

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 023.481/2018-8

Natureza: Representação.

Órgãos/Entidades: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras.

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

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

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. CUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO DOS PRESENTES AUTOS.

RELATÓRIO

I - INTRODUÇÃO

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), veiculando irregularidades alegadamente existentes na contratação da empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras) pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), com vistas à prestação dos serviços destinados ao programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) - contrato MCTIC 02.0040.00/2017.

2. No dia 10/7/2018, o representante, que representa operadoras de telecomunicações, apresentou ao TCU pedido de cautelar com fito de obter a imediata suspensão do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 e a invalidação do referido acordo (peça 1, p. 27).

3. Em 25/7/2018, por meio do Acórdão 1.692/2018 - Plenário, relatado pela Ministra Ana Arraes, o Tribunal suspendeu cautelarmente a execução do referido contrato e determinou as oitivas da Telebras e do MCTIC (peça 41).

4. Em resposta a essas oitivas, foram encaminhadas ao TCU as informações necessárias para o julgamento de mérito dos presentes autos (peça 61, 62, 73, 91, 95). Também foram realizadas reuniões técnicas com a participação de equipes do MCTIC, da Telebras e da SeinfraCOM.

5. No dia 6/8/2018, a Telebras (peças 54 e 55) e o MCTIC (peça 56) apresentaram agravos com pedido de efeito suspensivo. Em 23/8/2018, o pedido do Ministério foi complementado (peça 71).

6. Após as manifestações da unidade técnica (peças 67 a 70 e 75 a 77), a Ministra Ana Arraes submeteu, no dia 19/9/2018, este 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 ou que estão em áreas de concentração próximas, permitindo a ativação de 98 pontos, tendo em vista a situação emergencial então existente nessa região (peças 92 a 94).

7. Na Sessão Plenária de 2/10/2018, ficou decidido que este processo passaria a ser relatado por mim, em decorrência da conexão existente entre os presentes autos e o TC 022.981/2018-7, que trata de supostas irregularidades na celebração do acordo de parceria entre a Telebras e a empresa Viasat Inc. (peça 103).

8. No dia 31/10/2018, foi prolatado o Acórdão 2.487/2018 - Plenário, de minha relatoria, que possui a seguinte redação:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro nas razões expostas pelo Relator e nos arts. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, 45 da Lei 8.443/1992 e 235, 237, inciso VII e parágrafo único, 250, II e III, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a cautelar anteriormente concedida, por meio do Acórdão 1.692/2018 – Plenário, que suspendeu a execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017;

9.3. declarar a perda de objeto dos agravos interpostos pela Telebras e pela Advocacia-Geral da União – AGU contra o mencionado Acórdão 1.692/2018 – Plenário;

9.4. determinar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações que:

9.4.1. tendo em vista as dúvidas existentes sobre a economicidade do contrato firmado com a Telebras e a possibilidade de obtenção de condições mais favoráveis para a prestação dos serviços avançados com a estatal, avalie a conveniência e a oportunidade de negociar a redução do prazo contratual de forma a permitir que a redução de preços projetada, decorrente da evolução tecnológica e da entrada em operação de novos satélites, seja captada em um novo contrato;

9.4.2. alternativamente, se o Ministério considerar adequado, a vigência do contrato poderá ser mantida em cinco anos, desde que, uma vez ocorrida a redução de preços mencionada no item 9.4.1. deste acórdão, o MCTIC avalie se há necessidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência do surgimento de opções mais baratas de prestação dos serviços contratados com a Telebras. Se houver essa necessidade, o Ministério deverá adotar, com espeque no art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993, as medidas necessárias para alterar as cláusulas econômicas e promover o citado reequilíbrio, na forma que esse órgão entender cabível. Após a implementação dessa mudança, poderá ocorrer a continuidade da prestação de serviços pela estatal até o término da vigência do contrato em tela;

9.4.3. caso a Telebras apresente óbices jurídicos à aplicação do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 ao caso vertente, alegando, por exemplo, que não ocorreu nenhum fato superveniente imprevisível, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações deverá avaliar a rescisão dessa avença por razões de interesse público, nos termos do art. 78, XII, da Lei 8.666/1993. Nessa hipótese, deverá haver o pagamento de indenização pelos danos emergentes e pelas despesas de desmobilização, consoante disposto no art. 79, § 2º, da Lei 8.666/1993;

9.5. determinar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações que:

9.5.1. no prazo de 30 dias, informe a este Tribunal quais providências estão sendo adotadas em relação ao pedido formulado pela Telebras no sentido de alterar o cronograma de execução do objeto do contrato MCTIC 02.0040.00/2017, prolongando os prazos anteriormente fixados;

9.5.2. no prazo de 30 dias, informe ao TCU se ocorreram atrasos injustificados na execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Caso tais atrasos tenham efetivamente acontecido, deverão ser informadas as providências adotadas visando à aplicação das sanções eventualmente cabíveis;

9.5.3. caso entenda que a infraestrutura implementada no programa Gesac é passível de compartilhamento com terceiros, estabeleça, por meio de ato formal e público a ser encaminhado ao TCU, no máximo trinta dias após a tomada dessa decisão, os critérios que definem de que forma se dará a autorização para o compartilhamento, considerando necessariamente:

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

9.5.3.2. como será garantida a isonomia na escolha de um terceiro dentre os demais interessados;

9.5.3.3. 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; e

9.5.3.4. qual instrumento jurídico formalizará o acordo;

9.5.4. no futuro, quando realizar contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação de serviços destinados à execução de políticas públicas, avalie o atendimento aos requisitos técnicos e financeiros indispensáveis para o cumprimento das obrigações da empresa a ser contratada, principalmente quando se tratar de contratações com alta materialidade e grande impacto social; e

9.5.5. 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 antecede à contratação, sejam ofertados aos potenciais concorrentes as mesmas especificações técnicas e contratuais e as mesmas condições de prestação do

serviço, em conformidade com os princípios constitucionais da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração;

9.6. determinar à empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. e ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações que promovam ajustes no contrato MCTIC 02.0040.00/2017, de forma a prever que, caso ocorra o compartilhamento da infraestrutura a ser implementada no âmbito do programa Gesac, conforme previsão na cláusula 7.4.6 do referido contrato, ele será oneroso nos casos em que a rede e seus elementos sejam utilizados em atividades com fins lucrativos;

9.7. recomendar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações que:

9.7.1. avalie a conveniência e a oportunidade de consultar o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) sobre a ampliação dos efeitos do Convênio ICMS 141/2007, com vistas a minimizar os riscos vinculados à expansão das isenções fiscais do programa Gesac com a criação da modalidade Internet para Todos;

9.7.2. quando 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, em especial quando há a intenção de realizar uma 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;

9.8. dar ciência deste acórdão ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações, à empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. e ao representante;

9.9. determinar a classificação das peças 1 a 6, 11, 16, 17, 20 a 22, 33, 73, 86 e 95 do presente processo com o grau de sigilo “reservado”, nos termos dos arts. 23, VIII, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e 6º, I, 7º, VIII, e 8º da Resolução TCU 254/2013, pelo prazo de 5 (cinco) anos, com acesso somente ao titular da Segecex e da SeinfraCom, bem como aos servidores que irão desenvolver atividades relacionadas ao conteúdo das referidas peças; e

9.10. determinar o retorno destes autos à SeinfraCom, para que essa unidade técnica monitore o cumprimento das determinações acima relacionadas.”

9. Tendo em vista essas determinações e recomendações que foram dirigidas ao MCTIC e à Telebras, essas unidades jurisdicionadas encaminharam, entre 12/12/2018 e 11/1/2019, ofícios e documentos (peças 131 a 133).

II – Análise pela unidade técnica do cumprimento das determinações constantes do Acórdão 2.487/2018 - Plenário

10. Após analisar as informações prestadas pelo MCTIC e pela Telebras, a auditoria frisou que:

- Quanto à possível redução do prazo contratual de 60 meses previsto originalmente (item 9.4 e respectivos subitens do Acórdão 2.487/2018 - Plenário)

a) o relatório que resultou no acórdão em tela apontou que o prazo de vigência de 60 meses do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 apresentava riscos relacionados à perda de aproveitamento, pela administração pública, de uma provável redução de preços no mercado do serviço contratado (peça 123), **in verbis**:

“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.

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.

b) 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, segundo informado pelo próprio ministério (peça 91, p. 5);

c) 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”*;

d) nesse contexto, foi requisitado ao MCTIC que avaliasse a possibilidade de reduzir o prazo contratual e, caso entendesse que a sua manutenção fosse adequada, avaliasse o equilíbrio econômico do contrato em momento futuro;

e) ouvido a respeito, o MCTIC respondeu que (peça 131, p. 5 e 6, e peça 132, p. 4 a 6):

“De acordo com o recomendado no item 9.4.1, foi encaminhado ofício à Telebras propondo redução do prazo contratual. A empresa encaminhou a resposta, na qual afirma que a redução dos prazos implicaria em revisão dos preços, tornando assim o preço unitário da conexão mais caro.

O Termo de Execução Descentralizada firmado com o MEC foi negociado em relação a um custo mensal da conexão em R\$ 700,00 e o orçamento previsto para o programa Educação Conectada trabalhou com esse valor. De mesma forma, os valores orçamentários previstos para o MCTIC preveem esses custos. Não há, portanto, previsão de revisão imediata dos preços.”

f) já a Telebras asseverou que:

- o contrato em tela foi firmado com duração de cinco anos, o que foi considerado na definição dos valores avençados. Assim sendo, uma eventual redução dessa vigência acarretaria o incremento dos preços cobrados do Ministério, tendo em vista a necessidade de amortizar os custos da prestação dos serviços contratados;

- não se pode afirmar com segurança que haverá uma redução de preços no próximo período. É possível supor que a entrada em operação de novos equipamentos nos próximos anos poderá acarretar a diminuição dos preços dos serviços prestados em banda Ka, mas não é possível ter certeza quanto a isso; e

- a redução de preços dos serviços só ocorrerá se houver um aumento significativo da oferta, que contemple minimamente a demanda existente, seja por banda individualizada, seja pela cobertura necessária para atendimento ao território nacional;

g) verifica-se que o Ministério avaliou a possibilidade de redução do prazo contratual original e concluiu ser adequada a manutenção da vigência estabelecida no Contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Tal decisão decorreu da constatação de que uma redução desse lapso temporal afetaria significativamente as condições e os preços acordados, já que haveria menos tempo para amortizar os gastos de instalação de equipamentos, entre outros custos;

h) cabe salientar que o aumento dos preços negociados poderia prejudicar o cumprimento dos demais contratos celebrados com outros órgãos, como o MEC, que levaram em consideração o preço inicialmente previsto no Contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Além disso, também pesou a incerteza sobre a evolução dos preços praticados no mercado nos próximos anos;

i) uma vez mantido o prazo de vigência inicial de 60 meses, o item 9.4.2 do Acórdão 2.487/2018 - Plenário determinou que o MCTIC, em momento posterior, comparasse as condições do contrato em discussão com aquelas então existentes no mercado, promovendo o reequilíbrio contratual, caso isso seja necessário. Sobre esse ponto, o MCTIC afirmou que (peça 132, p. 6):

“Assim, a fim de atender ao suposto no Acórdão TCU, e garantir previsibilidade à execução, propomos que seja estabelecida meta de revisão para três anos, sem prejuízo de que, conforme já estabelecido na Lei 8666/93, esta revisão possa ocorrer a qualquer momento.

Foi apresentada redação de proposta de novo artigo, a ser aditivado ao contrato, que contemple essa possibilidade.

(...)

A fim de tornar mais clara a posição do MCTIC em relação ao determinado pelo TCU, optou-se em precisar a redação do referido Artigo, definida como:

Art. : Após o período de três anos da execução deste contrato será feita, pela CONTRATANTE, pesquisa de preços em relação ao objeto, de forma a verificar a vantajosidade dos preços vigentes. Caso se verifique a existência de opções mais baratas, e de acordo com o prescrito no Art. 65, II, d, da Lei 8666/93, haverá revisão dos valores, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.”

j) constata-se que o MCTIC promoveu ajustes contratuais, com vistas a prever a realização, em três anos, de uma pesquisa de preços no mercado e, caso seja vantajoso para a administração pública, repactuar os valores do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Tais ajustes foram efetivamente implementados por meio de termo aditivo assinado pelas partes e apresentado pelo MCTIC (peça 132, p. 11 a 13), **verbis**:

“1.1 O presente Termo Aditivo tem por objeto o estabelecimento das seguintes alterações contratuais:

1.1.1 Após o período de três anos da execução deste contrato será feita, pela CONTRATANTE, pesquisa de preços em relação ao objeto, de forma a se verificar a vantajosidade dos preços vigentes. Caso se verifique a existência de opções mais baratas, e de acordo com o prescrito no Art. 65, II, d da Lei 8666/93, haverá revisão dos valores, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.”

k) a determinação constante do item 9.4.3 do acórdão sob comento não é passível de monitoramento no presente processo, já que sua aplicabilidade está condicionada à ocorrência de um possível desentendimento futuro entre a Telebras e o MCTIC em relação à eventual necessidade de uma repactuação de preços do contrato. Por outro lado, cabe ressaltar, caso esses eventos futuros e incertos ocorram, o TCU deverá realizar futuras ações de controle para averiguar se essa determinação foi efetivamente implementada;

- Quanto às alterações no cronograma de execução do contrato e suas consequências (subitens 9.5.1, 9.5.2 e 9.5.4 do Acórdão 2.487/2018 - Plenário)

a) o TCU demonstrou preocupação com o atraso constatado em relação ao que havia sido previsto no cronograma de execução dos serviços atrelados ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017. Afinal, a instalação dos pontos, que deveria ter começado em abril de 2018, não havia sido iniciada até a data de expedição do referido acórdão (31/10/2018), devido ao atraso resultante de questionamentos referentes ao acordo de parceria que a Telebras celebrou com a empresa Viasat;

b) nesse contexto, o Tribunal solicitou ao Ministério que informasse as providências que estavam sendo adotadas em relação ao pedido formulado pela Telebras para alterar o cronograma de execução do objeto da avença ora sob exame, com o intuito de ampliar os prazos anteriormente fixados;

c) em sua resposta, o MCTIC afirmou (peça 132, p. 6):

“O histórico apresentado no início desta Nota demonstra o atraso de sete meses na execução do contrato e a externalidade das causas desse atraso. Assim, sem prejuízo da imediata retomada das ações previstas no contrato, particularmente de implantação das conexões e do atendimento prioritário das escolas, foi discutida nova proposta de calendário. Esta reestruturação visa salvaguardar a execução contratual de forma a estabelecer os marcos básicos para sua execução, dado que o calendário proposto originalmente foi comprometido.

Informamos que, em reuniões realizadas ao longo dos últimos dias, e conforme email encaminhado e ofício protocolado, foi apresentada proposta de implantação imediata, visando minimizar os prejuízos causados por tão longa interrupção do contrato.

Esta nova proposta de cronograma foi decidida em comum acordo entre a empresa e a área técnica do MCTIC e deverá o contrato ser aditivado com o novo cronograma.”

d) os referidos prazos foram alterados, conforme explicitado na tabela a seguir, e começaram a fluir a partir a assinatura do termo aditivo contratual, ocorrida no dia 28/12/2018 (peça 132, p. 12):

Tabela 1: Nova proposta de cronograma de execução

Evento	Quantidade de Pontos	Prazo em dias corridos
Assinatura do Aditivo Contratual		C4
Implantação do Pacote 1	500	C4 + 30
Implantação do Pacote 2	1.000	C4 + 60
Implantação do Pacote 3	1.500	C4 + 90
Implantação do Pacote 4	1.500	C4 + 120
Implantação do Pacote 5	1.500	C4 + 150
Implantação do Pacote 6	1.500	C4 + 180
Implantação do Pacote 7	1.500	C4 + 210
Implantação do Pacote 8	1.500	C4 + 240
Implantação do Pacote 9	1.500	C4 + 270
Implantação do Pacote 10	1.000	C4 + 300
Implantação do Pacote 11	1.000	C4 + 330
Implantação do Pacote 12	1.000	C4 + 360
Total	15.000	-

e) esta Corte de Contas determinou, ainda, que o Ministério informasse se ocorreram atrasos injustificados na execução do objeto do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017 e se foram adotadas as providências eventualmente necessárias. Naquela oportunidade, o Relator esclareceu que:

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

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

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

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

(...)

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

I - alteração do projeto ou especificações pela Administração;

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

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

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

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

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

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

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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

(...)

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

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

f) em sua resposta, o MCTIC apresentou o histórico da execução do objeto avençado, tendo relacionado uma série de paralisações dessa execução decorrentes de decisões judiciais e administrativas em desfavor da Telebras (peça 132, p. 4), ocorridas entre abril e outubro de 2018. Em seguida, asseverou que (peça 132, p. 8):

“É nosso entendimento, conforme histórico resumido na primeira parte desta Nota, que não houve atrasos injustificados no que diz respeito ao cronograma de implantação de pontos. O contrato entre o MCTIC e a Telebras estava sendo executado nos três primeiros meses de 2018, com as diversas ações previstas sendo tomadas, quando foi interrompido pela ação contra o contrato Telebras-ViaSat. Nota-se que o parecer da Excelentíssima Senhora Ministra Carmem Lucia considera que havia uma relação clara entre os dois contratos, razão pela qual suspendeu a liminar. Posteriormente, esse contrato MCTIC-Telebras foi suspenso por decisão do TCU. Entre a decisão da Ministra Carmem Lucia e a decisão do TCU passaram-se 8 dias corridos, tempo que não permitiria a retomada da execução do contrato.

Agora, com a decisão de suspensão da cautelar, foram tomadas as providências para regularizar a execução do contrato. Além da retomada do processo de instalação de conexões, de validação do sistema de gerenciamento, de alinhamento quanto ao preenchimento dos documentos e aceitação das instalações e outras medidas que se configuram necessárias para a execução do contrato, requer-se o estabelecimento de novos marcos para que possíveis sanções motivadas por descumprimento de prazos estejam bem definidas, o que se busca com a definição do novo cronograma.

A presente Nota Técnica, ao mesmo tempo em que responde ao TCU, já propõe as mudanças necessárias no contrato em análise.”

g) verifica-se que, segundo informado pelo MCTIC, os atrasos ocorridos na execução do contrato firmado com a Telebras foram justificados, uma vez que foram causados por decisões do Poder Judiciário e do próprio TCU, o que implica dizer que não restou caracterizada a culpa direta do executor da avença;

h) por outro lado, cumpre registrar que a Telebras e o MCTIC tinham condições de antever a ocorrência desses problemas. Afinal, no momento da assinatura do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, a estatal sequer sabia como seria realizada a operação do satélite e não possuía experiência na prestação desse serviço. Nesse cenário, resta claro que foram assumidos riscos por ambas as partes, os quais poderiam gerar prejuízos para o interesse público;

i) diante disso, no subitem 9.5.4 do **decisum** em tela, foi determinado ao MCTIC que, quando da realização de futuras contratações, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, de serviços destinados à execução de políticas públicas, avalie o atendimento aos requisitos técnicos e financeiros indispensáveis para o cumprimento das obrigações pela empresa a ser contratada; e

j) por se tratar de determinação destinada a aprimorar as futuras contratações a serem conduzidas pelo MCTIC, ela não é passível de monitoramento no presente processo;

- Quanto à possibilidade de compartilhamento da infraestrutura vinculada ao contrato sob enfoque (subitem 9.5.3 e item 9.6 do Acórdão 2.487/2018 - Plenário)

a) a unidade técnica apontou a existência de riscos associados à possibilidade de compartilhamento da infraestrutura construída com fulcro no contrato celebrado pela Telebras e pelo MCTIC, **verbis**:

“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).”

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 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).”

b) o Plenário acolheu essa manifestação da unidade técnica e proferiu diversas determinações corretivas para a Telebras e o MCTIC. Ouvido a respeito do cumprimento destas determinações, o Ministério afirmou que (peças 132, p. 8 e 9, e 131, p. 7):

“Não há previsão de compartilhamento de infraestrutura no atual contrato celebrado entre MCTIC e Telebras. O contrato MCTIC 02.0040.00/2017, em seu Termo de Referência, prevê, em sua cláusula 7.4.6, que:

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.

Este é o único ponto em que há a previsão de compartilhamento de taxa de transmissão, não de infraestrutura. Esse mesmo item está presente nos contratos anteriores, nos celebrados em 2008 ou em 2014.

Não se trata, portanto, de uma novidade do contrato MCTIC-Telebras. A intenção desse item é permitir que uma conexão implantada em uma instituição pública (uma escola, por exemplo) possa também atender a outra instituição pública próxima (um posto de saúde, por exemplo), sem a necessidade de contratação de outra conexão. A ideia básica é que uma mesma conexão atenda a dois pontos próximos, numa mesma comunidade. Por isso menciona-se o compartilhamento da taxa de transmissão.

Isso visa a otimizar as conexões contratadas e os serviços providos pelo programa GESAC. E, nesse caso, caberia à Contratante ou a terceiros custear as despesas para garantir esse compartilhamento. Como, por exemplo, a instalação de um modem ou o lançamento de um cabo.

Além disso, informa-se que não há qualquer previsão de compartilhamento de infraestrutura com terceiros. A possibilidade de compartilhamento de taxa de transmissão deve-se única e exclusivamente à otimização dos serviços contratados para atender aos beneficiários do Programa GESAC e não poderá resultar em qualquer tipo de relação comercial.

Eventual compartilhamento de infraestrutura poderia permitir que equipamentos implantados e instalados por conta de atendimento ao contrato MCTIC - Telebras, cujo custo de instalação está contido nos preços pagos pelos serviços, servissem para contemplar atividades comerciais. Isso não é o escopo do programa e não é previsto no contrato.

c) já a Telebras asseverou que *“realizou interações com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e foi constatado não haver interesse daquele Ministério em compartilhamento da infraestrutura a ser implementada no âmbito do Programa Gesac, não havendo, conseqüentemente, cessão onerosa ou instrumento correlato”* (peça 133);

d) a partir da análise dessas afirmações, entende-se que houve o cumprimento do disposto nos subitens 9.5.3 e 9.6 do acórdão em tela. Ademais, dada a inviabilidade do compartilhamento da infraestrutura, ocorreu a perda de objeto no que concerne às medidas alternativas previstas nas referidas deliberações;

e) poder-se-ia aventar a necessidade de deixar clara e explícita no contrato a impossibilidade de compartilhamento da infraestrutura. Ocorre que o MCTIC afirmou que (peça 132, p. 9):

“Informamos que, conforme esclarecido acima, não haverá compartilhamento de infraestrutura. A fim de que não reste dúvida sobre essa questão, propomos uma alteração no item 7.4.6 do termo de Referência, da seguinte forma:

7.4.6 A Contratante poderá, a seu critério, compartilhar a taxa de transmissão disponível no Ponto de Presença com outros locais, de forma a atender única e exclusivamente ao Programa GESAC, utilizando recursos próprios ou de terceiros, para atendimento a órgãos próximos ou para montagem de redes comunitárias, com ou sem fio. O possível compartilhamento não poderá ser utilizado para atividades comerciais ou com fins lucrativos.

7.4.6.1 A Contratada não poderá utilizar a infraestrutura instalada para finalidades diversas do atendimento ao ponto específico.”

f) a referida alteração contratual foi implementada nos itens 1.1.3 e 1.1.4 do termo aditivo assinado em 28/12/2018 (peça 132, p. 12);

g) com fulcro no acima exposto, entende-se que foram cumpridas as determinações sob exame;

- Quanto às determinações constantes dos subitens 9.5.5, 9.7.1 e 9.7.2 do Acórdão 2.487/2018 - Plenário

a) o TCU determinou a adoção de algumas medidas visando ao aprimoramento de futuros processos de contratação conduzidos pelo MCTIC. Ouvido a respeito, o Ministério informou que *“busca cumprir de forma zelosa as exigências legais”* e que acata as determinações constantes do **decisum** sob comento (peça 132, p. 9);

b) esta Corte de Contas também recomendou que o Ministério avaliasse a conveniência e a oportunidade de consultar o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) sobre a ampliação dos efeitos do Convênio ICMS 141/2007, com vistas a minimizar os riscos vinculados à expansão das isenções fiscais do programa Gesac decorrentes da criação da modalidade Internet para Todos. Sobre esse ponto específico, o MCTIC afirmou que (peça 132, p. 9):

“Entendemos como pertinente a recomendação de consulta sobre a extensão desses mesmos efeitos ao Internet para Todos e procederemos a essa consulta oportunamente, quando informaremos ao TCU.”

c) a partir da análise dessas respostas do MCTIC, avalia-se que o órgão acatou as deliberações em tela. Tendo em vista que elas visam à melhoria e à segurança jurídica das contratações futuras a serem realizadas pelo MCTIC, entende-se que não se tratam de deliberações passíveis de monitoramento no presente processo. No entanto, caso o ministério promova novos processos de aquisição de serviços e produtos destinados ao atendimento das políticas públicas, será possível realizar futuras ações de fiscalização, para verificar o cumprimento das diretrizes estabelecidas pelo Acórdão 2.487/2018 - Plenário.

11. Com espeque nessas considerações, o auditora propôs (peça 134):

a) considerar cumpridas as determinações 9.4.1, 9.4.2, 9.5.1, 9.5.2, 9.5.3 e 9.6 do Acórdão 2.487/2018 – Plenário;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida neste processo ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) e à empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras);

c) encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, V, do Regimento Interno do TCU.

12. O Diretor da 2ª Diretoria da SeinfraCom e o titular daquela unidade técnica manifestaram sua concordância com essa proposta (peças 135 e 136).

É o Relatório.