

## PARECER 41/2001

Comprovação de situação de regularidade perante o Sistema de Seguridade Social por parte de quem é contratante com o Poder Público. Exigência constitucional (§ 3º do art. 195 da Constituição Federal). Situações estranhas ao campo da contratualidade, passíveis de tratamento diferenciado, nos termos da lei. Utilização do regime de adiantamento de numerário, para atender pequenas despesas ou despesas emergenciais.

1. Trata-se de consulta, originária do Tribunal de Justiça do Estado, recebida nesta Corte em 26 de abril próximo passado, onde o Exmo. Sr. Desembargador-Presidente daquela Corte, ainda que ciente do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, indaga sobre a possibilidade da dispensa da apresentação da CND (Certidão Negativa de Débito), junto ao INSS, em situações “peculiares e excepcionais” que descreve. Tais seriam os casos em que a exigência desta documentação “torna-se praticamente inviável ou extremamente onerosa para o Poder Público”, como na realização de pequenas despesas, ou de despesas emergenciais, onde “não há condições para uma contratação formal”.

Na Consultoria Técnica, onde o expediente foi recebido em 30 de abril, foi lançada a Informação nº 57/2001, de 29-05-2001, onde se conclui “que a Administração Pública somente poderá contratar obras, serviços ou fornecimento de bens com terceiros, **após a efetiva comprovação da situação regular do contratado com o sistema de seguridade social e com o FGTS**”. Com relação a “despesas que não permitam a realização de prévio procedimento formal” ... “encontra a Administração Pública Estadual ... a possibilidade de utilizar-se do **regime de adiantamento de numerário** ...”. Lembra-se, todavia, que “... **a utilização deste procedimento também não autoriza a contratação de pessoa jurídica em débito ou irregular com o sistema de seguridade social** ...”.

Recebido o expediente nesta Auditoria (07-06-2001), foi distribuído a este Auditor.

É o relatório.

Preliminarmente, invocando-se o disposto no art. 138, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal (RITCE), lembra-se que *a resposta à consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto*.

Quanto ao mérito, embora corretas as conclusões da Consultoria Técnica, deve ser fornecida uma abordagem mais ampla ao tema, de modo a criar condições para o exercício integral das competências administrativas do Consulente.

Efetivamente, como mesmo demonstra o teor da Consulta, não se pode desconhecer o conteúdo da regra constitucional (§ 3º do art. 195 da Carta Federal), nem tampouco a norma legal com ela conectada (art. 47, I, “a”, da Lei nº 8.212/91 – Plano de Custeio da Seguridade Social), *verbis*:

*“Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:*

*“I – da empresa:*

*“a) na contratação com o Poder Público ...”*

“Empresa”, no conceito da mesma lei, é tanto a “firma individual” como a “sociedade”, que assume o risco da atividade econômica, com ou sem fins lucrativos, bem como os órgãos e entidades da Administração Pública (art. 15, I, da Lei nº 8.212/91).

Assim, a primeira vista, não parece haver dúvida quanto à necessidade da apresentação da CND por quem quer que pretenda contratar com o Poder Público, em qualquer de suas instâncias.

Neste sentido, absolutamente correto o enfoque proposto na Informação nº 57/2001, quando conclui “que a Administração Pública somente poderá contratar obras, serviços ou fornecimento de bens com terceiros, **após a efetiva comprovação da situação regular do contratado com o sistema de seguridade social e com o FGTS**”.

O que pode (e deve) ser repensado, contudo, é um outro aspecto, atinente a natureza jurídica dos fatos apresentados na Consulta, e que ensejam a

perplexidade do Consulente, ainda que ciente das normas constitucionais e legais antes referidas. As hipóteses apresentadas (situações “peculiares e excepcionais”, onde a exigência da CND “torna-se praticamente inviável ou extremamente onerosa para o Poder Público”, como nos casos de pequenas despesas, ou de despesas emergenciais, onde “não há condições para uma contratação formal”), devem ser corretamente compreendidas, na sua estrutura normativa e no seu enquadramento legal.

Inicialmente, vale reafirmar sobre a possibilidade da utilização do regime de adiantamento de numerário para casos tais como aqueles que foram contemplados na Consulta. Consagrado no art. 68 da Lei nº 4.320/64, esta hipótese “*consiste na entrega de numerário ao servidor ... para o fim de realizar despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação*”. No âmbito da legislação estadual, a matéria está tratada na Lei RS nº 10.282/94 (alterada pela Lei RS nº 10.832/96), onde, no seu art. 3º, são definidas as despesas passíveis de adiantamento, de onde se destacam aquelas:

*“a) urgentes, que não comportem delongas quanto ao pagamento ...*

...

*“c) pequenas, de pronto pagamento;*

...

*“h) com serviços sazonais ...”*

No decreto regulamentador (Decreto nº 35.706/94, alterado pelo Decreto RS nº 36.684/96), exsurge com mais clareza, o funcionamento do regime de adiantamento de numerário, onde se estabelecem limites para os seus valores (art. 6º), que “*poderão ser excedidos, mediante autorização da autoridade máxima de cada Poder*”. A comprovação quanto a utilização destes recursos (art. 11) trará uma série de documentos, entre os quais não se arrola qualquer um relacionado à “regularidade perante à Seguridade Social” daqueles com quem se verificou a relação jurídica do servidor. Aqui, portanto, e diferente do que diz a Consultoria Técnica, não há que se falar em exigibilidade da CND.

Qual a razão desta dispensa? Estaria a legislação estadual afrontando a norma constitucional?

Certo que não.

É que **estes casos**, rigorosamente, **não são de contratação**, porque a relação jurídica que se estabelece, que é estritamente de direito privado, não tem natureza negocial, mas, sim, de um **ato-fato jurídico**.

Nenhuma dúvida quanto ao fato de que a Administração Pública, quando produz fatos jurídicos onde se estabelece em relação de horizontalidade com os particulares, submete-se aos princípios norteadores do Direito Privado, ainda que sem afastar-se daqueles que orientam a atividade administrativa (em sede constitucional, no *caput* do art. 37 da Carta Federal).

Ora, desde há muito se reconhece que, ao lado das fontes contratuais e dos atos ilícitos, há outras hipóteses de geração de vínculos obrigacionais, entre as quais está o que LARENZ denominou *conduta social típica*<sup>1</sup>, gerando situações ora tratadas como *atos materiais*<sup>2</sup>, ora melhor definidas como *atos existenciais*, onde:

*“... a lei tipifica diferentes atividades dos particulares, que se tornaram usuais, comuns, no curso dos tempos. A estrutura desses negócios, recolhidos pela legislação, passou a denominar-se típica ...*

*“Essa afirmativa importa em reconhecer haver outros elementos de fixação no mundo social, além do Direito. Todos esses elementos atuam*

---

<sup>1</sup> “El moderno tráfico en masa trae consigo que en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes, nazcan obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin ...” (LARENZ, Karl, em “Derecho de Obligaciones”, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 58).

<sup>2</sup> ORLANDO GOMES, em sua obra “Transformações Gerais no Direito das Obrigações”, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 56, refere que “... No ato não-negocial, a vontade do conteúdo é irrelevante. O agente quer realizá-lo e, para tanto, manifesta a vontade, pouco importando o resultado que queira atingir. Nele se empresta relevância tão-somente à vontade da manifestação, ainda que esteja no propósito do agente obter o resultado. É indiferente, porém, que este coincida, ou não, com o previsto e determinado na lei. Em última análise, a distinção ganha clareza à luz da *teoria objetiva do negócio jurídico*, pela qual a este se considera ato de autonomia privada, natureza que não tem o ato não-negocial ...”.

Embora as imprecisões do conceito de “ato material”, como logo adiante se demonstrará, esta análise tem o valor de assinalar que é possível a produção de fatos jurídicos que, sem serem meramente acontecimentos fenomênicos, igualmente não possuem caráter negocial, e, logo, não são contratos.

*sobre a atividade dos indivíduos processando-se uma estruturação, um tipificar-se de condutas, na qual a vontade individual, em virtude da objetivação decorrente da incidência daqueles fatores sociais, vai passando para o segundo plano. Em outras hipóteses, o resultado se supõe tão obviamente desejado, a ponto de ensejar, embora possa parecer paradoxal, que não se pesquise sua existência. São os atos absolutamente necessários à vida humana. A tipificação somente cresce de ponto e de importância quando se tratar desse último tipo de ato, pois relativa-se e objetiva-se a vontade, de modo a converter o que seria, “in thesi” negócio jurídico, em verdadeiro ato-fato. Os atos de tipo existencial referem-se às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, água, etc. Ninguém poderá pensar em anulá-los desde que se realizem dentro de moldes normais e adequados, sob a alegação, por exemplo, da incapacidade de uma das partes. O número de atividades, que se insere na esfera do necessário ou existencial, depende dos usos e concepções de vida de cada povo, havendo, porém, um mínimo comum.”*

*(COUTO E SILVA, Clóvis, em “A Obrigação como Processo”, Ed. José Bushatsky, 1976, p. 92 - o trecho sublinhado o foi pelo ora parecerista).*

Chega-se então à verdadeira natureza jurídica destas situações, dentre as quais se podem recolher aquelas que serviram de base à presente Consulta. São, como já se disse, **atos-fatos jurídicos**, geradores, sim, de relações obrigacionais, inclusive para o Poder Público, mas que fogem ao âmbito da noção de contrato. Em recente edição (8ª ed., Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 2000), revista e aumentada, de sua conhecida obra “Direito das Obrigações”, ALMEIDA COSTA não deixa de referir-se à matéria:

*“35. Relações contratuais de facto.*

*“Após a análise do conceito de contrato, importa ponderar uma figura jurídica para a qual a doutrina e a jurisprudência alemãs, sobretudo, chamaram a atenção. Foi Haupt quem primeiro*

*aprofundou o problema, referindo-se a relações contratuais de facto («faktische Vertragsverhältnisse»). Aliás, esta nomenclatura, embora expressiva e muito seguida, não se mostra pacífica. Alguns autores entendem mais adequado o qualificativo de comportamentos sociais típicos («sozialtypische Verhalten»), porque ele não induz à conclusão errónea de que se trata de processos extrajurídicos e, ao mesmo tempo, salienta o aspecto, adiante considerado, de que a atribuição de relevância jurídica a tais situações resulta de uma valoração objectiva e não propriamente da vontade negocial dos participantes.*

*“Esta nova categoria dogmática tem como um dos seus principais alicerces a ideia de que, na contemporânea civilização de mas-sas, segundo as concepções do tráfico jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de facto. Quer dizer, a utilização de bens ou serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as consequências jurídicas de uma caracterizada actuação negociatória, mas que dela se distinguem.*

*“É o que se passa com os transportes colectivos, onde, muitas vezes, não se exige prévia obtenção de bilhete, o divulgado abastecimento em sistema de auto-serviço, o fornecimento de bens expostos à utilização do público e os parques de estacionamento remunerados. Opera aqui, em suma, a tipicidade de determinadas condutas: a subida para o veículo, o efectivo uso ou aquisição do produto, o acto de accionar a máquina automática, etc.*

*“Assim, na referida hipótese dos transportes colectivos, por exemplo, a pessoa que utiliza a linha de autocarros encontra-se, de acordo com os critérios gerais, obrigada ao pagamento do preço que na tarifa corresponde ao trajecto e adquire o direito a ser transportada nos termos também estabelecidos, sem que se pondere se a sua intenção consistia em emitir uma declaração de vontade com esse conteúdo, se tem ou não capacidade negocial e, inclusive, se conhece ou não as condições de transporte. Entende-se que o significado jurídico destes processos não resulta, propriamente, da vontade negocial dos participantes, mas da sua valoração no tráfico, por serem condutas sociais típicas. No caso figurado, pois, surge um contrato de transporte, tão-só porque, de acordo com os critérios generalizados, um tal resultado se encontra indubitavelmente unido a uma certa conduta do agente e não porque o mesmo haja sido querido e declarado.*

*“Decorre da doutrina exposta que a autonomia privada se realiza através de duas formas distintas: uma delas é o negócio jurídico, designadamente o contrato – no qual a aparência de vontade e as expectativas criadas podem ceder, diante da falta de consciência da declaração ou incapacidade do declarante; a outra reporta-se às relações contratuais fácticas – onde a irrelevância do erro na declaração e das incapacidades se*

*justifica por exigências de segurança, de celeridade e demais condicionalismos do tráfico jurídico. Precisamente, concluem os defensores desta construção que a doutrina do contrato, alicerçada em volta do equilíbrio entre a tutela da vontade do declarante e a tutela da confiança do destinatário, se mostra insatisfatória no domínio dos fornecimentos massificados. Só a figura das relações contratuais de facto ou dos comportamentos sociais típicos se revela adequada à sua organização e justa disciplina, em termos de eficiência e igualdade dos utentes.*

*“Não constitui esse tráfico massificado («Massenverkehr»), dentro da aludida orientação, o único quadro de situações que produzem efeitos próprios dos contratos, sem que esteja na sua base um característico acordo de vontades dos contraentes. Outras categorias de relações contratuais de facto costumam ser apontadas. Em especial: a que abrange as vinculações derivadas de um simples contacto social («sozialer Kontakt»), antes, ou mesmo independentemente, da celebração de qualquer negócio jurídico, «maxime» o caso da responsabilidade pre-contratual e o do transporte amistoso; e a das relações obrigacionais duradouras, como a de trabalho e a societária, emergentes de contratos ineficazes («lato sensu»), visando-se fundamentar a aplicação a essas hipóteses da disciplina dos correspondentes negócios e conseqüente não retroactividade da ineficácia ou invalidade.*

*“(os trechos sublinhados o foram pelo ora parecerista).”*

Em outra conhecida obra sobre o tema, o conceito exsurge com ainda maior clareza<sup>3</sup>, sendo, inquestionável que várias das situações capituladas

---

<sup>3</sup> “Do Ato-Fato Jurídico

§ 34 - Conceituação

Há outras espécies em que o fato para existir necessita, essencialmente, de um ato humano, mas, a norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. O ato humano é da substância do fato jurídico, mas, não importa para a norma *se houve, ou não, vontade* em praticá-la. Ressalta-se, na verdade, a conseqüência do ato, ou seja, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em praticá-la. A essa espécie Pontes de Miranda dá o nome de ato-fato jurídico.

§ 35 - Espécies

dentro do regime de adiantamento de numerário envolvem atos-fatos jurídicos, e não contratos (que são, sempre, negócios jurídicos). Só desta forma se explica a mais absoluta ausência de qualquer referência, na legislação pertinente, quanto ao cumprimento de regras (constitucionais e de legislação de caráter nacional) sobre regularidade junto ao Sistema de Seguridade Social. Imagine-se que, ao antecipar numerário para o servidor fazer frente a pequenas despesas (o bilhete do transporte coletivo, o gasto com o táxi ou as despesas com cópias reprográficas), fosse obrigatório que esse mesmo servidor exigisse a CND da transportadora, do motorista de táxi ou do lojista do “xerox”. Não há o menor sentido nesta hipotética conduta porque o que se faz, aí, não é um contrato, embora exista fato jurídico, relevante para a Administração.

Em conclusão, pode-se afirmar que é possível para a Administração Pública realizar despesas com a aquisição de bens e serviços de particulares sem exigir comprovação da regularidade destas pessoas para com o Sistema de Seguridade Social, desde que não se tratem os casos de contratos, mas de atos-fatos jurídicos. Para tanto, deverá valer-se o Poder Público do regime de adiantamento de numerário, nos casos e nos limites previstos em lei.

É o meu parecer.

Auditoria, 25 de junho de 2001.

CESAR SANTOLIM

Auditor Substituto de Conselheiro

---

No conceito de ato-fato jurídico estão incluídos os atos reais, os casos de indenizabilidade sem culpa e os casos de caducidade sem culpa. Por isso, podemos classificar os atos-fatos jurídicos em: 1) atos reais; 2) atos-fatos jurídicos indenizativos; e 3) atos-fatos jurídicos caducificantes.

1) - Os *atos reais (Realakten)*, também denominados atos materiais (*Tathandlungen*), consistem em atos humanos de que resultam circunstâncias fácticas, geralmente, irremovíveis. Em todas essas expressões, desde aquelas cunhadas pela doutrina alemã à criada por Pontes de Miranda, se dá relevo à particularidade de que é o *fato resultante* que importa para a configuração do fato jurídico, não o ato humano como elemento volitivo. Na especificação, por exemplo, interessa o resultado que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade em obtê-la. O louco que pinta um quadro, adquire a sua propriedade e não importa ao menos se ele sabia, ou não, o que estava realizando. A criança que descobre o tesouro enterrado no fundo do quintal, adquire-lhe a propriedade, independentemente de ter querido, ou não, descobri-la. Nessas espécies, como na ocupação, na produção de obra artística, literária e científica, na caça, na pesca, na invenção, não se tem em conta a vontade em praticar o ato, mas, simplesmente, se toma o resultado, que é dado fáctico com lugar no mundo; por isso mesmo, não pode ser ignorado sob pena de, em se negando a realidade empírica, contrariar-se a própria natureza das coisas.” (MELLO, Marcos Bernardes de, em “Teoria do Fato Jurídico”, 5ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 106/107 – o trecho sublinhado o foi pelo ora parecerista).

**DECISÃO:** O Tribunal Pleno, **em sessão de 25-07-01**, ressaltando o contido no artigo 138, parágrafo 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, no sentido de que a resposta à Consulta não constitui prejudgamento de fato ou de caso concreto, à unanimidade, acolhe o Voto do Senhor Conselheiro-Relator e decide encaminhar à Autoridade Consulente cópia do Parecer nº 41/2001, da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro Cesar Santolim, acolhido por este Plenário, nesta data.