantitativo de pontos (quinze mil), alto volume recursos (R\$ 663 milhões) e fixando o preço do contrato por um prazo de cinco anos.

381. Entretanto, para fins de comparação, utiliza-se os preços citados, ainda que possam estar superestimados com relação ao real valor que poderia ser obtido, caso fossem consideradas as condições de contratação do Gesac.

382. Em uma análise perfunctória, seria possível comparar os preços dividindo o valor mensal do serviço pela velocidade da conexão, o que resultaria em um parâmetro medido em R\$/Mbps que permitiria a comparação dos preços, prática essa comum no mercado de telecomunicações. **Ocorre que, diferentemente do contrato da Telebras, os preços da empresa privada estão atrelados à uma franquia de dados, o que afeta o real preço cobrado de forma que os dados das tabelas acima só podem ser comparáveis após a realização de ajustes.**

383. Dessa forma, passa a ser necessário o uso de outro parâmetro referente ao preço do serviço de acordo com o volume de dados trafegados no satélite em um mês. Pode ser obtido dividindo-se o preço pelo volume de dados previsto na franquia, medido em R\$/GB.

384. O MCTIC, na referida análise, obteve o seguinte valor para a Hughes (peça 91, p. 6):

Tabela 9 – Parâmetro em R\$/GB da Hughes para fins de comparação

Tipo de conexão	Valor mensal com ICMS	Franquia de dados	Valor em R\$/GB*
15 Mbps	R\$ 299,90	40 GB	12,48

* Foi acrescentada, de forma mensalizada (em 60 meses, prazo equivalente ao contrato da Telebras), a parcela do valor R\$ 299,90 referente a instalação de equipamentos previsto para os serviços da Hughes

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos na peça 91.

385. Portanto, foram utilizados como parâmetro de comparação de preços do mercado os valores da última coluna da tabela acima.

386. Como o contrato da Telebras não prevê franquia alguma, foi necessário realizar ajustes para tornar os preços dos serviços comparáveis. Dentre as diferentes opções possíveis para tal adequação, o ministério optou por calcular o valor em R\$/GB considerando um suposto volume de tráfego mensal. Para isso, **adotou a premissa de que seria considerado uma demanda futura de tráfego médio de download de 200 GB/mês para cada ponto do Gesac (peça 91, p. 7), critério esse cuja adequabilidade será avaliada mais adiante.**

387. Nessas condições, porém utilizando os valores da proposta inicial da Telebras, obteve-se:

Tabela 10 – Preço inicial proposto pela Telebras em R\$/GB

Tipo de conexão	Valor mensal com ICMS	Franquia mensal	Valor em R\$/GB
10 Mbps	R\$ 1.613,33	200 GB	R\$ 8,07
15 Mbps	R\$ 2.354,21		R\$ 11,77
20 Mbps	R\$ 2.908,15		R\$ 14,54

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados obtidos nas peças 20 e 91.

388. Em uma análise preliminar, a comparação entre as tabelas acima leva ao entendimento de que os preços da Telebras aparentam estar compatíveis com os de mercado. Entretanto, há relevantes falhas na análise apresentada pelos responsáveis.

389. *Embora sirva como base mínima de referência, é extremamente frágil comparar os valores da Telebras com o valor apresentado da empresa privada porque parte de uma premissa improvável de que o preço por GB trafegado cobrado pela empresa no varejo será o mesmo cobrado em uma contratação com perfil de atacado, em que está previsto o fornecimento de 15.000 pontos durante anos, como o atual contrato do Gesac.*

390. *Soma-se à conclusão anterior o fato de que os preços da Hughes podem cair nos próximos anos, comportamento normal esperado do mercado de telecomunicações (conforme será demonstrado a seguir, na seção VI). O mesmo não ocorre com os preços da Telebras, que já estão fixados para os próximos cinco anos. Dessa forma, resta ainda mais prejudicada a comparabilidade apresentada pelo MCTIC, já que despreza a provável queda de preços do mercado.*

391. *É importante avaliar se é adequada a estimativa de tráfego mensal considerada pelo MCTIC (de 200 GB), já que a análise de comparação de preços é afetada por tal premissa.*

392. *Com o propósito de obter uma referência mínima quanto ao perfil de tráfego de dados dos pontos Gesac, a unidade técnica do TCU solicitou relatório contendo o consumo de dados por mês de cada um dos pontos do Gesac nos últimos 6 meses (peça 80). Apesar de o MCTIC ter devidamente apresentado os dados brutos solicitados, extraídos a partir do sistema de monitoramento e gerenciamento de rede do próprio ministério (peça 91, p. 6), ao analisá-los o ministério se equivocou quanto às conclusões apresentadas ao TCU. Explica-se.*

393. *Embora afirme que “perto de 30% tem tráfego superior a 200 GB” (peça 91, p. 6), ao avaliar os dados brutos apresentados pelo órgão (mídia anexa à peça 91), verifica-se que, em média, somente 42 pontos dos 3.458 pontos ativos do Gesac (o que corresponde a um percentual de 1,2%), apontaram tráfego de download superior a 200 GB nos últimos seis meses. Isso indica baixa representatividade de pontos que trafegaram mais que o referido parâmetro.*

394. *Além disso, ainda segundo os dados brutos do ministério, o tráfego médio por ponto foi de aproximadamente 28 GB por mês, valor esse bastante inferior ao parâmetro de 200 GB/mês adotado pelo MCTIC como sendo à demanda futura do programa Gesac. Somente 25% dos pontos ativos apresentaram tráfego superior a esse tráfego médio por ponto.*

395. *Em suma, o perfil de tráfego dos pontos ativos do Gesac nos últimos seis meses está descrito na tabela abaixo.*

Tabela 11 - Perfil estimado de tráfego dos atuais pontos ativos do Gesac

Dados*	Download
Número de pontos ativos	3.458
Tráfego médio total (GB)	98.000
Tráfego médio no mês por ponto (GB)	28
Quantidade de pontos com tráfego > tráfego médio (= 28 GB)	878
Quantidade de pontos com tráfego > 200 GB	42

**Para simplificar a compreensão, foram utilizados arredondamentos e aproximações dos números apresentados pelo MCTIC*

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados contidos em mídia anexa à peça 91

396. *Ressalta-se ainda que o tráfego médio por ponto acima indica que o perfil atual de uso do Gesac ainda seria compatível, em média, com a franquia prevista pela Hughes, equivalente à 40 GB.*

397. *Assim, é possível constatar outra fragilidade na premissa adotada pelo ministério em considerar, para fins de precificação dos serviços da Telebras, um tráfego médio de 200 GB/mês para cada ponto, por se tratar de um valor bastante superior ao que é trafegado atualmente na*

rede do Gesac (em média, 28 GB/mês por ponto), de modo que se está supondo que haverá um grande e rápido aumento no volume de dados trafegados na rede.

398. Essa fragilidade se torna relevante na análise das tabelas anteriores sobre a comparação dos preços da Telebras, dado que o parâmetro de preço é medido em R\$/GB e oscila de acordo com o volume de tráfego considerado, de maneira que uma alteração no tráfego pode variar muito o preço cobrado.

399. Fazendo uma análise do impacto do tráfego no preço para a velocidade de 15 Mbps, o preço da Hughes permanece o mesmo (R\$ 12,48/GB), já que o volume de tráfego é fixo e igual à franquia prevista. Entretanto, os preços da Telebras variam bastante, conforme cenários simulados a seguir:

Tabela 12 - Perfil estimado de tráfego dos atuais pontos ativos do Gesac

Tipo de conexão	Valor mensal com ICMS	Franquia mensal simulada (GB)	Valor em R\$/GB
15 Mbps	R\$ 2.354,21	28	R\$ 84,08
		100	R\$ 23,54
		200	R\$ 11,77
		300	R\$ 7,85

Fonte: Elaboração própria

400. Constata-se que, se considerado o real tráfego médio atual do Gesac (28 GB), o preço da Telebras, de R\$ 84,08, estaria sete vezes maior que o preço de mercado da Hughes, de R\$ 12,48. Esse fato, por si só, já levanta dúvidas sobre o interesse público do acordo e se o valor contratado junto à estatal foi justo.

401. Entretanto, deve-se notar que a simulação também indica que, se o tráfego demandado pelo Gesac aumentar, o preço da Telebras passa a ser cada vez mais compatível com o de mercado.

402. É exatamente sobre esse ponto que reside a fragilidade apontada anteriormente na comparação de preços apresentada pelo MCTIC ao adotar uma premissa de tráfego médio por ponto de 200 GB, em detrimento do tráfego médio real de 28 GB atualmente gerado pelo Gesac.

403. Com vistas compreender melhor a premissa, por meio de diligência a unidade técnica do TCU solicitou a estimativa, com base em dados e números motivados, do consumo de dados mensal esperado por ponto do Gesac no Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 (peça 80).

404. O ministério apresentou algumas formas de estimar o tráfego demandado (peça 91, p. 7 e 8):

A primeira e mais simples é utilizar o tráfego médio por ponto (apurado como —30 GB ao longo dos seis meses, considerando down e up). Como estamos aumentando a velocidade em 10 vezes, podemos estimar que esse tráfego aumentasse em 10 vezes, ou seja, **teríamos um tráfego mensal médio de 300 GB.**

(...)

Uma segunda estimativa pode ser feita considerando que perto de 80% dos pontos no contrato MCTIC e Telebras são escolas. (...) Assim, vamos utilizar para uma segunda estimativa a existência de uma velocidade disponível de 100 kbps para um aluno. Vamos supor que esse aluno tem o uso de 1 hora por dia a essa velocidade (o que é modesto frente aos objetivos da Política), o que resulta em 100 kb/s x 3600 s/dia x 22 dias = 990 MB. Considerando a existência de 200 alunos (na primeira etapa busca-se o atendimento a escolas com no mínimo 200 alunos), **teríamos um consumo mensal mínimo de 200 GB.** Isso só de download.

(...)

*(...) uma das metas é de triplicar a quantidade de computadores por aluno nas escolas públicas. Daí, é possível constatar que, além do aumento da quantidade de escolas no GESAC, é possível prever que haverá aumento considerável da média de consumo atual, considerando-se inicialmente o aumento da quantidade de computadores por aluno. (...) **Ou seja, se o consumo médio atual é de 30 GB por mês, após o atingimento da meta de triplicar a quantidade de computadores por aluno, o consumo médio projetado seria de 90 GB ao mês** (isso de forma linear, sem considerar aumento de velocidade de conexão).*

(...)

*Considerando que uma plataforma de vídeo em alta definição (1080p), que consome cerca de 3 GB por hora em codificação MPEG-4 (<https://help.netflix.com/pt/node/87>). Se considerarmos 30 computadores por escola e 10 aulas de 1 hora de duração por semana, considerando que os alunos irão assistir aos vídeos durante 10% do tempo das aulas (pois presume-se que existem outros conteúdos a serem explorados, como documentos, jogos, imagens, sons, livros, etc.), **podemos inferir que o consumo médio mensal projetado será de (3 GB x 10 aulas x 4 semanas x 30 computadores) 10% = 360 GB.***

405. *Na estimativa apresentada pelo ministério o volume de tráfego oscilaria entre 90 e 360 GB por mês para cada ponto. Nesse cenário, o preço da Telebras passaria a ser competitivo e compatível com o de mercado.*

406. ***Ao considerar que o tráfego atual médio é de 28 GB/mês, verifica-se que há uma diferença grande de ordem de grandeza com relação à estimativa futura do Gesac adotada com premissa pelo MCTIC, o que indica que a comparação de preços foi embasada em premissa frágil, o que pode alterar os reais resultados a serem obtidos.***

407. ***Por outro lado, alguns fatores levam a crer que pode-se estar subestimando a demanda futura do programa Gesac ao utilizar o valor de tráfego médio de 28 GB.***

408. *Primeiramente, trata-se apenas de uma média entre o volume de tráfego mensal dos diversos pontos ativos no Gesac, de forma que há pontos que consomem volume de dados bem maior que esse. Além disso, é importante considerar que os pontos avaliados possuem velocidade de conexão satelital de até 2 Mbps, conforme contratos do Gesac vigentes desde 2014 (peça 26), o que significa uma velocidade menor do que as previstas no contrato da Telebras (10, 15 e 20 Mbps).*

409. *Sabe-se que velocidades mais altas melhoram a percepção e a acessibilidade dos usuários à internet e, conseqüentemente, estimulam o crescimento do tráfego consumido naturalmente. Dessa forma, há uma tendência de que, ao aumentar as velocidades dos pontos do Gesac com o novo contrato, o tráfego médio por ponto aumente significativamente.*

410. *Além disso, caso a velocidade existente seja baixa, é possível haver uma demanda reprimida de tráfego, de maneira que o real volume de dados demandado pelos pontos no horário de pico pode estar sendo limitado pela própria velocidade da conexão e sua limitação física.*

411. *Indícios do aumento do tráfego de dados diante da ampliação da velocidade da conexão foram apresentados pelo MCTIC (peça 61, p. 10). No documento, o ministério mostra que, em um ponto específico do Gesac, ao se ampliar a velocidade de 2 Mbps para 10 Mbps o tráfego médio passou a ser maior que o dobro do tráfego inicial.*

412. *Soma-se a isso o fato de que grande parte dos pontos do Gesac é composta por atendimento a escolas, aproximadamente 6,5 mil pontos do total de quinze mil. Segundo o MCTIC (peça 91, p. 7), se implementado o programa Educação Conectada, previsto pelo Ministério da Educação, esses pontos devem passar a consumir mais tráfego devido ao aumento de usuários e, principalmente, ao uso de aplicações que demandam mais dados, como vídeos e plataformas de conteúdos.*

413. ***Assim, embora a premissa adotada pelo MCTIC de tráfego médio de 200 GB seja frágil, conforme já demonstrado, verifica-se que também não faz sentido considerar que somente***

como referência o tráfego real medido atualmente, de 28 GB, já que há uma forte tendência de crescimento desse consumo diante do aumento de velocidade e diante da própria alteração de perfil de consumo do programa Gesac, como demonstrado pelo ministério, conforme transcrito anteriormente.

414. Reescrevendo e unificando os dados referentes aos preços da Telebras e o de mercado temos:

Tabela 13 – Comparativo do preço original da Telebras e preço de mercado da empresa Hughes

	Tipo de conexão	Valor mensal com ICMS	Franquia mensal simulada (GB)	Valor em R\$/GB
Hughes	15 Mbps	R\$ 299,90	40	R\$ 12,48
Telebras	15 Mbps	R\$ 2.354,21	28	R\$ 84,08
			100	R\$ 23,54
			200	R\$ 11,77
			300	R\$ 7,85

Fonte: Elaboração própria

415. Se fosse feita análise nos mesmos moldes do que foi feito anteriormente, porém utilizando os valores finais contratados pelo MCTIC, considerando o desconto dado devido ao adiantamento do valor de R\$ 60 milhões, seria obtido o seguinte resultado:

Tabela 14 – Comparativo do preço final da Telebras e preço de mercado da empresa Hughes

	Tipo de conexão	Valor mensal com ICMS	Franquia mensal simulada (GB)	Valor em R\$/GB
Hughes	15 Mbps	R\$ 299,90	40	R\$ 12,48
Telebras	15 Mbps	R\$ 1.795,38	28	R\$ 64,12
			100	R\$ 17,95
			200	R\$ 8,98
			300	R\$ 5,98

Fonte: Elaboração própria

416. A Telebras alegou que o seu preço era 224% vezes menor que o preço da empresa privada (peça 86, p. 4). Tal afirmação não deve prosperar dado que a estatal compara o preço da Hughes com um preço para uma franquia de 200 GB, sem considerar toda a fragilidade de se adotar esse critério (reduzindo artificialmente seu preço) e sem considerar que, para o tráfego médio atual do Gesac o seu preço estaria significativamente superior ao de mercado.

417. *Ao observar os dados acima, é possível concluir que, se considerado o perfil real de tráfego médio do programa Gesac atualmente, em que seria necessária (em média) uma franquia de 28 GB, os preços da Telebras, tanto os iniciais quanto os contratados, estariam muito acima do preço de mercado utilizado como referência.*

418. *Entretanto, na análise comparativa apresentada pelo MCTIC (cujas inúmeras fragilidades foram apontadas anteriormente), verificou-se que a expectativa de aumento do tráfego do programa em um futuro próximo pode implicar em uma aproximação dos preços da estatal com os de mercado.*

419. *Nessa linha, deve ser ponderado também que o valor da estatal, por ser um serviço previsto em todo território nacional, considera o atendimento de pontos em localidades remotas em que não há prestação do serviço por nenhuma operadora, seja pela dificuldade de atendimento ou por reduzido interesse comercial. Isso significa que é natural esperar que o preço para atendimento em todo território nacional, como o da Telebras, tenda a ser superior aos preços praticados em regiões mais acessíveis e comercialmente mais interessantes, como nas regiões hoje atendidas pela Hughes.*

420. *Por outro lado também não é possível afirmar que, para a franquia de 200 GB, o preço da Hughes se manteria em R\$12,48/Gb. Isso porque não é prática de mercado estabelecer mesmo valor para qualquer franquia. Pelo contrário, há uma tendência de que o aumento de franquia implique em uma redução proporcional do valor do GB.*

421. *Na telefonia móvel, por exemplo, ao avaliar os planos de umas das principais operadoras, observou-se que um aumento de mais de quatro vezes na franquia implicou somente em um aumento de preço pouco superior a duas vezes (acessado em 20/10/2018 e disponível em <https://www.claro.com.br/celular/plano-pos>). Hipoteticamente, se essa situação ocorresse também no caso concreto analisado, o preço da Hughes para a franquia de 200GB seria reduzido quase pela metade.*

422. *Na presente seção, foi apontado que:*

a) *as análises feitas à época da contratação e posteriormente em resposta à oitiva foram superficiais e com pouca base comprobatória;*

b) *conforme relatado acima, o MCTIC e a estatal, em diligência posterior à oitiva (em setembro de 2018), apresentaram avaliação mais detalhada sobre a comparação dos preços da Telebras com os de mercado, porém trata-se de uma análise repleta de fragilidades e baseada em premissas que podem não corresponder à realidade;*

c) *há indícios de que os preços da estatal podem não estar atualmente compatíveis com os de mercado, mas tendem a serem competitivos diante da ampliação prevista para o programa Gesac e seu crescente consumo de dados.*

423. *Há diversas premissas e incertezas que favorecem tanto a argumentação do MCTIC e da Telebras, de que os preços são adequados, quanto o entendimento de que os preços do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 estão incompatíveis com os preços de mercado. Diante do exposto, conclui-se que não há elementos suficientes para atestar, em tese, que o preço se encontra acima ou abaixo do valor de mercado, dependendo de inúmeras variáveis e premissas de difícil mensuração que impedem uma valoração com certo grau de exatidão.*

424. *É certo, porém, que esse cenário de incertezas quanto à compatibilidade de preço da Telebras com o de mercado poderia ter sido mitigado, ou até mesmo resolvido, se o MCTIC tivesse feito, à época da contratação: i) as devidas pesquisas de preço com o mercado, incluindo com a empresa Hughes (maior prestadora à época, segundo o ministério, e que mesmo nessa condição não foi contatada pelo órgão); ii) análises mais aprofundadas e com base em valores existentes no mercado e não somente nos valores encontrados no âmbito do programa Gesac e em propostas da Telebras; iii) processo licitatório que permitisse assegurar que os preços contratados foram resultado de disputa concorrencial.*

425. *A análise da compatibilidade de preços era importante também para avaliar se a proposta inicial de preços da estatal era justa e, com isso, avaliar se houve real desconto no*

serviço diante da antecipação de R\$ 60 milhões e se houve interesse público na contratação, conforme apontado na seção IV.

426. Pressupondo-se que o preço inicial seja compatível com o mercado, poder-se-ia afirmar que a proposta final teria sido obtida com um desconto significativo, que poderia justificar a antecipação dos R\$ 60 milhões. No entanto, a dificuldade de comprovação da compatibilidade dos preços da Telebras com os de mercado, impede que haja garantia de ter havido interesse público no pagamento antecipado de R\$ 60 milhões pelo MCTIC.

427. Ao longo da presente seção constataram-se inconformidades na condução do processo de contratação da estatal pelo MCTIC. À época da contratação, em dezembro de 2017, não foi identificada nenhuma análise, pesquisa ou proposta de preço que assegurassem uma efetiva comparação dos preços contratados com aqueles de mercado previamente à decisão de contratar a Telebras.

428. Pelo contrário, observa-se que análises um pouco mais detalhadas, ainda que não suficientemente, só vieram a ser produzidas e encaminhadas ao Tribunal em setembro de 2018 (peça 91 e anexos), quase nove meses após a assinatura do contrato firmado entre o MCTIC e a Telebras.

429. Rememora-se que a ausência de referência de preços foi apontada também pela AGU, ao emitir parecer sobre o processo de contratação do MCTIC, em que reforçou “a necessidade da juntada aos autos de planilha de formação de preços com os indicativos dos custos unitários de forma a atender as prescrições da Lei 8.666/93” (peça 25, p. 20).

430. É essencial deixar claro que a inconformidade sobre a ausência da devida análise de preços pelo MCTIC também inclui a desconsideração indevida, pelo ministério, do impacto do pagamento antecipado de R\$ 60 milhões no preço contratado e a ausência de avaliação e de comprovação de que o valor antecipado resultou em real vantajosidade para o Erário, questões essas apontadas na seção anterior do presente relatório.

431. A inconformidade apontada acima está relacionada com a ausência de cautela e de devida motivação dos atos do MCTIC que resultaram no contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Esse tema será tratado especificamente na seção VIII deste relatório, de forma que não serão apresentadas propostas de deliberação sobre esse ponto no presente momento.

432. O ministério alegou que a Hughes era uma das principais, se não a maior, fornecedora de serviços satelitais à época da contratação do fornecedor do Gesac (peça 91, p. 4). Mesmo tendo ciência desse fato, foi apontado que o MCTIC não encaminhou à essa empresa o termo de referência na etapa de pesquisa de preços e manifestação de interesse, ocorrida antes da contratação da Telebras.

433. Além de indício de ausência de isonomia, a atuação do ministério fragilizou a efetividade da pesquisa de preços e dificultou a comparabilidade dos preços contratados com os de mercado.

434. Diante do exposto, propõe-se recomendar ao MCTIC que, ao realizar pesquisas de preços previamente à contratação de serviços destinados ao atendimento de políticas públicas, encaminhe o termo de referência às principais empresas do mercado e mais capacitadas para a prestação do serviço, em especial quando há a intenção de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, com vistas a obter melhores referências quanto aos preços de mercado e para se certificar da impossibilidade da prestação do serviço por outros fornecedores.

VI. Sobre a escolha do prazo contratual de 60 meses para o Contrato MCTIC 02.0040.00/2017

435. Em uma análise perfunctória, o relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, apontou que o contrato com a Telebras foi assinado com a duração de 60 meses, prazo esse maior do que aqueles previstos nos contratos antigos do Gesac (peça 43, p. 24).

436. O extenso prazo contratual foi objeto de atenção do TCU dado que, conforme apontado diversas vezes pelo MCTIC, há uma dinâmica evolução na prestação dos serviços de conexão de

dados por satélite de forma que um contrato de prestação de serviço com prazo extenso poderia impedir que o Gesac usufrísse de possíveis ganhos de eficiência e modernização do setor.

437. *O acórdão apontou que a relevância da preocupação diante da previsão de entrada no país, em breve, de diversos novos satélites que operam em banda Ka como o da Telebras, de modo que há uma tendência de queda dos preços desse serviço que poderia ser capturada pelo MCTIC, caso adotasse período de vigência contratual menor (peça 43, p. 24).*

438. *Em resposta à oitiva, o MCTIC somente argumentou que o extenso prazo se deve à “necessidade de que os preços referentes à instalação, desenvolvimento de plataforma e investimentos sejam abatidos ao longo do contrato” e que “refletem o fato de que o comprometimento com serviço de alto custo tenha como garantia maior prazo contratual” (peça 61, p. 11).*

439. *Primeiramente, deve ser registrado que a adoção de prazos contratuais de 60 meses é uma exceção que vai de encontro com a jurisprudência majoritária do TCU, assim como será demonstrado adiante, de modo que essa escolha deve ser extremamente motivada e bem fundamentada.*

440. *Ocorre que, nem no presente momento nem à época da contratação, o ministério não apresentou dados e cálculos que pudessem comprovar suas alegações de redução de custos e vantagens contratuais com a adoção do prazo máximo.*

441. *Para que tal argumento prosperasse, seria necessário que o ministério realizasse uma análise comparando dois cenários. Um para avaliar o valor da redução dos preços resultante da extensão do prazo para a amortização de custos. Outro seria para quantificar os possíveis benefícios econômicos advindos da redução do prazo contratual combinados com os ganhos com a antecipação da realização de uma nova contratação que captasse a eficiência e os ganhos de mercado.*

442. *Ponderando ambas as situações, o prazo de 60 meses estaria justificado caso o valor obtido no primeiro cenário superasse o do segundo. Contudo, não foram encontrados nos autos, nem mesmo após as diligências muitos meses depois da decisão de contratação da Telebras, elementos que comprovassem que o ministério realizou qualquer tipo de análise nesse sentido.*

443. *Em resposta à diligência, o ministério complementou sua argumentação defendendo o entendimento de que, nos próximos cinco anos, não deve ocorrer uma redução significativa dos preços do serviço de satélite em banda Ka devido aos seguintes argumentos (peça 91, p. 5):*

A queda de preços acontece sempre durante rupturas tecnológicas (...) e não de maneira constante.

(...)

No presente caso, (...) satélites HTS em banda Ka com cobertura de todo o território nacional somente existirão a partir de 2020, e mesmo assim com algumas ressalvas.

(..) A primeira delas é que nenhum destes satélites terá a capacidade do SGDC sobre o Brasil — são satélites multinacionais que cobrem diversos países e regiões simultâneas, ou seja, não possuem o foco no Brasil.

(...) Isso significa que há baixa ou quase nenhuma probabilidade de que haja um único satélite capaz de trazer uma ruptura tecnológica antes do fim do contrato MCTIC-Telebras. (sem grifos no original)

444. *Assim, o ministério argumenta que não haveria ganhos de se realizar um contrato com prazo menor do que o já previsto por dois motivos: i) o preço desses serviços somente é reduzido quando ocorrem mudanças tecnológicas significativas; ii) a queda de preços do serviço satelital não ocorre de forma recorrente.*

445. *Sobre o primeiro argumento, afirma que, embora haja a previsão de uma ruptura tecnológica em breve com o advento dos satélites HTS (High-throughput satellite), que otimizam as bandas utilizadas, a previsão de operação desses satélites no Brasil só está prevista para 2020.*

446. Tais argumentações não devem prosperar, pois diferentemente do que alega o ministério, ainda em 2018 iniciou-se a operação de alguns satélites HTS no Brasil, estando já comercialmente disponíveis (peça 109).

447. Sobre esse fato, é evidente que não havia a disponibilidade de uso desses satélites à época da contratação nem havia garantias de que eles poderiam atender o programa Gesac. Entretanto, o que se pretende evidenciar é que já está em andamento a ruptura tecnológica de uso da tecnologia HTS citada pelo MCTIC, porém ela está ocorrendo no presente momento e não em 2020, como alegou equivocadamente o ministério.

448. Assim, considerando a premissa adotada pelo órgão, **espera-se que os preços dos serviços satelitais possam começar a cair já em 2018, primeiro ano do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, e não a partir de 2020, como o MCTIC havia previsto. Desse modo, o prazo contratual de 60 meses aparenta ser ainda mais arriscado quando considerado que ele impede que o poder público usufrua de redução de preços por mais tempo.**

449. Destaca-se que, ainda que a ruptura tecnológica (uso de satélites HTS) ocorresse em 2020 (o que não aparenta ser o caso, já que deve ocorrer antes disso), o contrato da Telebras iria até 2022. Isso significa que, **mesmo considerando a hipótese apresentada pelo ministério, por dois anos o MCTIC deixaria de ter a possibilidade de contratar o mesmo serviço por um preço menor, resultante dos ganhos de mercado, melhorias tecnológicas, maior eficiência e competição.**

450. É interessante observar que, em diagnóstico apresentado pelo próprio MCTIC, consta a existência de cobertura e capacidade de satélites HTS em banda Ka no Brasil nos próximos dois anos (peça 56, p. 77), ou seja, antes de 2020. Percebe-se uma contradição nos dados apresentados pelo ministério em momentos e documentos distintos.

451. Sobre o segundo argumento, de que os preços do serviço satelital não caem de forma recorrente, deve-se tecer algumas considerações.

452. No setor de telecomunicações, é notório que o aumento do número de operadoras e da concorrência entre elas em uma mesma região resulta na redução do preço de mercado dos serviços de telecomunicações em um curto espaço de tempo. Como exemplo, cita-se que a internet fixa teve o valor médio reduzido em 44% nos últimos cinco anos (peça 110).

453. Assim como consta na figura 1 da seção I da presente instrução, a Telebras apresentou diagnóstico sobre as empresas que já prestam serviços de comunicação via satélite em banda Ka no Brasil ou que estão prestes a iniciar esses serviços (peça 62, p. 16). É possível verificar que há a previsão de atendimento de grande parte do território nacional por diversos satélites em banda Ka, de modo que naturalmente será ampliada a concorrência entre as empresas, o que tende a levar a uma redução dos preços do mercado.

454. Assim, embora o MCTIC afirme que os preços dos serviços satelitais só são reduzidos por rupturas tecnológicas, entende-se que essa redução também pode ocorrer com o aumento da competição entre os prestadores de serviço e que, como evidenciado pelo próprio ministério, trata-se de um fenômeno que deverá ocorrer no Brasil nos próximos anos, tendo em vista a crescente disponibilização de serviços em banda Ka no território nacional e de outras tecnologias satelitais.

455. Ainda que as coberturas de cada satélite sejam distintas, não se pode negar que muitas delas se sobrepõem, atendendo as mesmas regiões do país, de maneira que deverá haver competição, disputa pelo mercado, e redução de preços do serviço satelital nessas localidades.

456. Somam-se aos satélites relacionados pela Telebras (peça 62, p. 16), três artefatos satelitais que ainda vão entrar em operação nos próximos cinco anos no Brasil, dado esse informado pelo próprio ministério (peça 91, p. 5).

457. A referida tendência de redução nos valores do serviço de conexão por satélite, principalmente em banda Ka, também foi recorrentemente apontada e analisada em detalhes pela própria Telebras, que por meio de diversos documentos e notas técnicas (TC 022.981/2018-7, peça 1, p. 9 e TC 018.569/2013-7, peça 197, p. 44) analisou o tema de forma a concluir que “a queda de preços seria inevitável”.

458. A estatal afirmou também que o Brasil está passando por um momento em que a existência de vários novos satélites, com mais capacidade e em novos mercados, reduz drasticamente os preços, uma vez que a demanda nestas localidades não consegue acompanhar o mesmo ritmo da oferta. **Os estudos da Telebras concluem exatamente o oposto do que foi alegado pelo ministério, dado que a estatal sustenta que os preços continuarão a cair por dois motivos: (i) aumento contínuo da oferta de capacidade sob o território brasileiro ao longo dos próximos anos; (ii) ruptura tecnológica com o advento dos satélites HTS (TC 022.981/2018-7, peça 14).**

459. Assim como mencionado pela própria estatal em suas notas técnicas, pode-se ter uma boa noção da previsão de queda dos preços do serviço de conexão satelital por meio do relatório periódico “NSR’s Satellite Capacity Pricing Index” elaborado pela empresa internacional Northern Sky Research (NSR), de consultoria e pesquisa de mercado especializada no setor de telecomunicações, em particular em tecnologias satelitais (acessado em 15/8/2018 e disponível em <http://www.nsr.com/about-nsr/>).

460. **A versão de 2016 desse relatório afirma que, só em 2016, foi identificada uma queda de 10% nos preços dos serviços satelitais (peça 74), um percentual significativo e que pode alterar bastante os preços de referência encontrados no mercado.**

461. ***Ora, se a própria empresa estatal e o MCTIC têm ciência da previsão de significativa redução no valor dos serviços contratados em um curto período de tempo, é de se prever que o prazo contratual de 60 meses pode resultar em um prejuízo ao Erário, dado que há a tendência de que os preços do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 fiquem fixados por cinco anos em um valor bem superior ao encontrado no mercado passados alguns anos.***

462. Embora haja a possibilidade de o aumento do prazo permitir uma maior diluição dos custos e, dessa forma, reduzir o preço contratado, **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, mas que permitisse que o ministério usufruísse dos ganhos de eficiência do mercado e da redução de preços reflexo da operação de novos satélite e tecnologias já previstas nos próximos anos.**

463. Ressalta-se que, embora seja possível a assinatura de contratos nesse prazo, trata-se de uma exceção que vai de encontro à jurisprudência majoritária do TCU e à Lei 8.666/1993 e, por isso, a decisão nesse sentido precisa ser devidamente motivada e respeitar os demais princípios que regem a Administração Pública.

464. Conforme expresso na Súmula TCU 191, a fixação dos limites de vigência dos contratos administrativos visa impedir que o tempo comprometa as condições originais da avença, caso fosse admitida sua duração por prazo extenso ou indeterminado.

465. A Lei 8.666/1993 permite que a duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua seja superior à vigência dos respectivos créditos orçamentários, com prorrogações sucessivas, limitadas a sessenta meses.

466. Ressalte-se que a lei prevê expressamente prorrogações por iguais e sucessivos períodos, e não a vigência inicial pelo período de cinco anos. Isso porque a celebração de contrato com duração de sessenta meses impede que sejam feitas, pela Administração, avaliações periódicas e tempestivas quanto ao serviço prestado pela contratada, para que seja possível aferir se a prorrogação do contrato ainda atende ao interesse público e é mais vantajosa à Administração do que proceder com nova licitação.

467. O relatório do Acórdão 3.320/2013-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, ilustra esse entendimento:

14.1. À vista do transcrito, percebe-se que **não encontra amparo legal a contratação com vigência inicial de sessenta meses**, visto que o referido normativo é categórico ao prever **prorrogações por iguais e sucessivos períodos, limitada a sessenta meses, e não à vigência inicial por período tão longo.**

14.2. Ora, a celebração de uma **avença com duração de sessenta meses impede a avaliação, ao fim de certo período, de que o contrato ainda é o mais vantajoso à**

Administração e que atende ao interesse público, além do fato de que a longa vigência pode levar à acomodação da contratada, visto que a empresa não ficará na expectativa de ter avaliada a prestação de seus serviços e da qualidade (...) [do serviço prestado] e, conseqüentemente, ter rescindido o ajuste firmado.

14.3. No caso em análise, ainda que se aceite a vigência inicial de sessenta meses para o contrato de (...) [prestação de serviços], que se enquadra como serviços contínuos, os responsáveis não foram capazes de apresentar as motivações apresentadas à época da contratação, restringindo-se a argumentar que a lei de licitações não proíbe a celebração de contrato por esse período. Como se percebe, não foram encaminhados documentos comprobatórios para justificar a celebração do contrato em análise, tais como a cópia do despacho ou do parecer que respaldou a contratação pelo período direto de sessenta meses e não por período menor. (sem grifos no original)

468. *Inclusive, a jurisprudência dominante no TCU entende que a regra geral é firmar contratos prevendo prazo de duração de doze meses, exigindo-se que haja justificativa da Administração nos casos em que a duração inicial seja fixada em períodos superiores, como aponta o Acórdão 490/2012-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo:*

6. Quanto ao prazo de duração do contrato, a lei não veda que os contratos de serviços continuados possam ser celebrados por prazo superior a 12 meses, o que, a princípio, permite que seja firmado por 24 meses. Contudo, existe jurisprudência no sentido de que, em observância ao que estabelece o dispositivo supracitado, os contratos de serviço de natureza continuada não devem ter prazo de vigência superior a 12 meses, de forma que as prorrogações sejam precedidas de avaliação técnica e econômica, que demonstrem as vantagens e o interesse da Administração em manter a contratação (Acórdãos 1.467/2004-1ª Câmara, 1.626/2007-Plenário, 1.259/2010-Plenário e 5.820/2011-2ª Câmara).

7. Assim, considerando que a regra é a contratação por prazo de 12 meses, com sucessivas prorrogações, a contratação por prazo maior de 12 meses somente deve ser adotada em casos justificados, onde fique demonstrado o benefício advindo desse ato para a Administração. (sem grifos no original)

469. *Outro exemplo é a determinação 1.1.1.12 do Acórdão 1467/2004-TCU-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:*

1.1.1.12. em observância ao que estabelece o inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, somente adote o procedimento de contratar pelo prazo limite de 60 meses em casos de serviços contínuos incomuns em que, diante da peculiaridade e complexidade do objeto, fique inquestionavelmente demonstrado no processo o benefício advindo desse ato para a Administração, devendo para os demais casos proceder de forma a que as prorrogações previstas nos contratos sejam precedidas de avaliação técnica e econômica, que demonstrem as vantagens e o interesse da Administração em manter a contratação; (sem grifos no original)

470. *Ainda é possível citar outras decisões na mesma linha, como os Acórdãos 1.626/2007-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, 1.259/2010-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, e 5.820/2011-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Substituto André de Carvalho.*

471. *Assim, verifica-se que, de acordo com a jurisprudência dominante do Tribunal, a súmula TCU 191 e a literalidade do art. 57 da Lei 8.666/1993, há a necessidade da Administração justificar a fixação de prazos superiores a doze meses como duração inicial dos contratos, como também esclarece o voto do já mencionado Acórdão 3.320/2013-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro:*

Assim, não basta presumir que a contratação por um maior prazo é mais econômica, como ocorreu neste caso. O prazo contratual deve ser estabelecido considerando-se as circunstâncias de forma objetiva, fazendo-se registrar no processo próprio o modo

como interferem na decisão e quais suas consequências. Tal registro é especialmente importante quando se fizer necessário prazo inicial superior aos doze meses entendidos como regra por esta Corte, de acordo com sua jurisprudência.

Observe-se que a legislação não proíbe esta conduta. Na jurisprudência por sua vez, está assente que, a priori, o limite de doze meses é interessante porque possibilita verificar, ao final de cada período, se é vantajosa a prorrogação do contrato. Acredita-se que este procedimento torna mais econômico, eficiente e eficaz a utilização do recurso público, na medida em que incentiva que os contratados se preocupem em prestar bons serviços com o interesse de que seu contrato seja prorrogado e evita a manutenção de contratos com prestadores de serviços inadimplentes, entre outras vantagens. No entanto, é possível que, em casos específicos, isso não se verifique.

Neste caso, não ficou demonstrado adequadamente o benefício proveniente do prazo estabelecido. Contudo, como afirmou a unidade técnica, há o risco de periculum in mora reverso. Assim, resta determinar ao município que, em licitações futuras, o demonstre objetivamente tais benefícios. (sem grifos no original)

472. *Conforme citado anteriormente, embora alguns satélites já estejam em operação no Brasil, espera-se que, a partir de 2020, mais operadoras atuem no país e com satélites mais otimizados, o que reduz os custos. Se considerado um prazo para que o aumento da concorrência e a melhoria na tecnologia reflitam nos preços de mercado, pode-se considerar razoável que em três anos os preços comecem a reduzir drasticamente.*

473. *Rememora-se que, além das questões apontadas acima, anteriormente o presente relatório apontou que o extenso prazo contratual pode implicar no aumento do risco existente na escolha da contratação por lote único em detrimento de contratação por diversos lotes, o que prejudica ainda mais caracterização da inexigibilidade futuramente.*

474. *Deve se ter em mente que, conforme as seções anteriores, o MCTIC sequer conseguiu comprovar de maneira objetiva e precisa a real necessidade de contratação por fornecedor e lote únicos nem a compatibilidade dos preços da Telebras com os de mercado, de maneira que há riscos vinculados ao contrato MCTIC 02.0040.00/2017 que podem ser amenizados com a redução do prazo contratual.*

475. *Diante do exposto, propõe-se, caso não seja anulado o contrato MCTIC 02.0040.00/2017, determinar ao MCTIC que, diante dos riscos resultantes das fragilidades e irregularidades constatadas no processo de contratação direta por inexigibilidade da Telebras, somente dê continuidade à vigência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 se alterado o prazo de vigência do acordo para, no máximo, 36 meses, promovendo novo processo de contratação do serviço, nos termos da Lei 8.666/1993, caso haja a continuidade do programa Gesac para além desse prazo, tendo em vista que a situação atual está em desacordo com a jurisprudência do TCU e com o art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993*

476. *Registre-se que, nos contratos do Gesac vigentes desde 2014 (peça 26), com o consórcio de operadoras do setor privado, constava a cláusula contratual 9.4 que previa a possibilidade de reajuste dos preços acordados na hipótese de redução dos custos dos serviços contratados. O dispositivo tinha exatamente o objetivo de garantir o interesse público da contratação e assegurar que o contrato não incorria em enriquecimento sem causa do contratado e em prejuízos ao MCTIC e à União.*

477. *Diferentemente dos contratos passados, não foi identificado no contrato atual do Gesac com a Telebras qualquer previsão ou normativo nesse mesmo sentido, ainda que permaneça latente a necessidade de se resguardar o Erário sobre os mesmos riscos.*

478. *Observa-se que o contrato anterior se preocupava somente com o impacto da redução de custos no preço acordado. Já a análise do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 com a Telebras sugere a preocupação também com a incompatibilidade dos preços da estatal com os preços de mercado (dado que houve contratação direta por inexigibilidade sem a devida comprovação de*

preços adequados) e com as possíveis perdas de aproveitamento de ganho de eficiência e de concorrência do mercado ao longo da vigência do contrato.

479. *A preocupação adicional descrita no parágrafo anterior se deve ao fato de que o prazo de vigência dos contratos anteriores não era de 60 meses e, por isso, não se aplicam a eles os riscos e as inconformidades apontadas no contrato da Telebras. Além disso, especificamente no contrato da estatal, foram verificadas fragilidades na análise sobre a compatibilidade do preço da Telebras com o mercado, conforme apontado na seção V.*

480. *Diante do exposto e das incertezas relacionadas à compatibilidade dos preços da Telebras com os de mercado, propõe-se determinar ao MCTIC que inclua, no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, cláusula que preveja a possibilidade de solicitação, pelo ministério, de reequilíbrio econômico-financeiro do acordo, na hipótese de ser constatada variação dos preços de mercado que importem em redução dos custos dos serviços contratados, com vistas a garantir o respeito aos princípios constitucionais da eficiência, economicidade e interesse público.*

481. *Sobre o processo, em si, de escolha do prazo contratual de 60 meses, não foram encontrados nos autos elementos que comprovassem que o ministério realizou, à época da contratação, qualquer tipo de análise sobre o impacto do prazo escolhido nos preços e nas condições dos serviços do programa Gesac. Essa inconformidade está relacionada com a ausência de cautela e de devida motivação dos atos do MCTIC que resultaram no contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Esse tema será tratado especificamente na seção VII deste relatório, de forma que não serão apresentadas propostas de deliberação no presente momento.*

VII. Sobre os indícios de irregularidades relacionados ao programa Internet para Todos

482. *O programa Internet para Todos foi estabelecido pela nova portaria do programa Gesac, portaria MCTIC 7.154, de 6/12/2017, e consiste em uma nova modalidade de serviços que prevê o fornecimento de internet aos usuários finais em localidades remotas, porém a conexão é contratada e paga pelo próprio usuário mas viabilizada pelas condições trazidas pelo “novo” Gesac, em conjunto com as operadoras que se cadastrem no programa.*

483. *O Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, apontou dois principais indícios de irregularidades com o programa Internet para Todos, a serem avaliados no mérito a seguir.*

VII.1. Indícios de ausência de pré-requisitos para a Telebras prestar serviços ao usuário final no âmbito do Internet para Todos

484. *Em uma análise perfunctória, o relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, identificou que, apesar de a Telebras ter se credenciado ao programa Internet para Todos, não estavam claros os dispositivos legais que garantem que a estatal pode prestar o serviço diretamente ao usuário, como prevê o Internet para Todos. Isso porque o Decreto 7.175/2010 deixa evidente que a Telebras somente pode atender diretamente o usuário se fossem atendidas especificamente as localidades definidas pelo ministério como integrantes da relação prevista no §4º do art. 4º do Decreto.*

485. *Tal irregularidade ficou evidenciada quando, ao ser questionado sobre o tema, o MCTIC afirmou que inexistente a lista prevista do Decreto 7.175/2010 e que as localidades do programa Internet para Todos, apesar de serem caracterizadas como tendo “ofertas inadequadas”, não são as localidades previstas no §4º do art. 4º do referido Decreto (peça 43, p. 27).*

486. *Nessas condições, o Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário entendeu em análise perfunctória que a estatal não poderia prestar os serviços do programa “Internet para Todos” e determinou a oitiva dos responsáveis para que se manifestassem sobre a ausência do pré-requisito legal que autoriza a prestação dos serviços para usuário final, não governamental, nessa modalidade do programa Gesac.*

487. *Em sua resposta à oitiva, o MCTIC argumentou (peça 61, p. 16 e 45):*

Conforme afirmamos no início dessa Nota, entendemos que o tema do "Internet para Todos" não tem relação com o contrato entre MCTIC e Telebras (...) O MCTIC está a

tomar as devidas providencias com a finalidade de que sejam preservados os procedimentos adequados conforme estabelecidos nos instrumentos legais.

(...) E vale destacar que **para o atendimento à política "internet para todos" a Telebras realizou mero credenciamento junto ao MCTIC** (instrumento que não se confunde com o contrato nº 02.0040.00/2017), fato que a qualifica como "prestadora do serviço de telecomunicações", nos termos da portaria MCTIC 7.154/2017. **Tal credenciamento permite a prestação dos serviços nas localidades beneficiárias, pendente, contudo, da edição de ato autorizando o atendimento pela Telebras aos usuários finais.**

(...) **de fato, o atendimento pela Telebras a usuários finais no âmbito do programa "internet para todos" (...) carece da edição de ato pelo MCTIC, indicando as localidades onde inexistente oferta adequada de serviços.** (grifos nossos)

488. A Telebras apresenta argumentação igual à do ministério, afirmando que "tal ato (...) não representa qualquer infringência ao disposto no §4º do artigo 4º do Decreto 7.175/2010, mas atitude diligente e proativa da Telebras" (peça 62, p. 45 e 46).

489. Assim como apontado pelo TCU, verifica-se que, embora a Telebras tenha se credenciado no programa "Internet para Todos", cujo objetivo é fornecer banda larga a usuários finais, atualmente não há previsão normativa para atuação da estatal nesse sentido. Conforme colocado pelos responsáveis, tal atuação pela Telebras somente será possível após a edição de ato pelo MCTIC, indicando as localidades que possuam oferta inadequada, previsão essa contida no §4º do art. 4º do Decreto 7.175/2010.

490. Contudo, concordamos 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.

491. Ocorre que, em 29/8/2018, as condições de prestação do programa "Internet para Todos" foram parcialmente avaliadas pelo TCU no Acórdão 2.053/2018–TCU– Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, destinado a avaliar a Política Nacional de Banda Larga.

492. Por meio do referido acórdão, o TCU decidiu:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União (...) em:

9.2. determinar 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 inexistente 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;** (grifos nossos)

493. Desta forma, entende-se que o TCU já deliberou sobre o tema de modo a determinar ao MCTIC que, em um futuro próximo, adote as devidas medidas necessárias a evitar que haja ilegalidades na prestação dos serviços previstos no programa "Internet para Todos" pela Telebras.

VII.2. Inconformidades no compartilhamento da infraestrutura do Gesac para a prestação do serviço "Internet para Todos" pela Telebras

494. O contrato do Gesac se refere à prestação do serviço de comunicação de dados em que, conforme prática de mercado, a operadora fornece o serviço instalando seus equipamentos normalmente em regime de comodato.

495. Embora a infraestrutura instalada seja da empresa contratada, deve estar claro que tanto os equipamentos quanto a capacidade utilizada estão afetos às regras e às condições impostas pelo contratante. Isso significa que, no caso avaliado, é o MCTIC que define qual o tipo de equipamento utilizado e as especificações técnicas exigidas, não podendo a Telebras alterar esses parâmetros e equipamentos por conta própria, ainda que garanta a mesma conectividade.

496. Tanto é que a cláusula 7.4.2 do termo de referência do contrato em discussão prevê que “caso a contratada deseje modificar a tecnologia proposta ou utilizada durante a implantação dos pontos (...) ou da execução do contrato deverá haver aprovação da contratante” (peça 34).

497. Embora seja de propriedade da Telebras, a infraestrutura utilizada está vinculada ao MCTIC pelas seguintes razões:

a) sua instalação e manutenção ao longo do contrato, além do tipo de equipamento escolhido, 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) e geram custos ao Erário, dado que compete a ele fornecer a energia que alimenta os equipamentos e a segurança e a proteção dessa infraestrutura diariamente.

498. Dessa forma, resta claro que a infraestrutura instalada pela Telebras no âmbito do Gesac, incluindo a capacidade satelital, está afeta ao poder público e seu uso está vinculado às regras que regem a Administração Pública.

499. O termo de referência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 prevê (peça 34, p. 2):

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. (sem grifos no original)

500. Assim, há a previsão explícita de que o MCTIC pode autorizar o uso de sua infraestrutura por terceiros para a prestação de outros serviços sem que estejam previstas as condições mínimas exigidas para tal compartilhamento, como: quais os critérios a serem seguidos 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; qual instrumento jurídico formalizará o acordo; etc.

501. Caso o ministério entenda que é importante para a política pública permitir o compartilhamento da infraestrutura do Gesac, como foi previsto na cláusula 7.4.6 do termo de referência do MCTIC 02.0040.00/2017, é necessário que essa escolha esteja devidamente motivada e que seja feita com base em critérios previamente definidos, respeitando a transparência, a isonomia e a impessoalidade exigida da Administração.

502. Ainda que a referida cláusula não restrinja o compartilhamento a nenhuma entidade ou pessoa específica, está inserida em um contrato exclusivo com a Telebras sem garantir o conhecimento e o acesso a essas condições aos demais provedores.

503. O fornecimento de redes comunitárias, previstas no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, consiste em uma ação que inclusive já faz parte de outras políticas públicas conduzidas pelo MCTIC, como as redes comunitárias previstas no programa de Cidades Digitais, e existem diversas formas e tecnologias que podem ser utilizadas na construção dessas redes.

504. No caso do Gesac, a construção de redes comunitárias não depende exclusivamente do fornecedor da conexão satelital, podendo outros fornecedores construir a rede local que será conectada ao acesso satelital. Embora a Telebras tenha sido contratada pelo MCTIC para fornecer banda larga para os pontos do Gesac, não está vinculado a essa contratação o benefício de se poder usufruir da infraestrutura construída para prestar outros serviços da empresa, como seria o caso das redes comunitárias.

505. *Para que esse compartilhamento seja realizado, é necessário que sejam cumpridos requisitos e procedimentos que garantam a transparência do processo de escolha, além da isonomia e impessoalidade exigida do MCTIC.*

506. *Primeiramente, deve ser considerado se o compartilhamento da infraestrutura do Gesac resultará em atividades que gerem receitas, ou não, a terceiros.*

507. *Caso não gerem receitas ou lucros a terceiros, é razoável e salutar o compartilhamento da rede do Gesac de forma não onerosa desde que o MCTIC entenda que o fornecimento dessas redes comunitárias está em consonância com a política pública e desde que respeitados os princípios da administração pública.*

508. *Entretanto, caso o uso da infraestrutura do Gesac resulte em atividades comerciais que tenham como objetivo a obtenção de receitas e lucros por terceiros, esse compartilhamento só poderá ser permitido se respeitados os critérios estabelecidos previamente pelo ministério, em que deve necessariamente ser considerado:*

a) se é possível e vantajoso realizar processo competitivo de escolha da empresa que fornecerá a rede comunitária e usufruirá da infraestrutura pública do Gesac, atendendo aos princípios constitucionais de isonomia, publicidade e impessoalidade;

b) e, em caso de processo competitivo ou não, qual seria o valor justo devido, pelo terceiro, ao poder público diante do uso do patrimônio afeto à União para fins lucrativos da empresa, em respeito ao princípio do interesse público e da economicidade.

509. *Observa-se que, mesmo que a Administração entenda que o processo competitivo não seja o mais vantajoso no caso concreto, ainda assim é necessária a ponderação de qual o valor deve ser compensado à União pelo uso da infraestrutura custeada pelo poder público, sob o risco de haver enriquecimento sem causa do terceiro, conforme previsto no art. 884 da Lei 10.406/2002, caso ele obtenha receitas sem pagar pelos custos incorridos pela União.*

510. *A definição dos critérios de compartilhamento sobre o uso da infraestrutura do Gesac em atividades que gerem receitas a terceiros se torna um tema ainda mais relevante quando considerada a situação atual da Telebras.*

511. *Em 2017, por meio da Portaria MCTIC 7.154, de 6/12/2017, o programa Gesac passou a ter duas modalidades. A primeira, chamada de Gesac, consiste no fornecimento de conectividade à internet contratada e financiada pelo MCTIC, cujos destinatários são as instituições públicas, escolas e entidades de cunho social localizadas em regiões remotas e carentes de infraestrutura de telecomunicações. O objeto do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 que será executado pela Telebras está inserido no âmbito dessa modalidade.*

512. *Já a segunda modalidade, chamada de “Internet para Todos”, consiste no fornecimento de internet aos usuários finais das localidades remotas, sendo a conexão contratada e paga pelo próprio usuário, mas viabilizada pelas condições trazidas pelo “novo” Gesac, em conjunto com fornecedores que se cadastrem no programa. Ressalta-se que a Telebras é um dos fornecedores credenciados para prestar os serviços do IT.*

513. *Ao analisar as duas modalidades, é possível verificar que há uma consonância entre o perfil de localidades a serem atendidas, dado que ambas são destinadas ao atendimento de comunidades remotas com oferta inadequada, embora o Gesac seja destinado a atender instituições e o “Internet para Todos” os usuários finais.*

514. *Por se tratar de uma única empresa prestando o mesmo tipo de serviço em uma mesma localidade, há o risco de que ocorra um compartilhamento indevido. Isso porque a Telebras, enquanto detentora do contrato do Gesac, embora no Internet para Todos esteja desempenhando atividade econômica com fins lucrativos assim como qualquer outra operadora do mercado privado, poderá ser indevidamente beneficiada ao obter receitas a partir do uso de uma infraestrutura custeada pelo poder público sem que haja qualquer tipo de compensação à União e sem que tal condição tenha sido ofertada para os demais potenciais prestadores de serviço, e por não fazer parte das condições originais da contratação realizada por Inexigibilidade.*

515. Ressalta-se que os serviços do Gesac não têm relação alguma com outros serviços prestados pela Telebras, como seria o caso de um fornecimento de redes comunitárias em que o usuário paga pelo seu uso.

516. Ainda que previsto na cláusula 7.4.6 do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, uma possível permissão dada pelo MCTIC para que a Telebras, uma empresa de economia mista, competindo em mercado, usufrua da infraestrutura do Gesac em atividades que gerem receitas sem que haja compensação financeira à União, pode resultar em uma violação dos princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência, além indicar enriquecimento sem causa da estatal, e dano ao erário por não estar sendo ressarcido devidamente pelo uso de uma infraestrutura custeada pela União.

517. Os riscos apontados acima já tinham sido identificados pela Unidade Técnica do TCU, em maio de 2018, de modo que foi feita diligência à Telebras para que esclarecesse o tema (peça 7, p. 3):

b.2) com relação programa Internet para Todos anunciado pelo MCTIC em parceria com a Telebras e constante no site do ministério:

(...)

b.2.7) considerando o modelo constante em nota técnica 01/2018/2000/3000/4000/1000 da Telebras, **qual o processo operacional será adotado para reduzir a assimetria de informações e diferenciar os pontos, incluindo seus custos e receitas, atendidos pela Telebras no Gesac, atendidos pela Telebras para prestar o Internet para Todos e atendidos pela parceira escolhida pela estatal para prestar o Internet para Todos?** (grifos nossos)

518. Em sua resposta, a Telebras não apresentou nenhuma informação que esclarecesse como seriam diferenciados os pontos do Internet para Todos e do Gesac. Somente afirmou que “o processo operacional a ser adotado dependerá do tipo de localidade, se for classificado como projeto especial ou se poderá ser atendido de forma direta pela parceira Viasat” (peça 16, p. 7).

519. Diante do exposto, em consonância com os princípios constitucionais de isonomia, impessoalidade, economicidade e interesse público, propõe-se determinar ao MCTIC que, caso entenda que a infraestrutura implementada no programa Gesac seja passível de compartilhamento por 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 qual o processo a ser cumprido, 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;

d) qual instrumento jurídico formalizará o acordo.

520. Propõe-se também determinar ao MCTIC que promova 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 ou comerciais.

VII.3. Indícios de falta de transparência na expansão da isenção tributária prevista para o programa Gesac

521. O relatório do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, apontou outro risco mapeado no programa IT, relacionado com a isenção tributária nele prevista.

522. 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.

523. Entretanto, foi identificado que, por meio da Portaria MCTIC 7.154, de 6/12/2017, o MCTIC promoveu uma mudança significativa na abrangência do programa, dado que o Gesac anteriormente previa o fornecimento de conectividade à internet somente a instituições públicas, escolas e entidades de cunho social e agora passou a prever também o atendimento a todos os usuários finais das localidades do Internet para Todos.

524. Tal mudança resultou no fato de que a isenção de ICMS passou a ser aplicável não somente nos pontos que atendem instituições do antigo Gesac, mas também a todos os provedores que prestarão serviços nas 43 mil localidades elencadas no Internet para Todos. Isso significa que está sendo ampliada a abrangência da isenção de ICMS que era originalmente aplicada somente aos fornecedores do Gesac, passando a ser aplicável também a qualquer prestadora de serviço de telecomunicações naquelas localidades.

525. Em diligência ao ministério, constatou-se que o Confaz não foi informado nem consultado a respeito dessa alteração de escopo do programa Gesac pelo MCTIC (peça 22, p. 18). Esse fato gera o risco de que eventual ciência e discordância, pelo Conselho, da ampliação do montante de pontos sujeitos à isenção tributária sendo importante que o MCTIC avalie a necessidade ou não de uma ratificação pelo Confaz dessa expansão.

526. Embora o Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, em análise perfunctória, já tenha apontado os riscos vinculados à ausência de ciência, pelo Confaz, da alteração da dimensão do programa, nas respostas à oitiva o ministério não abordou o tema nem apresentou medidas que pudessem amenizá-los.

527. Registra-se que a presente análise se restringe somente à forma de atuação do MCTIC e sua segurança jurídica, não havendo qualquer objeção à ampliação ou redução da isenção tributária desde que o processo seja devidamente conduzido e desde que seja uma escolha relevante para a política pública de inclusão digital ou outras políticas de Estado.

528. A atuação do MCTIC, além de prejudicar a transparência dos atos da Administração Pública, fere o princípio de segurança jurídica, previsto no art. 2º da Lei 9.784/1999.

529. Diante do exposto, propõe-se recomendar ao MCTIC que avalie a conveniência e 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 chamada “Internet para Todos”, podendo inclusive afetar a política pública vinculada ao programa como um todo.

VIII. Avaliação geral da regularidade da atuação do MCTIC e do contrato MCTIC 02.0040.00/2017

530. Ao longo da instrução, foram identificadas irregularidades no processo de contratação da Telebras conduzido pelo MCTIC. Em diversas das seções anteriores foi apontada uma conduta irregular do ministério, visto que não foram suficientemente motivadas as escolhas adotadas pelo órgão à época da contratação, de forma que se faz relevante avaliar a atuação do ministério, como um todo, no processo em discussão nos autos.

531. Na seção I da presente instrução, constatou-se direcionamento com a concessão de vantagens à Telebras impensáveis se destinada a qualquer empresa privada. Isso foi evidenciado principalmente pela ausência de informações e justificativas para a contratação da Telebras por inexigibilidade, pelo histórico de tramitação do processo de contratação e pelas melhores condições ofertadas à Telebras em comparação com aquelas ofertadas em contratos anteriores ou que serviram de consulta ao mercado.

532. Além disso, foi identificado que o MCTIC não atuou com a devida prudência e cuidado necessários a situação, para assegurar que fossem mitigados os riscos de inexecução contratual

dos serviços do Gesac, de forma que houve ausência de cautela e zelo do ministério, que deve atuar sempre na defesa do interesse público e do erário, e tem como dever legal motivar adequadamente seus atos de forma justificar suas escolhas, atestando a observância dos princípios constitucionais da isonomia, transparência, impessoalidade, eficiência, economicidade, bem como toda a legislação relacionada.

533. *É evidente a ausência de cautela e motivação do MCTIC constatada em diversos procedimentos conduzidos pelo órgão no âmbito da contratação da Telebras, conforme se segue:*

a) ausência de análises e motivação, à época da contratação, pelo MCTIC ao definir a tecnologia específica a ser contratada;

b) não comprovação, pelo ministério, da vantajosidade da escolha de contratação por lote e fornecedor únicos, que resultou na inexigibilidade de licitação, diante da ausência das devidas análises quanto à melhor forma de divisão do objeto a ser contratado no programa Gesac e da ausência de estudos adequados que pudessem comprovar o benefício financeiro em contratar por lote único;

c) elaboração intempestiva (quase nove meses depois da assinatura do contrato) de estudos que, embora insuficientes, analisassem de forma um pouco mais detalhada as variáveis que permeiam a decisão da contratação por lote único ou por vários lotes;

d) quanto aos aspectos de qualificação financeira, à época da contratação, o MCTIC deixou de avaliar os riscos de contratar uma empresa historicamente deficitária que não cumpriria os requisitos financeiros para participar de procedimento licitatório;

e) quanto aos aspectos de qualificação técnica, na assinatura do contrato o ministério não ponderou os riscos de contratar uma empresa que sequer possuía a operação do satélite em banda Ka definida nem possuía experiência com a prestação desse serviço com outros clientes, como foi exigido nas licitações passadas do Gesac;

f) não foi identificada nenhuma análise objetiva sobre o impacto do pagamento antecipado de R\$ 60 milhões no preço contratado e foi constatada a ausência de avaliação e de comprovação, à época da contratação, de que o valor antecipado resultou em real vantajosidade para o Erário, avaliação essa que só foi elaborada quase nove meses após a contratação e, mesmo assim, sem que se pudesse comprovar que o preço original seria efetivamente o preço de mercado;

g) com relação à comprovação da compatibilidade de preços da Telebras com os de mercado, as análises feitas à época da contratação pelo ministério e posteriormente em resposta à oitiva foram superficiais e com pouca base comprobatória, não sendo capazes de atestar essa compatibilidade;

h) ainda sobre a adequação dos preços da Telebras, as análises apresentadas ao TCU nove meses após a assinatura do contrato possuem fragilidades e premissas não comprovadas que impedem uma valoração dos preços com algum grau de exatidão;

i) sobre a escolha do prazo contratual de 60 meses, não foram encontrados nos autos elementos que comprovassem que o ministério realizou, à época da contratação, qualquer tipo de análise sobre o impacto do extenso prazo escolhido nos preços e nas condições dos serviços do programa Gesac.

534. *Assim, é possível concluir que as informações constantes nos autos do processo administrativo de contratação da Telebras não eram capazes de justificar a contratação por inexigibilidade da Telebras, estando ausentes diversas informações essenciais para a correta tomada de decisão. Potencializam as falhas o fato de haver manifestação da AGU alertando os gestores do MCTIC a respeito de uma série de omissões. Tal alerta, se foi examinado, o foi de modo superficial e desconsiderado, pois a assinatura do contrato com a Telebras ocorreu poucas horas após a emissão do parecer da AGU e com os vícios objeto de alerta.*

535. *Agrava a situação o fato de, mesmo 10 meses após a assinatura do contrato, o MCTIC não ter sido capaz de justificar adequadamente a inexigibilidade da licitação, não comprovando ser a única solução possível, nem sequer ser a melhor solução, tendo dificuldades também em comprovar objetivamente a compatibilidade dos preços contratados com o mercado.*

536. Fazendo uma comparação das questões que foram objeto de oitiva, transcritas abaixo, com as análises apresentadas na presente instrução, que foram resumidas no conteúdo entre parênteses e em destaque abaixo, tem-se:

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 condições ao assinar o contrato, em desrespeito aos arts. 27, incisos I, II e III, e 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU;

(Análise: Irregularidade parcialmente confirmada nos parágrafos 225, 240, 243, 250, 255, e 260 a 262)

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;

(Análise: Irregularidade parcialmente confirmada nos parágrafos 423, 424, e 426 à 433)

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;

(Análise: Irregularidade não confirmada para escolha da banda Ka mas confirmada para a definição do lote único nacional nos parágrafos 188 e anteriores e nos parágrafos 346, 350, 369, 374 e 423)

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;

(Análise: Irregularidades parcialmente confirmadas nos parágrafos 291 à 294, 323 à 326 e 426)

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;

(Análise: irregularidade parcialmente confirmada nos parágrafos 225, 240, 243, 254, 250, 260 a e 262, sobre condições técnicas e financeiras, e nos parágrafos 275 à 279, sobre não execução das multas.)

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.

(Análise: irregularidade não confirmada)

537. **Soma-se às análises acima a constatação de que as irregularidades confirmadas anteriormente afetam a adequação do prazo contratual de 60 meses, conforme parágrafos 472 à 475.**

538. **Assim, conforme apontado anteriormente, as informações apresentadas pelos MCTIC e Telebras não justificaram devidamente a contratação por inexigibilidade da estatal nem as**

condições estabelecidas no contrato. Essa conclusão leva ao entendimento que, diante das irregularidades constatadas, há elementos suficientes para se determinar a anulação do contrato MCTIC 02.0040.00/2017.

539. Antes de se promover qualquer deliberação nesse sentido, buscou-se compreender os efeitos e os impactos que tal medida provocaria no contexto em que se encontra o caso concreto analisado.

540. O contrato MCTIC 02.0040.00/2017 foi elaborado por meio de processos administrativos eivados de irregularidades e existem incertezas quanto à efetiva adequação dos preços e do modelo contratado. Entretanto, sabe-se que a anulação do acordo implicaria no início de novo processo de contratação e licitação, o que perduraria por prazo indeterminado, até que um novo contrato pudesse ser realizado e executado. Isso na hipótese de que tudo ocorresse bem na licitação, pois o atraso poderia ser ainda pior caso houvesse problemas na nova contratação.

541. Naturalmente, isso implicaria na paralisação, por prazo indefinido, da expansão e melhoria da política pública de inclusão digital atrelada ao programa Gesac. A importância dessa política pública já foi apontada pelo próprio TCU, conforme Acórdão 2.151/2015-TCU-Plenário, relator Mi. Bruno Dantas, e também na recente avaliação do Tribunal sobre a política de banda larga do Brasil, Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes.

542. Sobre a relação do programa Gesac com a política pública de inclusão digital conduzida pelo Estado brasileiro, o MCTIC afirmou (peça 34):

4.5. O Programa Gesac, gerido pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, oferece serviços de conexão à internet, seja para utilização e busca de serviços e informações de governo, seja para acesso à Internet pública. Constitui-se em uma ferramenta de comunicação aberta a toda a sociedade brasileira e que contribui para a universalização do acesso à internet em nosso país. São objetivos do Programa GESAC:

- promover a inclusão digital, por meio do fornecimento de conexão à internet em banda larga, inclusive naquelas localidades onde inexista oferta adequada de conexão à Internet;
- apoiar comunidades em estado de vulnerabilidade social, localizadas em áreas rurais, remotas e nas periferias urbanas;
- ampliar o provimento de acesso à internet em banda larga para instituições públicas, com prioridade para regiões remotas e de fronteira;
- apoiar órgãos governamentais em ações de governo eletrônico;
- contribuir para a ampliação do acesso à internet em consonância com outros programas de governo, em especial com o Plano Nacional de Banda Larga – PNB.L.

4.6. Criado em 13 de março de 2002, esse programa se constitui como uma das mais importantes iniciativas de inclusão digital do Governo Federal. É uma ação estruturante que serve de alicerce para outras iniciativas governamentais, sejam de inclusão digital, como telecentros, bibliotecas, escolas ou de ações para viabilizar a atuação e presença do poder público, como postos de fronteira, CRAS, unidades de saúde, unidades de pesquisa.

543. **Verifica-se que a execução do programa Gesac está vinculada a uma relevante política pública de inclusão digital do MCTIC, que poderia ser afetada negativamente por atrasos na sua implementação. Além disso, resta claro que também será impactada, por tempo indeterminado, a política pública conduzida pelo Ministério da Educação, chamada Educação Conectada (peça 91, p. 7), cuja execução depende da conectividade das escolas à internet, além de outras políticas públicas.**

544. Conforme apontado na presente instrução, sobre os autos pairam dúvidas que dificultam a caracterização objetiva de que os preços do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 não

estão compatíveis com os de mercado e incertezas quanto aos resultados possivelmente obtidos se o objeto fosse contratado por meio de divisão de lotes.

545. **No entanto, conforme apontado na seção VI, foi possível constatar que a redução do prazo contratual para, no máximo, 36 meses tem o condão de mitigar os riscos vinculados às incertezas que permeiam a contratação do MCTIC. Isso porque permite a continuidade do programa, reduzindo impactos às políticas públicas atreladas a ele, porém garantindo que o MCTIC usufrua, em curto espaço de tempo, da tendência identificada na seção VI da instrução referente à redução do valor dos serviços e ao aumento da cobertura satelital em banda Ka do território brasileiro nos próximos anos.**

546. *A tendência mencionada é resultado do aumento da competição entre os prestadores de serviço e uma crescente disponibilização de serviços em banda Ka no território nacional e de outras tecnologias satelitais mais modernas e que otimizam os custos e qualidade dos serviços satelitais.*

547. *Rememora-se que, em breve, se iniciará a operação de satélites já lançados, como o da empresa Yahsat (peça 111), em que há indícios de que sua cobertura ampliará a extensão territorial brasileira coberta por outros satélites que não sejam o da Telebras, e também está previsto, em breve, o lançamento de novos satélites que aumentam significativamente a área coberta por outros satélites no Brasil, como exemplo, o conjunto de satélites da empresa Viasat que também cobrirá o território brasileiro e cuja previsão de início de operação é 2020 (peça 112), entre outros.*

548. **Soma-se às ações para mitigação dos riscos da continuidade da vigência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 a outra proposta de encaminhamento contida na seção VI do presente relatório, que prevê determinar ao MCTIC que inclua cláusula que preveja a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do acordo, na hipótese de ser constatada variação dos preços de mercado que importem em redução dos custos dos serviços contratados.**

549. Observou-se na jurisprudência do TCU a busca pela razoabilidade quando ponderado o interesse público perante a continuidade de vigência de contratos com problemas. Por meio do Acórdão 2579/2009 Plenário, de relatoria do Min. Relator Augusto Sherman, o Tribunal decidiu, excepcionalmente, em razão do interesse público envolvido na manutenção do contrato e das demais circunstâncias presentes no caso concreto, consentir na manutenção do contrato celebrado até seu término, vedando-se prorrogações, de modo a impedir a descontinuidade do serviço prestado.

550. *Além do exposto, o relatório do Acórdão 1.223/2017-TCU-Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, afirmou:*

Resta, por fim, analisar as consequências do manifesto prejuízo à competitividade decorrente da opção da APF pela prestação do serviço (...) em face do disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993: “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”, que preceitua que “a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

Quanto a este tema, registro que, em regra, o ato eivado de ilegalidade deve ser excluído da ordem jurídica, por ser com ela incompatível. A moderna doutrina administrativista em torno da teoria das nulidades, no entanto, tem admitido a preservação dos efeitos de atos administrativos ilegais quando o seu desfazimento estiver em desacordo com o interesse público subjacente à prática do ato. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho de artigo escrito por Adilson Abreu Dallari:

“A doutrina nacional no mesmo sentido é copiosa, conforme se passa a demonstrar, a começar pelo magistério de SEABRA FAGUNDES, do alto de sua reconhecida autoridade jurídica e moral:

'A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.' SEABRA FAGUNDES ('O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário', 6ª ed., Editora Saraiva, 1994, pág. 39 e 40).

Obviamente, nem sempre um ato viciado pode ser mantido. A regra é no sentido de que não o seja. Mas, diante de certas circunstâncias, atendidas determinadas condições, que são expostas por MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS ('Revogação e anulação no procedimento licitatório', in 'Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos', Forense Universitária, São Paulo, 1995, p. 139), não há razão para, inexoravelmente, automaticamente, desconstituir o ato praticado:

'Convém observar, por fim, que os conceitos de atos nulos e anuláveis extraídos do direito civil não se aplicam, na íntegra, ao direito administrativo. Em razão de tal circunstância, um ato mesmo ilegal, poderá ser mantido se: a) a sua anulação for mais prejudicial ao interesse público que sua manutenção (ou convalidação); e b) não decorrer de dolo, nem causar prejuízo ao erário ou a terceiros'.

Na verdade, a decisão de anular ou manter o ato maculado por vício formal vai depender do exame aprofundado de cada caso concreto, mas, sempre, em função da melhor forma de satisfazer o interesse público:

'Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato'. (ODETE MEDAUAR, 'Direito Administrativo Moderno', RT, São Paulo, 1996, pág. 180).

Até mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ('Curso de direito Administrativo', 13ª ed., 2001, Malheiros Editores, p. 419), cuja reverência ao princípio da legalidade é deveras conhecida, não hesita em afirmar que, em certas circunstâncias, é a manutenção do ato viciado que serve para dar aplicação concreta a esse princípio:

'Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos'.

Uma das primeiras e mais vigorosas manifestações nesse sentido, e que já se tornou clássica, também pela reconhecida autoridade de seu eminente autor, que soube magistralmente proceder a um contemperamento de princípios jurídicos, extraído daí um dever de não anular, é a seguinte:

'É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existem quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido'. (ALMIRO DO

COUTO E SILVA, 'Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo', RDP 84, outubro-dezembro de 1987, p. 61).

PAULO NEVES DE CARVALHO, ('Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação', Boletim de Direito Administrativo, nº 10, p. 651) de maneira direta e objetiva, salienta que o norte, para a tomada de decisão, há de ser sempre o interesse público:

'Uma das idéias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público.'

(...) ” (in *Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006 – grifou-se).

Esta Corte de Contas também já se debruçou sobre o tema, autorizando a continuidade da execução de contrato administrativo já celebrado oriundo de licitação em que se verificou a ocorrência de violação a cláusula do edital referente à qualificação econômico-financeira da licitante. Trata-se do Acórdão nº 1.102/2008-TCU-Plenário, Relator VALMIR CAMPELO, de cuja ementa se extrai o seguinte:

“REPRESENTAÇÃO. CERTAME LICITATÓRIO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE LICITANTE. CONTRATO SUBSEQÜENTE JÁ EM FASE DE EXECUÇÃO HÁ VÁRIOS MESES. ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO. ANULAÇÃO NÃO RECOMENDADA. AUTORIZAÇÃO PARA CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRATUAL EM CARÁTER EXCEPCIONAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

1. Em caráter excepcional, autoriza-se a continuidade da execução do contrato objeto da representação examinada, em face das circunstâncias especiais que justificaram sua celebração e que desaconselham sua anulação.

2. Reconhece-se aqui o atendimento ao interesse público, tendo em vista o princípio da convalidação do fático, a tutela da boa-fé, os princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da razoabilidade, a inexistência de dano ao erário e o princípio da economicidade. ”

Nos presentes autos, diante da documentação constante dos autos, das manifestações da unidade técnica e do que restou decidido no Acórdão nº 214/2017-Plenário, que apreciou recursos de agravo interpostos pela Shalom Taxi Serviços de Agenciamento e Intermediação de Pagamento de Corridas de Taxi Ltda. – ME e pela Cooperativa de Transporte Rodoviário – COOPERTRAN Ltda. contra decisão que deferiu parcialmente o pedido de medida liminar formulado, ***entendo que o interesse público estará melhor atendido caso se autorize, de forma excepcional, a continuidade dos contratos já celebrados.*** (grifos nossos)

551. Diante do exposto, excepcionalmente, tendo em vista a importância para o país da continuidade das políticas públicas atreladas ao programa Gesac, como a de inclusão digital do MCTIC e a denominada Educação Conectada do Ministério da Educação, e o fato de que os riscos contratuais identificados podem ser mitigados com a redução do prazo contratual da contratação e com a inclusão de cláusula que preveja reequilíbrio econômico-financeiro do acordo diante da redução dos custos dos serviços contratados, propõe-se a retirada da cautelar dada pelo Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, permitindo a continuidade do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 somente após os ajustes determinados pelo TCU, em respeito ao princípio constitucional do interesse público e em consonância com a jurisprudência do TCU.

552. *Conforme citado na sessão III da presente instrução, o atual acordo entre a Telebras e a empresa parceira para operacionalizar o satélite ainda está pendente de análise de mérito pelo TCU no TC 022.981/2018-7.*

553. *Independentemente do que ocorrer com o referido acordo, permanece a obrigação contratual de a estatal prestar o serviço previsto no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, seja por conta própria ou mesmo se associando com grandes empresas do setor com experiência em operação de satélites, ainda que tenham que ocorrer ajustes nas formas de negociação ou nas condições negociadas.*

554. *Diante da incerteza da capacidade técnica da Telebras em prestar o serviço, tendo em vista a possibilidade de cancelamento do atual modelo de operacionalização do satélite da estatal em parceria com a empresa Viasat, o que gerará a impossibilidade da prestação do programa Gesac por longo período de tempo, e diante dos apontamentos feitos na presente instrução, entende-se ser necessário determinar ao MCTIC que anule o contrato MCTIC 02.0040.00/2017 em caso da impossibilidade de execução do objeto contratual por parte da Telebras decorrente da anulação de seu contrato de parceria com a Viasat.*

555. *Não obstante aos fatores apontados acima, sabe-se da importância da cautela e zelo profissional dos agentes públicos, que devem atuar na defesa do interesse público e do erário e devem motivar seus atos adequadamente.*

556. *O entendimento é fundamentado nos princípios da motivação, finalidade e interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999, no art. 26 da Lei 8.666/1993 e na jurisprudência do TCU, conforme Acórdão 487/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, que destaca a importância da cautela e do zelo requeridos dos agentes públicos.*

557. *No entanto, conforme ao longo do presente relatório, principalmente na seção I e na presente seção, foi possível constatar que o MCTIC optou pela contratação por inexigibilidade de licitação da Telebras sem que tivesse informações mínimas que pudessem evidenciar que essa era efetivamente a melhor ou a única solução para a prestação do serviço no âmbito do Gesac e que essa decisão estaria em conformidade com a lei, mesmo sendo devidamente alertado por parecer produzido pela AGU antes da assinatura do contrato com a Telebras.*

558. *Diante do exposto, com fundamento no art. 43 da Resolução TCU 259/2014, propõe-se que seja autorizada a autuação de processo apartado para apurar a responsabilidade no âmbito da MCTIC pela não adoção das medidas e requisitos necessários para a comprovação da conformidade das escolhas realizadas no processo de contratação direta da Telebras por inexigibilidade de licitação por meio do MCTIC 02.0040.00/2017.*

559. *Por fim, registre-se que a Instrução Normativa 5, de maio de 2017, dispõe sobre regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. No normativo, são previstas as fases a serem seguidas pelos órgãos públicos e os requisitos a serem cumpridos.*

560. *O art. 24 da referida IN 5/2017 prevê, na fase de planejamento da contratação:*

Art. 24. Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, conforme as diretrizes constantes do Anexo III.

§ 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

I - necessidade da contratação;

II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;

V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativas de preços ou preços referenciais;

VII - descrição da solução como um todo;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

X - providências para adequação do ambiente do órgão;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e

XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

§ 2º Os Estudos Preliminares devem obrigatoriamente conter o disposto nos incisos I, IV, VI, VIII e XII do parágrafo anterior. (grifos nossos)

561. *É evidente que o normativo prevê a necessidade de um planejamento prévio que estude e analise justamente os pontos que, no presente processo, foram apontados como carentes de elementos comprobatórios pelo ministério.*

562. *Ao se basear em análises frágeis e incompletas ao decidir pela inexigibilidade e contratação da Telebras, o ministério assumiu o risco de prejuízos ao interesse público pois não se assegurou, por meio das devidas análise e dados, de qual seria o resultado final da contratação. Nesse contexto, é importante garantir que as inconformidades ocorridas no processo de contratação da Telebras não ocorram nos futuros processos conduzidos pelo MCTIC.*

563. *A IN 5/2017 não era de observação obrigatória à época do processo do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, devido à regra de transição estabelecida na publicação do referido normativo, que definia que ele não era aplicável aos processos autuados antes de setembro de 2017, como foi o caso do processo do MCTIC, registrado em agosto daquele ano.*

564. *Entretanto, é latente que os requisitos listados acima e os demais existentes na norma, além das exigências legais, devem ser respeitados nos próximos processos de contratação conduzidos pelo MCTIC referentes a serviços destinados a executar uma política pública. Nas futuras contratações e negociações do ministério, não será admitida a ausência dos elementos comprobatórios e das análises necessárias à conformidade do processo de licitação e contratação, como ocorreu parcialmente na contratação da Telebras.*

565. *Diante do exposto, com fundamento nos princípios da legalidade, motivação, interesse público e eficiência, que regem a Administração Pública, c/c o disposto na Instrução Normativa 5 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, de 26 maio de 2017, propõe-se determinar ao MCTIC que, nas próximas contratações de serviços, em especial nos destinados a executar políticas públicas, sejam previamente avaliados e devidamente fundamentados, por meio de cálculos e dados concretos, os requisitos necessários para a comprovação da conformidade das escolhas realizadas no processo de contratação, comprovando necessariamente, além de outros requisitos necessários:*

a) adequação da divisão em lotes e, caso a divisão não seja possível, avaliação aprofundada sobre a razão da referida inviabilidade;

b) capacidade técnica e financeira das potenciais empresas a serem contratadas;

c) compatibilidade dos preços a serem contratados com os preços de mercado;

d) adequação do prazo contratual;

e) existência de interesse público nas condições de pagamentos a serem estabelecidas.

CONCLUSÃO

566. *Cuidam os autos de representação com pedido de cautelar formulada pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTelebrasil), em face de possíveis irregularidades na contratação da Telebras pelo MCTIC para a prestação dos serviços destinados ao programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac), por meio do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017.*

567. Em 25/7/2018, por meio do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, o Tribunal adotou medida cautelar suspendendo e determinando oitiva à Telebras e ao MCTIC. A presente instrução teve como objetivo avaliar as respostas à oitiva e os principais aspectos relacionados à referida contratação, conforme descrito sumariamente a seguir.

568. Inicialmente, foi realizada uma análise da atuação do MCTIC no processo de contratação da Telebras no acordo MCTIC 02.0040.00/2017, em que foi constatado que houve a alteração significativa do termo de referência após o seu envio aos possíveis fornecedores do mercado, o que implicou em tratamento desigual dos prestadores de serviço e maculou os processos de pesquisa de preço e de manifestação de interesse do mercado realizados antes da contratação dos serviços do Gesac (seção I).

569. Também foi identificado que, mesmo sendo questionado aos responsáveis desde maio de 2018, muitos dos elementos essenciais para a decisão de contratar a Telebras por inexigibilidade, incluindo estudos básicos que já deveriam ter sido realizados pelo ministério desde a data da contratação e que não foram feitos à época somente foram apresentados ao TCU em setembro de 2018, sendo essas informações essenciais para a análise de mérito dos autos (seção I).

570. A instrução analisou os 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 comprovações quanto às hipóteses legais que permitem sua excepcionalização.

571. Vale ressaltar que a Telebras é sociedade de economia mista com ações listadas em bolsa de valores e compete em igualdade de condições com outras empresas privadas no mercado satelital. A essa empresa não pode ser atribuída nenhum privilégio em sua contratação, a não ser aquele que a lei explicitamente possibilitar. No caso concreto, sua contratação não gozou de nenhum privilégio legislativo que pudesse distingui-la de qualquer outra empresa que prestasse serviço no mercado satelital, e deveriam ter sido observadas exclusivamente suas características enquanto empresa competidora nesse mercado.

572. Adentrando aos pontos de oitiva, havia sido questionada a real necessidade de ser exigido, pelo ministério, o atendimento dos pontos do Gesac somente por meio da tecnologia satelital em banda Ka. Concluiu-se que a especificação de uma tecnologia específica por parte do MCTIC para prestação desse serviço pode trazer prejuízos a competitividade de um eventual certame licitatório, ou mesmo impedir a utilização de tecnologias que atendessem os objetivos do programa de forma mais eficiente técnica e economicamente (seção II.1).

573. Entretanto, no caso concreto em tela, foi observado que os requisitos técnicos e os padrões de qualidade necessários à demanda do programa Gesac, no momento específico em que foi realizada a contratação, levariam a opção da prestação do serviço com a Banda Ka, mas nem sempre essa definição da tecnologia na contratação pode ser a escolha acertada (seção II.1).

574. Posteriormente, foi avaliada a motivação da decisão de o MCTIC exigir fornecedor único em lote nacional. Sobre o tema, concluiu-se que (seção II.2):

a) o MCTIC não realizou, à época da contratação, as devidas análises e fundamentações quanto à melhor forma de divisão do objeto a ser contratado e a comprovação do benefício financeiro em contratar por lote único;

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

c) cerca de 60% dos pontos do Gesac possuem pelo menos cobertura de uma operadora privada, havendo portanto potencial competição em caso de licitação

d) a divisão de lotes pode trazer custos logísticos proporcionalmente mais baratos que lote nacional, bem como 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 alcança. Por isso não há necessidade de se contratar

conjuntamente áreas mais atrativas com áreas menos atrativas (filé com osso) de forma a assegurar o atendimento das menos atrativas;

f) a divisão em lotes tende a implicar na possibilidade de aplicação mais eficiente dos recursos públicos, na medida em que garante transparência quanto aos custos a serem efetivamente pagos no atendimento de cada região e, assim, permite avaliar, com informações mais detalhadas, qual a melhor forma de alocar recursos;

g) os riscos de falhas operacionais ou problemas jurídicos em lote único poderiam comprometer o atendimento de todos os pontos do Gesac;

h) diante dos dados analisados, não é possível assegurar que a escolha do MCTIC quanto à contratação por lote e fornecedor único tenha sido vantajosa diante das demais opções, ao contrário, há elementos que indicam que a divisão em lotes poderia trazer vantagens econômicas ao MCTIC;

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.

j) a licitação é a regra constitucional que deve ser sempre observada. A não realização de licitação é exceção e somente pode ocorrer quando adequadamente justificada, o que não ocorreu no caso concreto.

575. *Também foi avaliado o indício de ausência de atendimento de requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira pela Telebras. A avaliação constatou que houve ausência de cautela e de devida motivação dos atos do MCTIC no processo de contratação da Telebras ao deixar de avaliar se a estatal tinha condições técnicas e financeiras de garantir a execução contratual (seção III.2).*

576. *No cenário atual, não há elementos suficientes para caracterizar a real inviabilidade financeira e técnica da Telebras em prestar os serviços previstos no programa Gesac e, por outro lado, também não se pode afirmar com segurança que a Telebras conseguirá prestar esses serviços (seções III.1 e III.2).*

577. *Ainda sobre a capacidade de execução dos serviços pela Telebras, a estatal solicitou que o início da instalação dos pontos, prevista originalmente para começar em abril de 2018, fosse adiado devido ao atraso na execução contratual resultado de impedimentos judiciais que questionaram o acordo de parceria que a estatal fez com empresa privada para operacionalizar o satélite.*

578. *Sobre esse ponto, a instrução ressaltou que tais impedimentos não têm relação alguma com o contrato MCTIC 02.0040.00/2017 e com a política pública vinculada a ele, se mantendo evidente a necessidade de cumprimento, pela Telebras, de suas obrigações contratuais junto ao ministério e estando sujeita às multas por atrasos e descumprimentos de deveres.*

579. *Diante da ausência de adoção, pelo ministério, das devidas sanções à Telebras diante do já comprovado atraso na execução do contrato do Gesac, o que implicaria em um favorecimento da estatal perante a outros fornecedores, foram propostas medidas com vistas a determinar que o MCTIC adote providências sobre o tema (seção III.3).*

580. *Foram avaliados os indícios de antecipação injustificada de R\$ 60 milhões em pagamento realizado antes da prestação do serviço e da assinatura do contrato. Inicialmente, sem entrar no mérito sobre a compatibilidade dos preços sem desconto dessa proposta com os de mercado e avaliando estritamente a comparação entre as duas propostas da Telebras, constataram-se indícios de que houve ganho financeiro para o ministério com as novas condições acordadas com a estatal.*

581. *No entanto, para garantir o efetivo interesse público nessa antecipação de valores, é essencial assegurar que a proposta inicial da Telebras já estivesse compatível com os preços de mercado, de modo a evitar que os preços iniciais tenham sido “inflados” originalmente, indo além dos preços de mercado, para depois resultar em um aparente desconto, significativo mas irreal (seção IV).*

582. *A referida análise, juntamente com outras, foi feita ao se avaliar indício de insuficiência de comprovação da equivalência do preço contratado com a Telebras com o preço de mercado (seção V.1). Além disso, é requisito essencial para a realização de adiantamento a dação de garantia para salvaguardar o erário, o que não ocorreu.*

583. *Registre-se que anteriormente à contratação por inexigibilidade, o MCTIC não consultou, injustificadamente, a empresa Hughes, maior fornecedora de serviço satelital em banda Ka no Brasil sobre preços e serviços. Tal fato tornou difícil a comprovação da adequação do preço contratado com a Telebras (seção V.1).*

584. *Foi apontado que as análises feitas à época da contratação e posteriormente em resposta à oitiva foram superficiais e com pouca base comprobatória e que, conforme análises elaboradas pelo MCTIC nove meses depois da assinatura do contrato, não houve a comprovação de que os preços estariam aderentes ao mercado. Há indícios de que os preços da estatal podem não estar atualmente compatíveis com os de mercado, mas tendem a serem mais competitivos diante da ampliação prevista para o programa Gesac com consumo de dados mais elevados. Assim, conclui-se que não há elementos suficientes para atestar, em tese, que o preço se encontra acima ou abaixo do valor de mercado, dependendo de inúmeras variáveis e premissas de difícil mensuração que impedem uma valoração com certo grau de exatidão (seção V.2).*

585. *A referida dificuldade de avaliação da compatibilidade dos preços da Telebras com os de mercado, impede a comprovação de ter havido interesse público no pagamento antecipado de R\$ 60 milhões pelo MCTIC.*

586. *Foi objeto de avaliação da presente instrução a escolha do prazo contratual de 60 meses para o Contrato MCTIC 02.0040.00/2017. A adoção de prazos contratuais de 60 meses é uma exceção que vai de encontro com a jurisprudência majoritária do TCU de modo que essa escolha deve ser bem motivada e fundamentada.*

587. *Entretanto, 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, mas que permitisse que o ministério usufruísse dos ganhos de eficiência do mercado e da redução de preços reflexo da operação de novos satélite e tecnologias já previstas nos próximos anos (seção VI).*

588. *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 por meio de isenção fiscal de ICMS às operadoras que se cadastrem no programa.*

589. *Primeiramente, verificou-se que, embora a Telebras tenha se credenciado no programa, atualmente não há previsão normativa para atuação da estatal nesse sentido (seção VII.1). Além disso, foram constatadas omissões contratuais que trazem riscos caso ocorra compartilhamento da infraestrutura do Gesac para a prestação do serviço “Internet para Todos” pela estatal.*

590. *Há a previsão explícita de que o MCTIC pode autorizar o uso de sua infraestrutura por terceiros para a prestação de outros serviços. Ocorre que foi prevista tal autorização sem que estejam previstas as condições mínimas exigidas para tal compartilhamento, como: quais os critérios a serem seguidos 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; qual instrumento jurídico formalizará o acordo; etc (seção VII.2).*

591. *Sobre o tema, concluiu-se que, caso o uso da infraestrutura do Gesac resulte em atividades comerciais que tenham como objetivo a obtenção de receitas e lucros por terceiros, esse compartilhamento só poderá ser permitido se ocorrer processo competitivo público. Mesmo que a Administração entenda que o processo competitivo não seja o mais vantajoso no caso concreto, ainda assim é necessária a ponderação de qual o valor deve ser compensado à União pelo uso da*

infraestrutura custeada pelo poder público, sob o risco de haver enriquecimento sem causa do terceiro, conforme previsto no art. 884 da Lei 10.406/2002, caso ele obtenha receitas sem pagar pelos custos incorridos pela União (seção VII.2).

592. *Por fim, ainda com relação ao Internet para Todos, foram constatados 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 nem consultado a respeito da alteração de escopo do programa Gesac pelo MCTIC e da consequente ampliação dos efeitos da isenção autorizada por meio do Convênio ICMS 141/2007 (seção VIII.3).*

593. *Diante de tudo que foi apontado na presente instrução, foi feita uma avaliação geral da regularidade da atuação do MCTIC e do contrato MCTIC 02.0040.00/2017.*

594. *Conclui-se que as informações constantes nos autos do processo administrativo de contratação da Telebras não eram capazes de justificar a contratação por inexigibilidade da Telebras, estando ausentes diversas informações essenciais para a correta tomada de decisão. Potencializam as falhas o fato de haver manifestação da AGU alertando os gestores do MCTIC a respeito de uma série de omissões. Tal alerta, se foi examinado, o foi de modo superficial e desconsiderado, pois a assinatura do contrato com a Telebras ocorreu poucas horas após a emissão do parecer da AGU e com os vícios objeto de alerta.*

595. *Registre-se que todas análises elaboradas na presente instrução só puderam ser efetivamente concluídas a partir dos dados encaminhados ao TCU somente em 19/9/2018, ainda que tais elementos comprobatórios já tivessem sido questionados aos responsáveis na diligência encaminhada em maio de 2018, na oitiva do Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, de agosto de 2018, em reuniões realizadas com o MCTIC e Telebras junto à SeinfraCom em setembro de 2018, e, novamente, na diligência de 6/9/2018 (peças 82 e 83).*

596. *A conclusão descrita anteriormente levou ao entendimento que, diante das irregularidades constatadas, há 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 feitos os ajustes determinados pelo TCU, tendo em vista a importância para o país da continuidade das políticas públicas atreladas ao programa Gesac, como a de inclusão digital do MCTIC e a denominada Educação Conectada do Ministério da Educação, e o fato de que os riscos contratuais identificados podem ser mitigados com a redução do prazo contratual da contratação e com a inclusão de cláusula que preveja reequilíbrio econômico-financeiro do acordo diante da redução dos custos dos serviços contratados.*

597. *Por fim, avaliou-se o risco de que a Telebras não tenha capacidade técnica de operacionalizar o programa Gesac caso sua parceria com a empresa Viasat venha a ser anulada. Na ocorrência desse cenário e considerando todo o contexto de irregularidades apontado, o contrato firmado entre o MCTIC e a Telebras no âmbito do Gesac deverá ser anulado.*

598. *Diante da constatada ausência de cautela e zelo profissional dos agentes públicos do MCTIC, que devem atuar na defesa do interesse público e do erário e devem motivar seus atos adequadamente, concluiu-se que se faz necessária a abertura de processo apartado para a apuração de responsabilidade pela não adoção das medidas e requisitos necessários para a comprovação da conformidade das escolhas realizadas no processo de contratação direta da Telebras por inexigibilidade de licitação por meio do MCTIC 02.0040.00/2017.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

599. *Ante ao exposto, propõe-se:*

a) com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar ao MCTIC que:

a.1) excepcionalmente, tendo em vista a importância para o país da continuidade das políticas públicas atreladas ao programa Gesac, como a de inclusão digital do MCTIC e a denominada Educação Conectada do Ministério da Educação, e o fato de que os riscos contratuais

identificados podem ser mitigados com a redução do prazo contratual da contratação e com a inclusão de cláusula que preveja reequilíbrio econômico-financeiro do acordo diante da redução dos custos dos serviços contratados, propõe-se a retirada da cautelar dada pelo Acórdão 1.692/2018-TCU-Plenário, permitindo a continuidade do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 somente após os ajustes determinados pelo TCU, em respeito ao princípio constitucional do interesse público e em consonância com a jurisprudência do TCU, encaminhando ao TCU em 45 dias o contrato alterado;

a.2) no prazo de 30 dias, adote providências com vistas a exigir formalmente da Telebras garantias ou instrumento jurídico similar com o objetivo de resguardar o pagamento antecipado de R\$ 60 milhões, por a situação atual estar em desacordo com a jurisprudência do TCU, como o Acórdão 554/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, Acórdão 1565/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, entre outros, encaminhando ao TCU, em 15 dias após o vencimento desse prazo, as providências adotadas;

a.3) diante dos riscos resultantes das fragilidades e irregularidades constatadas no processo de contratação direta por inexigibilidade da Telebras, somente dê continuidade à vigência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 se alterado o prazo de vigência do acordo para, no máximo, 36 meses, promovendo novo processo de contratação do serviço, nos termos da Lei 8.666/1993, caso haja a continuidade do programa Gesac para além desse prazo, tendo em vista que a situação atual está em desacordo com a jurisprudência do TCU e com o art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993;

a.4) inclua, no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, cláusula que preveja a possibilidade de solicitação, pelo ministério, de reequilíbrio econômico-financeiro do acordo, na hipótese de ser constatada a incompatibilidade dos preços praticados com os valores de mercado ou redução dos custos dos serviços contratados, com vistas a garantir o respeito aos princípios constitucionais da eficiência, economicidade e interesse público;

a.5) em consonância com os princípios constitucionais de isonomia, impessoalidade, economicidade e interesse público, caso entenda que a infraestrutura implementada no programa Gesac seja passível de compartilhamento por 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 qual o processo a ser cumprido, considerando necessariamente:

a.5.1) os procedimentos necessários para a escolha do terceiro que usufruirá da infraestrutura de rede do programa;

a.5.2) como será garantida a isonomia na escolha de um terceiro dentre os demais interessados;

a.5.3) 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;

a.5.4) qual instrumento jurídico formalizará o acordo;

a.5.5) promova 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 ou comerciais;

a.6) no prazo de 30 dias, adote as providências previstas no contrato MCTIC 02.0040.00/2017 no que diz respeito às sanções por descumprimento de prazos contratuais diante dos atrasos no cronograma de execução por parte da Telebras e das questões afetas a ela, em observância à cláusula 15 do termo de referência do referido contrato, os arts. 66 e 86 da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência do TCU, encaminhando ao TCU, em 15 dias após o vencimento desse prazo, as providências adotadas;

a.7) 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 a contratação, sejam ofertados aos potenciais concorrentes as mesmas especificações técnicas e contratuais e as mesmas condições de prestação do serviço para a elaboração de propostas, por a situação atual encontrada na contratação da Telebras estar em desacordo com o princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, ambos previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993;

a.8) nos processos de contratação direta (inclusive aqueles por dispensa ou inexigibilidade de licitação), em especial nos processos destinados à execução de políticas públicas e naqueles com alta materialidade e grande impacto social, avalie se estão sendo atendidas as condições técnicas e financeiras indispensáveis para o cumprimento das obrigações contratuais da empresa a ser contratada, com vistas a assegurar a garantia mínima da execução dos contratos e dos resultados esperados, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da eficiência, da economicidade e do interesse público, além da jurisprudência do TCU, conforme Acórdão 2.684/2008-TCU-Plenário;

a.9) com fundamento nos princípios da legalidade, motivação, interesse público e eficiência, que regem a Administração Pública, c/c o disposto na Instrução Normativa 5 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, de 26 maio de 2017, nas próximas contratações de serviços, em especial nos destinados a executar políticas públicas, sejam previamente avaliados e devidamente fundamentados, por meio de cálculos e dados concretos, os requisitos necessários para a comprovação da conformidade das escolhas realizadas no processo de contratação, comprovando necessariamente, além de outros requisitos necessários:

a.9.1) adequação da divisão em lotes e, caso a divisão não seja possível, avaliação aprofundada sobre a razão da referida inviabilidade;

a.9.2) capacidade técnica e financeira das potenciais empresas a serem contratadas;

a.9.3) compatibilidade dos preços a serem contratados com os preços de mercado;

a.9.4) adequação do prazo contratual;

a.9.5) existência de interesse público nas condições de pagamentos a serem estabelecidas;

a.10) caso a Telebras não tenha condições técnicas de operacionalizar os serviços relacionados ao programa Gesac para os quais foi contratada em decorrência da anulação do contrato de parceria com a Viasat e tendo em vista as irregularidades identificadas nesse processo, anule o contrato MCTIC 02.0040.00/2017 com fundamento no interesse público e no artigo 3º da Lei 8.666/1993,

b) com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar ao MCTIC que:

b.1) ao realizar pesquisas de preços previamente à contratação de serviços destinados ao atendimento de políticas públicas, encaminhe o termo de referência às principais empresas do mercado e mais capacitadas para a prestação do serviço, em especial quando há a intenção de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, com vistas a obter melhores referências quanto aos preços de mercado e para se certificar da impossibilidade da prestação do serviço por outros fornecedores;

b.2) que avalie a conveniência e 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 chamada “Internet para Todos”, podendo inclusive afetar a política pública vinculada ao programa como um todo, informando ao TCU em 45 dias a providência adotada, se for o caso;

c) com fundamento no art. 43 da Resolução TCU 259/2014, propõe-se que seja autorizada a autuação de processo apartado para apurar a responsabilidade no âmbito da MCTIC pela não adoção das medidas e requisitos necessários para a comprovação da conformidade das

escolhas realizadas no processo de contratação direta da Telebras por inexigibilidade de licitação por meio do MCTIC 02.0040.00/2017;

d) considerar sigilosas as peças 1 a 6, 11, 16, 17, 20 a 22, 33, 73, 86 e 95.

e) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo ao representante, ao MCTIC e à Telebras, bem como do relatório e voto que a fundamentarem:

f) encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”

3. O Diretor da 2ª Diretoria Técnica da SeinfraCom e o titular daquela unidade técnica manifestaram sua concordância com essa proposta.

É o relatório.