ACÓRDÃO DO TRIBUNAL PLENO	**: AC00-G.MJMS-97/2014**
PROCESSO TC/MS	**:TC/12892/2013**
PROTOCOLO	**:1426114**
ÓRGÃO	**:PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MS**
TIPO DE RECURSO	**:EMBARGOS DECLARATÓRIOS**
RECORRENTE	**:ANTONIO DE SOUZA RAMOS FILHO**
DELIBERAÇÃO RECORRIDA	**:DS 020/2013**
ASSUNTO DO PROCESSO	**:ORDEM DE COMPRA N. 11224/2011**
PROCURADORES	**:NÃO CONSTA**
RELATORA DO RECURSO	**:CONS. MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO**

I – EMENTA

RECURSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ORDEM DE COMPRA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA E INTERNET. CONHECIMENTO. PROVIMENTO.

II – RELATÓRIO DA MATÉRIA

Tratam os autos, nesta fase, de **Embargos de Declaração,** interposto pelo Senhor **Antônio de Souza Ramos Filho**, Procurador Geral do Estado.

Insurge o Embargante em face da r. **Decisão Simples n. 020/2013**, de 19 de março de 2013, que, no consenso uniforme da **2ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul**, decidiu:

1 -declarar irregular e ilegal o Procedimento Licitatório e a Ordem de Compra, nos termos do artigo 311, inciso I, c/c o artigo 312, inciso II, primeira parte, ambos do Regimento Interno;

2 -aplicar multa regimental no valor de 50 (cinquenta) UFERMS, ao Ordenador de Despesas, Sr. Antônio de Souza Ramos Filho, por grave infração à norma legal, com fincas no artigo 197, inciso II, do Regimento Interno c/c o artigo 53, inciso II, da Lei Complementar n. 48/90;

3 -conceder o prazo regimental, para que se comprove o recolhimento da multa imposta ao Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do

Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul –FUNTC, sob pena de execução;
4 -determinar a remessa dos autos à Inspetoria Competente para acompanhamento e verificação da segunda fase da contratação, com vistas a apurar os atos praticados no decorrer da execução financeira;
5 -comunicar o resultado do julgamento às Autoridades Administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n. 160/2012.

Em síntese, alega o embargante que o Voto condutor da r. Decisão omitiu-se de apreciar aspecto crucial citado na justificativa de fls. 112/124 (item 26 - fls. 119/120), qual seja: o da PGE ter contratado os serviços da Brasil Telecom S/A, como usuária de serviço público, fato este que o § 3º, II , do artigo 62 da Lei de Licitações mitiga a aplicação das disposições próprias dos contratos administrativos (arts. 55 e 58 a 61), justificando que não se trata no presente caso de compra e prestação de serviço de assistência técnica.

Ressaltou ainda que, o ajuste celebrado entre a Administração como usuária dos serviços de telefonia e internet é de execução duradoura, continuada, não caracterizando compra parcelada, embora de um lado desencadeie obrigações de execução continuada. E, nos casos de contratação como a tratada nos autos, em que Administração contratante figura como usuária do serviço público prestado, ela está sujeita às condições impostas pelo concessionário para o usuário comum.

Argumenta, que a Manifestação PGE/COPGE n° 004/2011 ao submeter ao titular do Órgão a situação de inexigibilidade, autorizou a contratação e dispensou a formalização do termo de contrato visto que as obrigações do fornecedor decorrem do regime de concessão do serviço pela Anatel e que a Procuradora-Geral Adjunta
do Estado, na DECISÃO PGE/GAB N° 016/2011, autorizou a celebração do contrato e a substituição do termo de contrato por outro instrumento previsto no art. 62, in fine, da Lei 8.666/93.

Requereu, ao final, *..."sejam acolhidos os embargos com efeito modificativo da r. Decisão, para o fim de, nas circunstâncias, ser suprida a omissão da Decisão sobre a questão apontada, que certamente conduzirá ao julgamento pela regularidade da primeira fase da contratação pública em comento, isentando o embargante da multa imposta, ainda que inexistente dolo ou má-fé".*

O Recurso foi admitido nos termos do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, conforme se observa do despacho da I. Presidência (peça 01, f. 05).

Ato contínuo, o Ministério Público de Contas emitiu Parecer (peça 05), e concluiu que, não obstante os fatos suscitados, o Recorrente, na verdade, pretendeu rediscutir o mérito com a interposição destes embargos.

O Representante do Parquet ressaltou que, nos termos do artigo 70 da Lei Complementar n. 160/2012 e do artigo 535 do CPC, os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existente, não servindo à rediscussão da matéria já julgada.
Aduz, igualmente, ..."não existe obscuridade, dúvida, contradição ou omissão na r. Decisão Simples n. 20/2013".

Opina, então, que o Egrégio Tribunal Pleno adote o seguinte julgamento:

1 –CONHECER DO PRESENTE RECURSO DE EMBARGOS DECLA-RATÓRIOS, interposto pelo Sr. Antônio de Souza Ramos Filho, Procurador do Estado, haja vista que foram atendidos os requisitos de admissibilidade para o presente recurso, no tocante à tempestividade, legitimidade e interesse do Recorrente;
2–NEGAR PROVIMENTO à Súplica em questão, mantendo-se inalterados os comandos constantes do *Decisum*; e

3 –COMUNICAR o resultado do julgamento ao Recorrente.

Vieram os autos a esta Relatoria para Decisão.

É o sucinto RELATÓRIO. Passo a DECIDIR.

No caso em apreço a **Decisão Simples n. 020/2013** declarou irregular e ilegal a primeira fase da Contratação Pública (**Ordem de Compra n. 11224/2011**) celebrada entre a **Procuradoria Geral do Estado de MS** e a empresa **Brasil Telecom S.A.**, e aplicou multa regimental ao Ordenador de Despesas, ora Embargante, Senhor Antônio de Souza Ramos Filho, por grave infração à norma legal.

Informa o Embargante que houve omissão no r. Decisum, destacando que o Emérito Relator omitiu-se de apreciar aspecto crucial, qual seja, o da PGE ter contratado os serviços da Brasil Telecom S/A, como usuária de serviço público, fato este que o § 3º, II , do artigo 62 da Lei de Licitações mitiga a aplicação das disposições próprias dos contratos administrativos (artigos 55 e 58 a 61), justificando que não se trata no presente caso de compra e prestação de serviço de assistência técnica, sendo que, o ajuste celebrado entre a Administração como usuária dos serviços de telefonia e internet é de execução duradoura, continuada, não caracterizando compra parcelada, embora de um lado desencadeie obrigações de execução continuada.

No entendimento do cauteloso Ministério Público de Contas inexiste obscuridade, dúvida, contradição ou omissão no Decisum atacado, sendo que o embargante, apenas pretendeu rediscutir o mérito.
Nada obstante, neste momento processual, há que se reconhecer que assiste razão ao Embargante, pois efetivamente a decisão combatida não considerou a manifestação do Gestor(fls. 112), o que restou manifesta a omissão no voto.
Cumpre considerar que de fato, no caso da contratação tratada nos autos, a Admi-

nistração ora contratante figura como **usuária comum** do serviço público prestado (Telefonia fixa local, interurbano nacional e internacional e internet banda larga), estando **sujeita às condições impostas pelo concessionário** (Brasil Telecom S/A – OI S/A), e observância das políticas de telecomunicações e regulamentação da ANATEL. Desta feita, não se pode exigir que a Administração firme um típico contrato administrativo com a contratada, tendo em vista que tal relação de dará por normas próprias do regime de concessão.

Tal serviço caracterizado como sendo de **execução continuada e duradoura**, cumprindo, portanto, à Contratada a prestação de serviços de telefone e internet, e à Contratante, na condição de consumidor, a obrigação consistente no pagamento periódico das faturas emitidas.

Ademais, a ausência de contrato administrativo propriamente dito não torna irregular a contratação, pois o *caput* e o § 4ºdo artigo 62 da Lei das Licitações e Contratações Públicas [1] autorizam, em certas hipóteses, a substituição do "termo de Contrato" por outras modalidades instrumentais, como no caso em comento. Tal previsão se coaduna com o comando do artigo 15, inciso III ,da Lei 8.666/93que estabelece que as compras da Administração Pública deverão, sempre que possível, submeter-se às condições de aquisição praticadas no setor privado.

A propósito, oportunas as lições de MARÇAL JUSTEN FILHO [2]:

"Deve-se ter em vista que a existência de um contrato administrativo não depende da forma adotada para sua formalização. Existe contrato administrativo mesmo

---

1 **LEI nº 8.666,** de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.*

2 JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. P.760

quando documentado por via da assinatura de uma nota de empenho. Aperfeiçoa-se o contrato administrativo quando completados os atos jurídicos necessários à formalização que exterioriza o acordo de vontades".

Ademais, todas as regras previstas na Lei das Licitações e Contratações Públicas, Lei n. 8666/93, aplicam-se, independentemente da escolha da forma de contratação, seja contrato, carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra, ordem de execução de serviço, ou outros instrumentos hábeis.

Ante o exposto, deixo de acolher a manifestação do Ministério Público de Contas, formulo o meu **VOTO** no seguinte sentido:

1) pelo **CONHECIMENTO** do presente Recurso de **Embargos Declaratórios;**
2) no mérito, dar **PROVIMENTO** ao pedido formulado pelo **Senhor Antônio de Souza Ramos Filho**, Procurador Geral do Estado MS, para, sanando a omissão suscitada, **reformar os comandos da Decisão Simples n. 020/2013**, prolatada na 2ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, proferindo novo julgamento, no seguinte sentido:
2.1) declarar regular e legal o Procedimento de Inexigibilidade Licitatória e a Ordem de Compra n. 11224/2011, nos termos do artigo 311, inciso I, c/c o artigo 312, inciso I, primeira parte, ambos do Regimento Interno;
2.2) determinar a remessa dos autos à Inspetoria Competente para acompanhamento e verificação da segunda fase da contratação, com vistas a apurar os atos praticados no decorrer da execução financeira contratual.
3) comunicar o **resultado do julgamento** aos interessados com base no artigo 50 da Lei Complementar n. 160/2012.

É o VOTO.

III – DO VOTO EM REEXAME

Cuidam os autos de Embargos de Declaração, interposto pelo Senhor Antônio de Souza Ramos Filho, Procurador Geral do Estado.

Denota-se do caso vertente que esta Relatoria exarou Relatório-Voto (peça 06), reconhecendo razão ao embargante, uma vez que efetivamente a decisão combatida (Decisão Simples n. 020/2013) não considerou alegações do Gestor, restando clara omissão.

Conhecido e provido o pedido formulado, reformou-se a Decisão objurgada, proferindo-se julgamento com a declaração de regular e legal o Procedimento de Inexigibilidade Licitatória e a Ordem de Compra n. 11224/2011 emitida pela Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

O processo foi incluído para julgamento na 28º Pauta da Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, sendo a seguir retirado, antes de ser relatado, em razão de Pedido de Vista do Ministério Público de Contas (peça 07).

O D. Representante do Parquet manifesta (peça 08) no sentido de que esta E. Corte Fiscal conheça dos Embargos Declaratórios, contudo, negue-lhe provimento. Assim aduz:

“No Tribunal de Contas do estado de Mato Grosso do Sul admite-se o recurso de embargos declaratórios (artigo 70 da Lei Complementar nº. 160/2012 e artigos 221 e 222 do Regimento Interno). Sua interposição visa atacar, esclarecer, corrigir e complementar passagens obscuras, omissas ou contraditórias eventualmente existentes

na decisão.

Portanto, não se destina a invalidar ou a substituir uma decisão da Corte, mas sim evidenciar ao órgão prolator que seu ato decisório não está perfeitamente encerrado, por apresentar-se incompleto, de modo a ocasionar prejuízo à defesa.

In casu, a meu ver, ainda que o responsável tenha invocado o vício da omissão, não demonstrou a efetiva ocorrência na espécie, uma vez que a decisão objurgada observou a justificativa apresentada pela PGE, no entanto, não concedeu-lhe qualquer relevância por não alterar em nada o fator que levou ao julgamento desfavorável da contratação.... A existência real do vício é pressuposto da procedência do recurso. Se o vício não existir, o pedido será conhecido, contudo, não poderá receber provimento".

E vai além,

"Não obstante o embargante tenha sustentado a tese de que não se pode exigir que a Administração firme um típico contrato administrativo com a contratada, ao argumento de que figura tão somente como usuária comum do serviço público, ficando adstrita às condições impostas pelo concessionário (Brasil Telecom S/A –OI S/A), observando as políticas de telecomunicações e regulamentação da ANATEL.

E ainda que assevere que a ausência de contrato administrativo propriamente dito não torna irregular a contratação, uma vez que o caput e o § 4º do artigo 62 da Lei das Licitações e Contratações Públicas autorizam a substituição do termo de Contrato por outras modalidades instrumentais, como no caso em comento, pode-se constatar que esta substituição discricionária há que ser realizada com muita prudência.

É indubitável, que estamos tratando de serviço de prestação continuada... A contratação em apreço resulta em obrigação futura, haja vista a exigência de realização que se renova ou que se mantém ao longo do tempo. Não existe aqui uma conduta definida, cuja execução libere o devedor (a não ser na hipótese de vícios redibitórios, entre outros)."

Restituído os autos para julgamento, foi incluído na Pauta n. 001, do dia 19 de fevereiro de 2014, da Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, sendo, antes de ser relatado, retirado para REEXAME.

Solicitei REEXAME para melhor elucidar a matéria.

É correta a ilustração do Parquet de que a interposição do recurso de embargos declaratórios nesta Corte visa esclarecer, corrigir e complementar passagens obscuras, omissas ou contraditórias eventualmente existentes na decisão.
Assim, há que se reconhecer que eventual omissão na decisão é passível de correção mediante os embargos declaratórios. Logo, em sendo conhecidos os declaratórios, ao sanar omissão é possível que seja necessário que se modifique o resultado do julgamento, em especial qual o ponto omisso seja determinante para o julgamento da lide. Decorre dai os efeitos modificativos dos embargos declaratórios, pacificamente consolidado na jurisprudência, inclusive do TCU, *in* verbis:

TCU. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL. EFEITOS INFRINGENTES. Os embargos de declaração não impõem a modificação da decisão mas a jurisprudência vem admitindo tal possibilidade com o fito de adequar a prestação jurisdicional à realidade dos fatos para evitar a demora na decisão definitiva. Embargos Providos. (grifo nosso).
VOTO
10. Sob essa perspectiva, entendo que, dadas as peculiaridades do caso, é possível dar provimento aos presentes Embargos, com efeitos infringentes, para fins de afastar a multa aplicada ao Responsável. 11. Vale ressaltar que, apesar de os embargos de declaração não imporem a modificação da decisão, pois, se é caso de obscuridade, basta saná-la para esclarecer o julgado; e, em havendo contradição ou omissão, o julgamento seria reaberto, a jurisprudência vem admitindo tal possibilidade com o

fito de adequar a prestação jurisdicional à realidade dos fatos, de sorte a evitar-se demora na decisão definitiva. 12. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n. 59.040, assentou que: "embora os embargos declaratórios não se destinem normalmente a modificar o julgado, constituem um recurso que visa a corrigir obscuridade, omissão ou contradição anterior. A correção há de ser feita para tornar claro o que estava obscuro, para preencher uma lacuna do julgado, ou para tornar coerente o que ficou contraditório. No caso, a decisão só ficará coerente se houver a alteração do dispositivo, a fim de que este se conforme com a fundamentação. Temos admitido que os embargos declaratórios, embora, em princípio, não tenham efeito modificativo, podem, contudo, em caso de erro material ou em circunstâncias excepcionais, ser acolhidos para alterar o resultado anteriormente proclamado".[3]

TCU. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL. Os embargos de declaração não foram originalmente concebidos para modificação da decisão embargada, mas situações excepcionais permitem a atribuição de efeitos infringentes aos embargos, mormente quando se constata de forma inequívoca que houve contradição no julgado que indevidamente imputou responsabilidade a um gestor que, de fato, não praticou o ato inquinado. Conhecimento. Provimento. Efeitos infringentes**.**
VOTO
2. No mérito, entendo que os referidos embargos devem ser acolhidos, uma vez que restou demonstrada a existência de contradição na deliberação embargada, conforme passo a discorrer. [...] . 16. Como se sabe, os embargos de declaração não foram originalmente concebidos para modificação da decisão embargada, mas situações excepcionais (v. g.: Acórdãos 56/2011,163/2009, 179/2010, 199/2010, 270/2011 e 315/2010, todos do Plenário) permitem a atribuição de efeitos infringentes aos embargos, mormente quando se constata de forma inequívoca que houve

3 AC-3665-49/13-P Sessão: 10/12/13 Grupo: II Classe: I Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.

contradição no julgado que indevidamente imputou responsabilidade a um gestor que, de fato, não praticou o ato inquinado.

ACÓRDÃO

9.1. Conhecer dos presentes embargos, [...], para, no mérito, em caráter excepcional, dar-lhes provimento com efeitos modificativos; [4]

Ora, em havendo uma omissão, cumpre a esta Corte corrigir tal falha. Se, em razão da omissão ocorreu deliberação equivocada, alheio a real existência dos fatos apresentados na contratação, é dever aplicar efeito modificativo, alterando-se o fator que levou ao julgamento desfavorável, de forma a invalidar ou substituir uma decisão equivocada por outra que abarque a verdade dos fatos, permitindo assim a correta chancela.

A omissão, como alhures dito, ficou caracterizada ante a ausência de apreciação de aspecto crucial, qual seja, o da PGE ter contratado os serviços da Brasil Telecom S/A, como usuária de serviço público, fato este que o § 3º, II, do artigo 62 da Lei de Licitações mitiga a aplicação das disposições próprias dos contratos administrativos (artigos 55 e 58 a 61), justificando que não se trata no presente caso de compra e prestação de serviço de assistência técnica, sendo que, o ajuste celebrado entre a Administração como usuária dos serviços de telefonia e internet é de execução duradoura, continuada, não caracterizando compra parcelada, embora de um lado desencadeie obrigações de execução continuada.

Vale reforçar que o *caput* e o § 4ºdo artigo 62 da Lei das Licitações e Contratações Públicas autorizam, em certas hipóteses, a substituição do “Termo de Contrato” por outras modalidades instrumentais, como no caso em comento. Tal previsão se coaduna com o comando do artigo 15, inciso III, da Lei 8.666/93 que estabelece que as

4 AC-3032-45/12-P Sessão: 08/11/12 Grupo: II Classe: I Relator: Ministro ANDRÉ DE CARVALHO - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.

compras da Administração Pública deverão, sempre que possível, submeter-se às condições de aquisição praticadas no setor privado.

Como já afirmado, tal serviço realmente não caracteriza compra parcelada, mas sim de execução continuada e duradoura, cumprindo, portanto, à Contratada a prestação de serviços de telefone e internet, e à Contratante, na condição de consumidor, a obrigação consistente no pagamento periódico das faturas emitidas.

Considerando, portanto, os efeitos já postulados, mantenho integralmente o relato e os fundamentos condutores do VOTO antes exarado.

IV – DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Embargos Declaratórios, em face da Decisão Simples n. 020/2013, ACORDAM os Conselheiros Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, reunidos na 4ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, ocorrida em 19 de março de 2014, por unanimidade, nos termos do VOTO da Conselheira Relatora Marisa Serrano, em:

1) pelo CONHECIMENTO do presente Recurso de Embargos Declaratórios;

2) no mérito, dar PROVIMENTO ao pedido formulado pelo Senhor Antônio de Souza Ramos Filho, Procurador Geral do Estado MS, para, sanando a omissão suscitada, reformar os comandos da Decisão Simples n. 020/2013, prolatada na 2ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, proferindo novo julgamento, no seguinte sentido:

2.1) declarar REGULAR E LEGAL o Procedimento de Inexigibilidade Licitatória e a

Ordem de Compra n. 11224/2011, nos termos do artigo 311, inciso I, c/c o artigo 312, inciso I, primeira parte, ambos do Regimento Interno;

2.2) determinar a remessa dos autos à Inspetoria Competente para acompanhamento e verificação da segunda fase da contratação, com vistas a apurar os atos praticados no decorrer da execução financeira contratual.

3) comunicar o resultado do julgamento aos interessados com base no artigo 50 da Lei Complementar n. 160/2012.

V – Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, Conselheiro Cícero Antonio de Souza. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral, Conselheiro Iran Coelho das Neves, Conselheiro Waldir Neves Barbosa e Conselheiro Ronaldo Chadid. Presente o Representante do Ministério Público de Contas Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Contas, Dr. José Aedo Camilo.

Campo Grande, 15 de abril de 2014.

CONSELHEIRA MARISA SERRANO

RELATORA

Ecl.