

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Marcos Augusto Perez, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Cymbalista, Fábio Barbalho Leite, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Wladimir Antonio Ribeiro, Adriana Roldan Pinto de Lima, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Lícínia dos Santos Silva Filho, Evane Beiguelman Kramer, Fernando Herren Aguillar, Helga Araruna Ferraz de Alvarenga, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Milene Louise Renée Coscione, José Alexandre Ferreira Sanches, Cláudimir Daniel Rosa Salomoni, Carolina da Fátima Silvério, Caio de Souza Loureiro, Raul Felipe Borelli, Ana Luiza Simoni Paganini, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Mafra Elbel Simão, Carlos Renato Lonel Alva Santos, Flávia Cardoso Campos Guth, Daniel Stein, Monica Salles Lanna, Bruno Moreira Kowalski, Marina Fontão Zago, Eduardo Stênio Silva Sousa, Adriana de Moraes Vojvodic, Mais Moreno, Carlos Alberto Laurino, Izabel Maria Teixeira de Almeida, Diego Gonçalves Fernandes, Fernanda Esbízaro Rodrigues, Marina Cardoso de Freitas, Elisa Martinez Giannella, Mariana Carvalho de Miranda, Eduardo Rodrigues Lopes, Bruna Silveira Sahadi, Mariana Magalhães Avelar, Fabricio Abdo Nakad, Marcus Vinícius Siqueira Dezem, Nara Carolina Merlotto, Marcela de Oliveira Santos, Pedro Gabriel Lopes, Alexandre Rodrigues de Sousa, Andréia Berthault Moura, Juliana Deguirmendjian, Pedro Henrique Biella Massola

P A R E C E R

DIREITO CONSTITUCIONAL. Liberdades públicas. Direito de associação e de criar cooperativas. Vedações de interferência estatal no funcionamento de cooperativas (art. 5º, XVIII, da CF).

DIREITO ADMINISTRATIVO. Contratos Administrativos. Serviço Público. Saneamento Básico. Serviços Públicos de Manejo de Resíduos Sólidos. Contrato de prestação de serviços de processamento e de comercialização de resíduos sólidos, celebrado pelo Poder Público municipal com cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, mediante a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XXVII, da Lei nº 8.666/1993.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

DIREITO CIVIL. DIREITO DOS CONTRATOS. CONTRATOS FIDUCIÁRIOS. CONTRATO DE *TRUST*. No contrato de *trust*, uma pessoa, designada como *instituidor* (*settlor*), transfere a propriedade sobre bens, ou a titularidade sobre créditos, a um *agente operador* (*trustee*), para que este exerça os direitos de propriedade ou de titularidade em favor de um *beneficiário* (*cestuis que trust*). O uso do instituto do *trust* no direito brasileiro dá-se, usualmente, por intermédio de categorias contratuais do direito brasileiro, dentre as quais se destacam o *contrato de mandato* e o *contrato de instituição de fundo privado*. Necessidade de medidas adicionais para que o uso de categorias contratuais do direito brasileiro alcance segurança jurídica semelhante à do contrato de *trust*.

DIREITO COOPERATIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. “*Adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas*” (art. 146, III, “c”, da CF). Compreensão legal de atos cooperativos como “*os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando*

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

*associados, para a consecução dos objetivos sociais”, pelo que não implicam “operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria” (art. 79, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971).*

*No contrato administrativo celebrado mediante adesão ao instrumento instituído pela Resolução nº 28/Amlurb/2014 (“Contrato Amlurb”), por meio do qual o Poder Público municipal contratou cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis para a prestação de serviços de processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos, no qual os serviços prestados são remunerados mediante dação em pagamento dos resíduos triados, a venda de ditos resíduos, pelas cooperativas contratadas, a terceiros não vinculados ao contrato administrativo, configura **ato do comércio** (venda e compra de mercadorias, **in casu** matérias primas recicladas), inclusive para fins tributários.*

*O Agente Operador previsto no Contrato Amlurb atua na qualidade de **trustee**, especialmente quando no exercício das funções de administrador de fundo privado designado como “Fundo Paulistano de Reciclagem”. Dever do Agente Operador de, tanto quanto possível, segregar os bens e direitos advindos de sua posição de **trustee** de seus próprios bens e direitos. Na qualidade de administrador (mandatário), o Agente Operador deve (i) cuidar da boa prestação e da formalização da entrega dos serviços prestados no*

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

regime que o Contrato Amlurb designa como especial, (ii) receber os bens que, em contrapartida a tais serviços, sejam pagos mediante dação e, ainda, (iii) comercializar ditos bens, inclusive emitindo as notas fiscais correspondentes a cada operação de serviço ou de venda de mercadorias, integrando as receitas obtidas ao fundo privado que administra. Na administração dos recursos do fundo, e de suas outras obrigações de gestão, o Agente Operador possui autonomia operacional, devendo obediência às metas e às diretrizes fixadas por Conselho Gestor, desde que estas não contrariem as obrigações previstas em contrato (tanto o celebrado pelo Agente Operador após procedimento seletivo público, como o próprio “Contrato Amlurb”).

*No regime contratual designado como especial, o material triado é propriedade em regime de condomínio de todas as cooperativas contratadas. A integração do valor obtido com a venda destes materiais em fundo privado que representa o condomínio de cooperativas, bem como os atos posteriores de gestão deste fundo privado e de apuração de seus resultados, a serem distribuídos entre as cooperativas, por sua índole **interna corporis**, configuram **atos cooperativos**, porque se tratam de atos praticados entre si pelas cooperativas, na consecução de seus objetivos sociais. Inteligência do art. 79, **caput**, da Lei nº 5.764/1971. Imunidade de tais atos a tributos e a outras formas de intervenção da Administração Pública, inclusive a Tributária, ante a garantia constitucional de que é vedada a interferência estatal no funcionamento de cooperativas (art. 5º, **caput**, XVIII, da CF).*

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

SUMÁRIO

I.	RELATÓRIO	6
II.	CONSULTA	8
III.	INTRODUÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS COOPERATIVAS	10
IV.	CONHECENDO E INTERPRETANDO O CONTRATO ENTRE A AMLURB E AS COOPERATIVAS DE CATAORES..	19
	IV.1. Introdução	19
	IV.2. Do procedimento de contratação	20
	IV.3. Do vínculo contratual primário: a prestação dos serviços com pagamento mediante dação de bens	23
	IV.4. Dos vínculos contratuais secundários: instituição de fundo privado gerido por agente operador, de forma a afetar o patrimônio ao cumprimento de obrigações com a amlurb, com a distribuição dos resultados para as cooperativas de catadores contratadas.....	30
	α) Introdução.....	30
	β) O fundo como universalidade de direito.....	32
	γ) Fundo e contrato de mandato.....	36
	δ) Fundo e sociedades não personificadas.....	40
	ε) Contrato Amlurb e fundos de investimentos	45
	ζ) Fundo privado e contrato de “trust”	46
	η) O agente operador (“trustee”) no Contrato Amlurb.....	50
	θ) Medidas complementares em razão dos riscos de default do trustee	54
	ι) Medidas complementares em razão dos riscos para o trustee	61
	κ) o Contrato de Fundo Privado gerido por Agente Operador	63
V.	COMERCIALIZAÇÃO DE RESÍDUOS TRIADOS POR COOPERATIVA DE CATAORES EM REGIME ESPECIAL..	68
VI.	NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA NA DISTRIBUIÇÃO PARA AS COOPERATIVAS DE CATAORES DOS RESULTADOS DO FUNDO PAULISTANO DE RECICLAGEM.....	71
VII.	CONCLUSÕES.....	77
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

I. RELATÓRIO

O MUNICÍPIO DE S. PAULO, por meio da AUTORIDADE MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA - AMLURB, utilizando-se do previsto no artigo 24, XXVII, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, contratou cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, para, em comunhão de esforços, realizarem o processamento e a comercialização de resíduos sólidos urbanos reutilizáveis e recicláveis.

A contratação se deu mediante adesão das cooperativas ao instrumento de contrato instituído pela Resolução nº 28/AMLURB/2014, publicada no Diário Oficial do Município de 1º de maio de 2014. Tal instrumento, em síntese, prevê que:

(i) três regimes de execução contratual: *regime especial, regime de transição e regime pleno*;

(ii) os serviços prestados pelas cooperativas de catadores serão remunerados pela Amlurb por meio de *dação em pagamento*¹ dos resíduos triados²;

¹ A *dação em pagamento* é instituto de Direito Privado, consistente no pagamento *in specie*, ou seja, mediante a entrega de um ativo em seu estado atual, ao invés de vendê-lo e realizar o pagamento em dinheiro. Tal forma de adimplemento de obrigação está prevista pelo Código Civil, que em Capítulo intitulado “*Da dação em pagamento*”, prevê que “*Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida*”, bem como que “*Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda*”.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

(iii) no caso dos resíduos triados pelas cooperativas em *regime de transição* e em *regime pleno*, tais resíduos tornam-se propriedade das cooperativas que os triaram; já os resíduos triados pelas cooperativas em *regime especial*, a propriedade será transferida a todas as cooperativas contratadas, em regime de condomínio, representadas por um terceiro, designado como *Agente Operador* do *Fundo Paulistano de Reciclagem* (“Agente Operador”);

(iv) os resíduos sob a gestão do *Agente Operador* serão comercializados e o valor assim obtido integrará o *Fundo Paulistano de Reciclagem* (“Fundo”)³;

(v) o *Conselho Gestor* do Fundo Paulistano de Reciclagem (“Conselho Gestor”), é o responsável por fixar *diretrizes* para a gestão

² Observe-se que, após a triagem dos materiais reutilizáveis e recicláveis, remanescerão os *rejeitos*, ou seja, “resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada” (art. 3º, XV, da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 – Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, doravante, neste texto, designada como “Lei da PNRS”). Como a dação em pagamento se deu apenas em relação aos *resíduos triados*, os *rejeitos* continuam sobre a propriedade e responsabilidade do Poder Público Municipal – para maiores detalhes sobre este aspecto, v. RIBEIRO, 2014, p. 102-171.

³ No Contrato Amlurb o nome do fundo privado é “*Fundo para a Implementação da Coleta Seletiva de Secos e da Logística Reversa com a Inclusão Social dos Catadores de Materiais Recicláveis*”. Por ocasião do registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), ganhou o nome fantasia “*Fundo Paulistano de Reciclagem*”. Observe-se que se trata de um fundo contábil, e não meramente financeiro. Com isso, mesmo os resíduos *in natura* integram tal fundo, constituindo-se em seu ativo; havendo a comercialização, tal ativo transmuda de físico para financeiro, para *continuar integrado* ao mesmo fundo privado.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

do Fundo, sendo que a *gestão propriamente dita* está a cargo do Agente Operador;

(vi) os recursos alocados no Fundo estão afetados ao cumprimento das obrigações contratuais, de acordo com o previsto no instrumento de contrato de adesão, especialmente de seu anexo intitulado “Estatuto do Fundo”, complementadas pelas normas emitidas pelo Conselho Gestor;

(vii) após o cumprimento das obrigações, os resultados serão distribuídos entre as cooperativas, observados os critérios fixados pela Amlurb.

Como se vê, o contrato administrativo *sub examine* prevê uma estrutura complexa de direitos e obrigações. No âmbito de dito contrato, as partes contratantes, mediante o CONSELHO GESTOR DO FUNDO PAULISTANO DE RECICLAGEM, querem conhecer a natureza jurídica de alguns dos atos reunidos no plexo contratual, especialmente no que toca a suas repercussões tributárias.

Por essa razão, honram-nos com a seguinte

II. CONSULTA

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Vazada em dois quesitos:

Quesito 1. *A venda dos resíduos recicláveis e reutilizáveis triados pelas cooperativas em regime especial de execução contratual, resíduos cuja propriedade é de todas as cooperativas contratadas, em regime de condomínio, pode ser efetuada pela própria cooperativa em regime especial? Poderá tal comercialização ser realizada pelo Agente Operador que, mediante mandato, representa a todas as cooperativas que integram o condomínio?*

Quesito 2. *A distribuição dos resultados apurados pelo Fundo Paulistano de Reciclagem entre as cooperativas que cooperam entre si por meio do dito Fundo está sujeita à tributação?*

Para responder às questões, será necessário, em primeiro lugar, realizar uma *introdução ao regime jurídico das cooperativas*, porque este regime influencia decisivamente a resposta dos quesitos supratranscritos.

A seguir, a tarefa será compreender e analisar *o contrato administrativo*, que possui características peculiares, com destaque para o fundo privado por ele instituído. Nesse tópico, serão analisadas diversas relações jurídicas enfeixadas no plexo contratual, dentre eles a *prestaçao de serviços*, o papel do *Conselho Gestor* e do *Agente Operador*, e, ainda, aspectos

da gestão do *Fundo Paulistano de Reciclagem*, em especial a *distribuição de resultados* do Fundo às cooperativas.

Estabelecido este quadro, passar-se-á à adequada *identificação* das *relações jurídico-contratuais* que consideramos mais relevantes, tanto para facilitar o seu adequado registro contábil, bem como para evidenciar suas consequências tributárias.

III. INTRODUÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS COOPERATIVAS

A liberdade é um dos principais bens tutelados constitucionalmente e possui diversas dimensões. Dentre elas, a de *livre manifestação do pensamento*, ou a de *se reunir livremente* e, no que interessa aqui mais de perto, a *liberdade de criar associações e cooperativas*. Repete-se: o direito de criar associações e cooperativas é uma das mais importantes dimensões da liberdade, vale dizer, é *direito fundamental*, decorrendo disso o seu assento constitucional e o seu regime jurídico próprio, por meio do qual se reforça a sua proteção⁴.

É nesse campo, onde se destaca regime jurídico específico, **de proteção reforçada**, que se deve compreender o que prevê o inciso XVIII

⁴ O regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais é um dos temas clássicos do Direito Constitucional e recebeu grande atenção da doutrina jurídica. Por todos, veja-se CANOTILHO, 1998, p. 1.121-1.166 e ALEXY, 1986.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

do artigo 5º da Constituição Federal: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

A expressão **proteção reforçada** não foi aqui mencionada de forma ociosa. É que, na dimensão da proteção jurídica, os direitos reconhecidos como *direitos fundamentais*, e desta forma consagrados pelo texto constitucional, possuem um regime de proteção excepcional. O sistema jurídico existe, em primeiro lugar, para assegurar a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, *caput*, III, da Constituição Federal), cuja compreensão assume a forma dos direitos fundamentais⁵. Com isso, todo o esforço do sistema jurídico deve ser o de assegurar a **máxima eficácia** aos direitos fundamentais, e não por acaso Peter HÄBERLE (1963) designa os direitos fundamentais como “sistema objetivo, unitário, de significação constitutiva para o conjunto da Constituição”⁶.

Doutro lado, de se ver que a Constituição assegura não só o direito de criar cooperativas, mas *veda a interferência estatal em seu*

⁵ Na doutrina jurídica mais moderna muitos autores defendem que o que, atualmente, define e individualiza a própria noção de direito são os direitos fundamentais – v., por todos, CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 9-72.

⁶ HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*. 3. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1983 – há excelente tradução castelhana, da qual aqui nos utilizamos: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, de Joaquim Brage Camazano, 2003, p. 7. Observe que a problemática analisada por HÄBERLE é como compreender os direitos fundamentais no confronto de um com os outros, sem que nenhum deles seja prejudicado a ponto de não ver atendido sequer o seu conteúdo essencial.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

funcionamento. Ou seja, assegura um espaço de liberdade associativa e econômica, impondo ao Estado a *obrigação de não interferir*. E desde já se diga que o Estado, que está proibido de interferir, também é o Estado na sua expressão fiscal.

Vejamos isso mais de perto. Apesar de o sistema econômico consagrado pelo texto constitucional assegurar a livre iniciativa, voltada ao lucro e ao mercado, também preserva outros valores, prevendo inclusive atividades econômicas que estão sob o controle público. E, ainda mais, assegura que deve ser apoiado e estimulado “*o cooperativismo e outras formas de associativismo*” (art. 174, § 2º, da Constituição Federal).

Não se trata de, aqui, se dizer que o sistema constitucional brasileiro seria semelhante ao sistema constitucional português, na sua concepção de 1976, no qual se dizia que “organização econômico-social assenta”, dentre outros, no princípio da “coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção” (art. 80º), mas que, ao lado do *setor privado*, há espaços para o *setor público* e, mediante incentivos e proteções adequadas, também para um *setor cooperativo* da economia.

O *cooperativismo* é uma terceira via. Não se trata de uma atividade econômica nas mãos do Estado, nem uma instituição de natureza absolutamente capitalista. Como ensina o Professor Waldírio BULGARELLI, “Apresenta-se o cooperativismo como um sistema reformista da sociedade que

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

quer obter o justo preço, abolindo o intermediário e o assalariado, através da solidariedade e da ajuda mútua. Filosoficamente, o principal objetivo que aspira é o aperfeiçoamento moral do homem, pelo alto sentido ético da solidariedade, complementado na ação, pela melhoria econômica” (BULGARELLI, 1967, p. 27).

Aspecto fundamental das cooperativas é que sua gestão se difere completamente da gestão das empresas puramente capitalistas. Sigamos nas lições do Professor BULGARELLI, que, ao enumerar os princípios que regem as cooperativas, afirma: “A cada associado um voto, ou gestão democrática, estabelece a predominância da pessoa sobre o capital. Assim, todo o associado tem direito a um voto, seja qual for o valor de suas cotas de capital; todo associado pode dessa forma votar e ser votado, participando da gestão da sociedade” (IDEM, *ibidem*, p. 23).

Observe-se que, ao mesmo tempo em que vige o princípio da *gestão democrática*, vige também no regime cooperativo o princípio da *distribuição do excedente pro rata*, ou seja, “as sobras pertencem aos associados e devem ser distribuídas de forma a não permitir que uns ganhem à custa de outros”. Essa distribuição, feita por decisão dos associados, pode ser: a) para o desenvolvimento da cooperativa; b) para a provisão de serviços

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

comuns, ou c) para distribuição entre os associados, em proporção às suas operações com a sociedade (IDEM, *ibidem*, p. 29).⁷

A doutrina cooperativista é, portanto, um movimento internacional, com princípios e bases muito bem definidos e sólidos e suas aplicações pode dar-se em diversas formas: (i) na *aquisição de bens*, sejam bens de consumo, como alimentos e outros do dia-a-dia, sejam bens de capitais, como a provisão de habitação⁸; (ii) na *prestaçao de serviços*, como de saúde ou de educação; (iii) no *acesso ao crédito*⁹; (iv) na *organização do trabalho e da produção*, como no caso das cooperativas agrícolas¹⁰. Há, inclusive, *cooperativas integrais*, que cuidam de tudo o que mencionamos

⁷ Observe-se que tudo o dito aqui se coaduna com a disciplina legal das Cooperativas, que nos termos do Código Civil são assim caracterizadas: "Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa: I - variabilidade, ou dispensa do capital social; II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; IV - intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; V - *quorum*, para a assembleia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado; VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; VII - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade".

⁸ Sobre o tema, v. BUCCI, 2003. Também merece menção o antigo, mas ainda importante estudo, de BULGARELLI, *As cooperativas e o Plano Nacional de Habitação*, 1966.

⁹ Sobre as cooperativas no campo do crédito, fundamental mencionar o que dispõe o *caput* do art. 192 da Constituição Federal: "*O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive (...)*".

¹⁰ Também aqui há expressa previsão do texto constitucional, que prevê que a política agrícola deve promover, dentre outros instrumentos, também o cooperativismo (art. 187, VI).

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

antes, e também dos trabalhos domésticos, dos cuidados com as crianças e de praticamente todas as demais atividades de interesse da vida¹¹.

A cooperativa é, assim, uma forma de a personalidade humana se exprimir e se inter-relacionar com outras, mesmo na produção e no consumo, ou seja, no campo das atividades econômicas, que não são privilégio das entidades capitalistas, voltadas ao lucro. O nosso sistema constitucional é plural o suficiente para proteger e incentivar formas alternativas de organização econômica, inclusive as fundamentadas na solidariedade.

Reitere-se: o direito de criar cooperativas, e de delas participar, insere-se no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. Trata-se de expressão da liberdade humana, ínsita ao conceito de dignidade, que por isso recebeu reforçada proteção do sistema jurídico. Em contrapartida, no sentido de assegurar esse direito *mesmo em face do Estado*, a Constituição proclama que, em relação às cooperativas, é *vedada a interferência estatal em seu funcionamento*.

Ora, o Estado atua das mais diversas formas, sendo uma delas, e das mais relevantes, a atividade tributária. E, justamente, para deixar claro que, nesse campo, a proteção ao regime cooperativo não é diminuído, a Constituição Federal também prevê que “cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente

¹¹ Exemplo desse tipo de cooperativas são os Kibutzs. Para maior compreensão sobre o tema, v.: BULGARELLI, *O Kibutz e as cooperativas integrais*, 1966.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

sobre: (...) c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas" (art. 146).

Ou seja, no campo do *ato cooperativo*, que caracteriza essas relações associativas típicas da cooperativa, deverá haver um tratamento tributário *adequado*, de forma a não permitir que haja interferência do Estado em aspecto da liberdade humana que a Constituição, em sua Declaração de Direitos, assegurou de forma tão solene.

E no campo da Administração tributária, isso, certamente, se justifica.

Como o *Chief of Justice* Marshall afirmou em famoso julgamento da Suprema Corte americana, "*the power to tax involves the power to destroy*"¹², ou seja, quem tem o poder de tributar tem o poder de destruir. Por isso, estaria esvaziada a garantia que a Constituição proclama em relação às cooperativas, se o sistema tributário interferir de forma a prejudicá-las ou inviabilizá-las. Daí que a Constituição criou o instituto do *ato cooperativo*, a que se deve dar tratamento tributário *adequado*, que passa a ser um instituto central, eis que, por meio dele, é que se torna de fato efetiva a liberdade constitucional de criar e de manter em funcionamento as cooperativas.

Mas como definiu a legislação o *ato cooperativo*?

¹² McCulloch v. Maryland (4 Wheaton, 316 U.S., 1819, p. 407).

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Como não se editou até hoje a lei complementar prevista na Constituição Federal, por força do previsto no art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), deve se aplicar a legislação anterior, recepcionada, nesse particular, como lei complementar.

Isso nos remete à Lei federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que “Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências”, a qual, em seu artigo 79, prescreve:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas **e pelas cooperativas entre si** quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

Observe-se que são *atos cooperativos* os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e, no que interessa muito aqui, *pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais*¹³.

¹³ O conceito de *ato cooperativo* parece tributário do conceito de *atos de comércio*, cuja matriz é o Direito francês. Os *atos de comércio* seriam atos praticados no exercício habitual e profissional da profissão de comerciante, bem como aqueles atos reputados pela lei como comerciais, mesmo que praticados por não comerciantes. Sobre o tema há profusa bibliografia, v. por todos, a obra histórica de Joaquim Xavier CARVALHO DE MENDONÇA, intitulada *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol I, recentemente reeditada (S. Paulo: Bookseller Editora, 2000), especialmente suas págs. 520-521. O conceito de *ato de comércio* servia a que, por razões históricas, se distinguisse o regime do *Direito Comercial*, próprio de

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

O ato cooperativo é, assim, o ato *interna corporis*, integrante do âmbito associativo cooperativado, onde a Constituição Federal afirma que é *vedada a intervenção do Poder Público*. A questão, antes de tributária, ou civil, é de *direitos fundamentais*, e nesse campo, como já se disse, está-se no âmbito de proteção reforçada. Daí porque o *ato cooperativo* não poder gerar tributo ou qualquer outra intervenção do Poder Público que prejudique a atividade cooperativa, ou a ponha em inferioridade às outras formas de organização da atividade econômica.

Vê-se, assim, que os atos internos de cooperação entre cooperativas, no âmbito do mesmo contrato, com vistas à consecução de seus objetivos sociais, são tão por evidentes *atos internos*, como *atos cooperativos*. Por isso que protegidos da intervenção do Poder Público, mesmo em sua esfera tributária.

tais atos, do regime do *Direito Civil*, aplicável às demais relações jurídicas de direito privado, levando à famosa dicotomia desse ramo do Direito. Atualmente tal questão se encontra superada, especialmente após o advento do Código Civil de 2002, por meio do qual o sistema jurídico brasileiro se filiou à *teoria da empresa*, do Direito italiano, dando origem a um regime mais uniforme, o que faz Fábio Ulhôa COELHO (2006, p. 26) afirmar que “*em termos gerais, ao contrário do que se verificava no passado, sob a égide da teoria dos atos de comércio, é cada vez mais dispensável discernir a natureza civil ou empresarial do exerceente de atividade econômica, para aplicar o direito em vigor no Brasil*”. De qualquer forma, o esforço, em relação às cooperativas, foi o de identificar o *ato cooperativo*, distinguindo-os dos atos *civis* e *comerciais*, para que seja dado a ele adequado tratamento jurídico, à altura da proteção constitucional ao direito de criar e manter cooperativas.

**IV. CONHECENDO E INTERPRETANDO O
CONTRATO ENTRE A AMLURB E AS
COOPERATIVAS DE CATADORES**

IV.1. INTRODUÇÃO

Como dito ao início, as questões analisadas neste Parecer referem-se ao *Contrato de Prestação de Serviços de Processamento e Comercialização de Resíduos Sólidos Secos Reutilizáveis ou Recicláveis* celebrado pela Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – Amlurb com diversas cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, que aqui será designado “Contrato Amlurb”.

Tal *modelo contratual* já foi objeto de nossa análise, no âmbito dos estudos elaborados para a edição do Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município de São Paulo (PGIRS/PMSP). Contudo, tendo em vista a efetivação da contratação, cabe aqui analisar alguns dos aspectos de sua configuração *concreta*, quais sejam:

(i) a *prestação de serviços remunerada mediante dação em pagamento*, que é o vínculo contratual principal, e

(ii) a *instituição de fundo privado gerido por agente operador*, vínculo contratual derivado.

IV.2. DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO

A Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – Amlurb, por meio da Resolução nº 28/2014, instituiu instrumento de *Contrato de Prestação de Serviços de Processamento e Comercialização de Resíduos Sólidos Secos Reutilizáveis ou Recicláveis*, provenientes da coleta seletiva de secos do Município de São Paulo. A seguir, nos termos de edital que também publicou, e que fixou prazo para tanto, diversas *associações ou cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis* interessadas, previamente habilitadas mediante cadastro junto à Amlurb, subscreveram termo de adesão ao instrumento instituído pela Resolução Amlurb nº 28/2014, aperfeiçoando-se a contratação¹⁴.

De se ver que esta forma de contratação, a um só tempo, configura situação de *inexigibilidade* e hipótese de *dispensa de licitação*.

Inexigibilidade porque, uma vez que podem ser contratadas – a depender de seu respectivo interesse – *todas as cooperativas e associações de catadores habilitadas*, torna-se inviável a competição, ou seja, é desnecessário um processo de escolha¹⁵.

¹⁴ Este cadastro possui por objetivo certificar que as cooperativas ou associações estão regularmente constituídas e que são “formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis”, de forma a atender ao previsto no art. 24, XXVII, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública.

¹⁵ A inexigibilidade de licitação se configura exatamente na hipótese em que houver *inviabilidade de competição*, nos termos do previsto no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666, de

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Quanto à *dispensa de licitação*, porque a situação concreta é a prevista, como *fattispecie*, no art. 24, XXVII, da Lei nº 8.666, de 1993, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

.....

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

1993. Orientada por essa norma, a Administração Pública passou a utilizar o procedimento do *credenciamento*, por meio do qual contrata todos os interessados que se habilitarem em procedimento específico de cadastro, a que se deu ampla publicidade, para a execução de atividades ou o fornecimento de bens semelhantes, e sob as mesmas condições econômicas. Apesar de ser prática não expressamente prevista na legislação, o *credenciamento* é largamente utilizado pela Administração Pública e admitido pela doutrina e pela jurisprudência, em especial das cortes de contas, como pode ser ver do seguinte trecho de decisão do Tribunal de Contas da União: “*embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão*” (Acórdão n.º 351/2010-Plenário, TC-029.112/2009-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.03.2010). Interessante notar que se trata de procedimento muito diferente do que seria comum em matérias de contratações da Administração Pública, onde tudo é muito formal e disciplinado pela legislação, o que pode explicar a seguinte opinião do Professor Adilson Abreu DALLARI (2006): “*Credenciamento é algo como bruxaria: ninguém acredita nele, mas que ele existe, existe! Essa é a impressão que se tem ao compilar os principais repositórios de jurisprudência e os índices das principais revistas jurídicas.*”.

Como facilmente se deduz, para a configuração da hipótese de dispensa de licitação, necessário se atender, *cumulativamente*, a três requisitos:

(i) o primeiro é de ordem *objetiva*, relativo ao *objeto do contrato*, que deve sempre se referir a serviços de *coleta*, de *processamento* e de *comercialização* de *resíduos sólidos recicláveis ou reutilizáveis*, sendo tais resíduos deve ser originários de *sistema de coleta seletiva de lixo*¹⁶;

(ii) o segundo é de natureza *subjetiva*, porque os contratados pela Administração Pública devem ser *associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis*;

(iii) o terceiro e último requisito é *procedimental*, já que, para a configuração da hipótese de dispensa de licitação, prevê-se que os serviços devem ser executados *com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública* – aspecto sobre o qual as partes contratantes, especialmente a Administração Pública, possuem o dever de exercer especial vigilância.

¹⁶ Não pode ser objeto deste contrato, por exemplo, resíduos recicláveis e reutilizáveis que, por não se integrarem à categoria de resíduos sólidos urbanos, sejam resíduos cuja destinação final adequada seja responsabilidade do próprio gerador (sobre o tema, v. RIBEIRO, 2014, p. 102-171).

IV.3. DO VÍNCULO CONTRATUAL PRIMÁRIO: A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS COM PAGAMENTO MEDIANTE DAÇÃO DE BENS

Como acima descrito, por meio de sua Autoridade Municipal de Limpeza Urbana - Amlurb, a Administração Pública do Município de São Paulo celebrou *contrato de prestação de serviços de processamento e comercialização de resíduos sólidos*¹⁷ com diversas cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, no regime da Lei nº 8.666, de 1993. Tal regime, dentre outras consequências, submete a execução do contrato ao permanente acompanhamento e fiscalização da Administração Pública contratante¹⁸.

No âmbito do contrato, as cooperativas de catadores se obrigaram a *prestar determinados serviços*, na forma prevista no instrumento contratual¹⁹, e a Administração Pública, em contrapartida a esses serviços, comprometeu-se a realizar pagamentos *in specie*, mediante a transferência, para as cooperativas de catadores, da propriedade do material reutilizável e reciclável por elas triado (*dação em pagamento*).

¹⁷ Ressalte-se que, embora o artigo 24, inciso XXVII, da Lei nº 8.666, de 1993 autorize a dispensa de licitação para contratação das cooperativas de catadores para realizar a *coleta*, tal serviço não foi objeto do contrato sob exame, tendo a Amlurb contratado as cooperativas e associações de catadores tão somente para a prestação de serviços de *processamento* e de *comercialização* de resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis.

¹⁸ V. art. 67 e seguintes da Lei nº 8.666, de 1993. Esse regime também atrai a atuação dos órgãos de controle, dentre eles a da Controladoria Geral do Município de São Paulo e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

¹⁹ Conforme o instrumento de contrato é obrigação das cooperativas de catadores “*comercializar os resíduos triados de acordo com o REGIME DE EXECUÇÃO*” (Cláusula Décima Primeira, item IV), além de “*triar, prensar, acondicionar, armazenar, beneficiar o material entregue...*” (item X da cláusula acima citada).

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Evidentemente que cada cooperativa contratada deve emitir nota fiscal de serviços, e apresentá-la para a Amlurb, no sentido de registrar os serviços prestados no âmbito do contrato. Como se trata de operação que envolve cooperativa e terceiro que não é cooperativa (Administração Pública, nomeadamente a Amlurb), observe-se que *não se trata* de ato cooperativo, podendo, portanto, configurar fato gerador de tributo, dentre outros, do Imposto Sobre Serviços – ISS. Como o pagamento se realiza *in specie*, mediante a dação em pagamento dos resíduos *triados*, o valor que deve ser atribuído à operação é o valor de tais resíduos.

Este último aspecto merece atenção.

No regime contratual *há duas espécies de dação em pagamento*. Apesar de a contrapartida (pagamento) pelos serviços prestados pelas cooperativas realizar-se, unicamente, por meio de dação em pagamento, a apropriação econômica dessa dação em pagamento por parte das cooperativas é diferenciada, de acordo com o *regime de execução* do contrato a que estejam submetidas.

Esclarece-se.

A Cláusula Quarta do instrumento contratual prevê que o contrato será executado sob três regimes de execução distintos:

(i) *Regime Pleno* (a cooperativa de catadores pode comercializar *livremente* os resíduos dados em pagamento);

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

(ii) *Regime de Transição* (a cooperativa de catadores contratada pode comercializar os resíduos dados em pagamento *desde que os preços praticados não sejam inferiores aos ofertados pelo Agente Operador*);

(iii) *Regime Especial* (a cooperativa de catadores *não pode comercializar os resíduos dados em pagamento*, sendo que as quantias obtidas com a sua comercialização devem ser destinadas ao Fundo Paulistano de Reciclagem, instituído pelo mesmo contrato).

A forma de pagamento mediante dação também muda conforme o regime de execução contratual:

(i) no caso das cooperativas em Regime Pleno ou de Transição, o pagamento dar-se-á mediante a aquisição da propriedade dos resíduos por ela triados e mais uma parcela, em dinheiro, mediante distribuição dos resultados do Fundo Paulistano de Reciclagem;

(ii) no caso das cooperativas em Regime Especial, os resíduos por ela triados tornam-se propriedade *de todas as cooperativas contratadas*, em regime de *condomínio*, sendo o *benefício econômico apropriado pelo Fundo Paulistano de Reciclagem*, para posterior *distribuição*, sendo que a cooperativa em Regime Especial será remunerada apenas mediante a citada *distribuição*. Apesar de tal distribuição não se confundir com a dação em pagamento, de se ver que é consequência da citada dação.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

No primeiro caso, que é o dos *Regimes Pleno* e de *Transição*, os bens dados em pagamento são apropriados pela cooperativa contratada, em contrapartida aos serviços que prestou à Administração. Face aos documentos comprobatórios da prestação dos serviços nas condições contratuais, dentre eles a nota fiscal de serviços emitida pela cooperativa, após a regular liquidação, a Amlurb deve realizar o pagamento mediante dação, emitindo documento para formalizar a *tradição* ou o *desembaraço* dos bens dados em pagamento²⁰.

Já no caso das cooperativas em *Regime Especial*, os bens dados em pagamento (resíduos triados pelas centrais mecanizadas), serão apropriados *em condomínio* por todas as cooperativas contratadas. Tais bens estão afetados ao cumprimento de diversas obrigações contratuais, sendo que, adimplidas estas, o resultado será distribuído, mediante critérios previstos no

²⁰ A *liquidação* é o ato que deve ser praticado pela Administração Pública antes de qualquer pagamento, mesmo quando tal pagamento se dê por meio de *dação* e não com recursos financeiros. Nos termos legais, “a *liquidação da despesa* consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito” (art. 63, caput, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964). A *tradição* se constitui na entrega do bem, ou seja, quando o bem transacionado passou do domínio físico de uma pessoa para a outra, sendo esta a forma comum de transferência da propriedade sobre as coisas móveis (art. 1.226 do Código Civil). Porém, no caso de alguém estar no domínio físico de bem que, contudo, está afetado por propriedade, direito real de garantia ou outro vínculo jurídico a outrem, a remoção de tais obstáculos para a configuração plena da transferência de todos os direitos de propriedade se designa por *desembaraço* (ou *desembargo*). A forma mais comum de desembaraço é o aduaneiro, que ocorre após se certificar a legitimidade da importação, inclusive quanto aos seus aspectos tributários. Como, *in casu*, os resíduos triados se localizam em área de propriedade da cooperativa donatária, presume-se que sobre tais resíduos a cooperativa exerce domínio direto, equiparável à tradição, pelo que a configuração plena da transferência da propriedade exigirá apenas a emissão, pela Amlurb, do *auto de entrega e desembaraço*.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

contrato e em resoluções da Amlurb, a todas as cooperativas contratadas (ou condôminas)²¹. Vê-se que, nesse segundo caso, será necessário que, *em conjunto*, todas as cooperativas comprovem a prestação dos serviços e, ainda, *em conjunto*, adquiram a propriedade de bens, e ainda façam isso de forma a garantir ao Poder Público que outras obrigações, de natureza acessória e complementar, serão devidamente cumpridas a partir das receitas obtidas com a comercialização dos bens dados em pagamento.

Esta questão, no momento da concepção do modelo contratual, foi uma das mais analisadas. Cogitou-se, por exemplo, que seria o caso de as cooperativas contratadas criarem uma *cooperativa de segundo nível* (ou seja, uma cooperativa de cooperativas), para representá-las no trato contratual.

Contudo, isso resolveria apenas parte dos problemas, porque tal *cooperativa de segundo grau* representaria um dos polos do contrato, sendo que os bens dados em pagamento configuram também *patrimônio afetado* ao cumprimento de obrigações para com a Administração Pública (ou seja, obrigações de interesse do outro polo contratual). Tal situação, evidentemente, exige que tal *patrimônio condominial afetado* seja

²¹ A definição concreta de tais obrigações dar-se-á, conforme previsto no Contrato, por deliberações do Conselho Gestor do Fundo Paulistano de Reciclagem. O cumprimento de tais obrigações, com terceiros e para atender interesse de terceiros que não as cooperativas, também não se tratam de *atos cooperativos*, e, portanto, podem ser fatos geradores de tributos.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

gerido de forma neutra, por terceiro não identificado com os interesses já presentes no contrato.

Ademais, não haveria como obrigar uma cooperativa contratada pelo Poder Público a se filiar ou se manter afiliada na cooperativa de segundo grau, uma vez que “*ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*” (art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal).

Em vista disso, a solução encontrada foi a de inserir no contrato uma terceira parte, neutra e técnica, com o objetivo de cumprir com as tarefas de gestão do *patrimônio condominial afetado*, permitindo que o contrato seja executado de forma adequada e segura. Eis porque se previu a figura do *Agente Operador*, aspecto do contrato que será analisado de forma mais detalhada no próximo tópico.

O que, por ora, cabe dizer, é que incumbe ao *Agente Operador*, que é mandatário de todas as cooperativas contratadas, emitir a nota fiscal, a fim de documentar a prestação dos serviços no âmbito das centrais de triagem mecanizadas, bem como receber os bens (resíduos triados) dados em pagamento em razão destes serviços, mantendo-os, tanto quanto possível, segregados de seu próprio patrimônio.

Deve, ainda, o Agente Operador, comercializar tais bens, destinando os recursos obtidos para o *Fundo Paulistano de Reciclagem*, os quais, também tanto quanto possível, devem ser mantidos segregados dos recursos financeiros do próprio Agente Operador.

Por fim, o Agente Operador deve se utilizar dos recursos do Fundo Paulistano de Reciclagem para o cumprimento de obrigações contratuais das cooperativas de catadores, nos termos previstos no Contrato e nas deliberações do Conselho Gestor do Fundo, sendo que, ao depois, apurados os resultados, deve distribuí-los entre ditas cooperativas, atendendo critérios previamente determinados no Contrato e por resoluções emitidas pela Amlurb.

Em resumo:

(i) a cooperativa de catadores submetida ao *Regime Pleno* ou ao *Regime de transição* deve emitir nota fiscal de serviços relativa aos serviços que executou, bem como, nos termos de *Auto de Entrega e Desembaraço de Bens* emitido pela Amlurb, receber os materiais triados como pagamento por tais serviços;

(ii) no caso dos resíduos que tenham sido triados pelas cooperativas em *Regime Especial*, o Agente Operador deverá emitir a nota fiscal de serviços, como representante e mandatária de todas as cooperativas de catadores contratadas, e, nos termos de *Auto de Entrega e Desembaraço de Bens*, receber a propriedade dos materiais triados em nome de todas as cooperativas de catadores que representa, também por força de dação em pagamento²².

²² Registrarmos aqui que fica uma questão em aberto: *quem é responsável pela gestão e manutenção das centrais mecanizadas de triagem?* A questão aqui é complexa. Há um contrato

IV.4. DOS VÍNCULOS CONTRATUAIS SECUNDÁRIOS: INSTITUIÇÃO DE FUNDO PRIVADO GERIDO POR AGENTE OPERADOR, DE FORMA A AFETAR O PATRIMÔNIO AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES COM A AMLURB, COM A DISTRIBUIÇÃO DOS RESULTADOS PARA AS COOPERATIVAS DE CATADORES CONTRATADAS.

a) Introdução

Como visto, a Amlurb realiza somente um pagamento, por meio de dação de bens, sendo as demais parcelas remuneratórias percebidas

de concessão entre a Amlurb e terceiro (concessionária), no qual se prevê, dentre outras, a obrigação dessa última projetar e implantar instalações e equipamentos para a triagem mecanizada de resíduos sólidos, bem como assegurar a operação dessa triagem por certo período. *Trata-se, assim, de área sob a gestão da concessionária, no âmbito de contrato de concessão celebrado com a Amlurb.* Contudo, a Amlurb, mediante o Contrato de Adesão aqui mencionado, contratou cooperativas de catadores inclusive para acompanhar e verificar a qualidade da triagem mecanizada, bem como se responsabilizar pelo material triado, o que, nos termos contratuais, configura o *Regime Especial*. Ora, em tal regime, quem representa o conjunto de cooperativas é o Agente Operador. Com isso, na central de triagem há uma relação concessionária – Amlurb, sendo a Amlurb representada por seus agentes, no que se refere à fiscalização do adequado cumprimento de obrigações previstas no contrato de concessão, e, ainda, em outros aspectos, há outra relação, cooperativas de catadores – Amlurb, sendo as cooperativas representadas pelo Agente Operador. Havendo um problema da concessionária com a atividade desenvolvida pelas cooperativas em regime especial, cabe a esta última comunicar ao Agente Operador, que, por seu turno, deve comunicar a Amlurb que, no âmbito da relação contratual de concessão, deve se comunicar com a concessionária – sendo que, evidentemente, tais comunicações podem ser simplificadas, mas desde que tal simplificação não venha a alterar a cadeia de responsabilidades: (i) não cabe à cooperativa ou ao Agente Operador se reportar à concessionária, uma vez que esta possui relações contratuais apenas com a Amlurb; (ii) não cabe à concessionária se reportar às cooperativas ou ao Agente Operador, uma vez que estes possuem relações contratuais apenas com a Amlurb; (iii) não cabe à cooperativa em regime especial se comunicar com a Amlurb, sem o intermédio do Agente Operador, porque a Amlurb, no regime especial, se vinculou ao *conjunto das cooperativas contratadas*, sempre representadas, nesse trato, pelo Agente Operador.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

pelas cooperativas de catadores *meras consequências* da dação em pagamento efetuada no âmbito do *regime especial* de execução contratual²³.

Contudo, nos termos do contrato, tais bens estão vinculados a um *fundo privado*. Observe-se que, no interior do fundo, os bens serão comercializados, sendo que os recursos obtidos passam a também integrar o fundo.

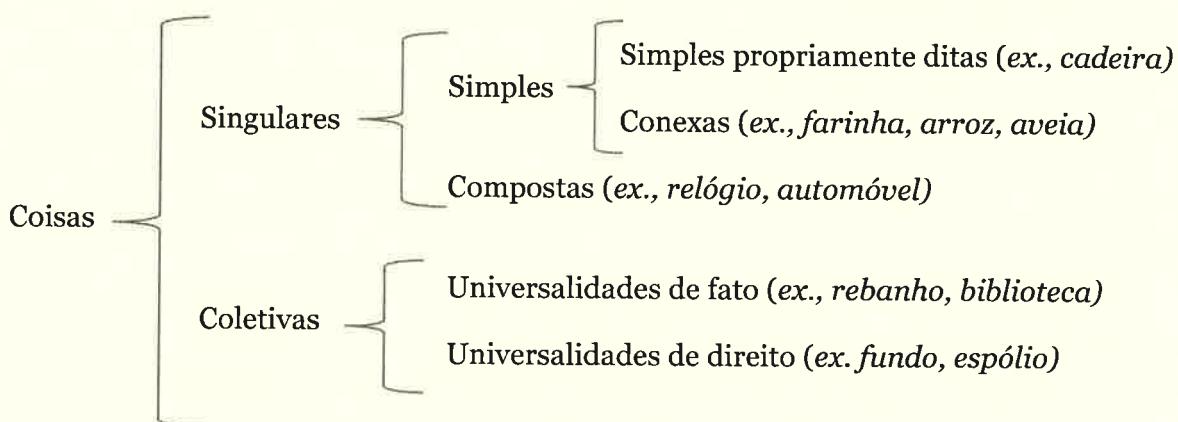
Com tais recursos, haverá o cumprimento de diversas obrigações contratuais, inclusive a distribuição de resultados às cooperativas de catadores. Todas as operações realizadas no interior do *fundo privado* serão operacionalizadas pelo *Agente Operador*, que é um terceiro neutro, porque não se configura nem como Contratante, nem como Contratado, mas possui a missão e a obrigação de fielmente e na melhor técnica cumprir com as prescrições contratuais.

²³ Sublinhamos que o instrumento de contrato, neste aspecto, não está vazado na melhor redação. Veja-se que a sua Cláusula Quinta prevê que a remuneração às cooperativas contratadas dar-se-á mediante (i) *dação em pagamento* dos resíduos triados e também por meio de (ii) *Pagamentos Por Serviços Ambientais Urbanos* (PSAU). É evidente a deficiência técnica na redação: o pagamento de PSAU será feito mediante os recursos obtidos pela venda do material triado pelas cooperativas em *Regime Especial* (Cláusula Sexta), logo é um pagamento derivado do outro pagamento (mediante dação). Com isso, em realidade, a Amlurb paga apenas mediante dação, sendo que o mais é mera consequência, sejam atividades que envolvam terceiros, sejam, ainda, atividades internas às cooperativas (e, portanto, *atos cooperativos*).

β) O fundo como universalidade de direito

Como exposto, ao lado de dispor sobre uma *prestaçāo de serviços* que será remunerada mediante *dação em pagamento*, o Contrato Amlurb instituiu também um *fundo privado*, que integra bens e direitos das cooperativas contratadas, o qual é gerido por um *Agente Operador*. Fundamental, assim, compreender dois conceitos: (i) o de *fundo privado*, e (ii) o de *Agente Operador*.

*Fundo*²⁴, na consagrada definição do Direito Civil, é uma *universalidade de direito* (“*universitatis juris*”). Trata-se de uma *definição*, para compreender o mundo e suas coisas, com objetivos de lhes dar sentido jurídico, por meio de *atos jurídicos*. O sentido exato de *universalidade de direito* é obtido pelo confronto com outros conceitos, a saber:



²⁴ Este tópico cuida, sempre, do fundo privado, de cunho contratual, e não dos *fundos especiais*, categoria de Direito Financeiro, integrante do Orçamento Público, que é criado por lei e regido pelo disposto nos arts. 71 a 74 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Simplificando, as *universalidades* são bens e direitos que poderiam ser consideradas, *de per si*, independentes das demais, mas que são “*considerados em conjunto, formando um todo econômico e designando-se por um nome genérico*” (BEVILÁCQUA *apud* CARVALHO SANTOS, 1955, p. 51).

As universalidades podem ser de fato ou de direito.

É universalidade de fato quando “consiste em um conjunto de coisas corpóreas, com aspecto real, que existem *in natura*, e em tal forma aparecem exteriormente, como, por exemplo: a biblioteca, o rebanho (CARVALHO SANTOS, 1955)”. Já a “universalidade de direito consiste em unidades abstratas de coisas e direitos, como o patrimônio, a herança” (CARVALHO SANTOS, 1955) – ou, para o nosso uso mais imediato, o *fundo*²⁵.

²⁵ O Código Civil de 2002, nesse ponto, adotou péssima técnica. Apesar de conceituar com precisão o que são os bens singulares (“São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram *de per si*, independentemente dos demais”, art. 89), conceitua de forma equivocada a universalidade de fato e a universalidade de direito, veja-se: “Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária” e “Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”. Como se vê, a cultura jurídica entende universalidade de fato ou de direito quando os bens e direitos são reunidos seja pela própria natureza (“mundo dos fatos”), seja por disposições jurídicas (“mundo jurídico”), já o Código Civil diferencia tais conceitos em função do que é reunido, caso se tratem de “bens” ou de “relações jurídicas com valor econômico”. Evidente que o conceito do Código Civil não resolve a questão, comum e que interessa aqui, de uma universalidade que envolve *bens e direitos*. Além disso, afirma que a universalidade pertence a “uma pessoa”, quando é comum pertencer a várias, como nos casos dos fundos ou, ainda, da herança, quando há mais de um herdeiro. Por isso adotou-se neste estudo o conceito de *universalidade de direito* consagrado pela cultura jurídica, ao invés da infelizmente defeituosa redação de nosso *Codex Juris Civilis*.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Logo, o termo “fundo”, a partir de sua compreensão como *universitatis juris*, significa que determinados bens e direitos foram reunidos, para serem considerados em conjunto, como uma coisa única, em determinadas relações jurídicas.

Contudo, em relação a outras universalidades de direito, o *fundo privado* guarda a diferença de se constituir em *conjunto de bens e direitos que por ato de vontade esteja vinculado a determinadas finalidades*. Observe-se que *fundo* é diferente da *herança*, porque esta é constituída independentemente de ato de vontade, e também é diferente de *patrimônio*, porque este se configura objetivamente como o conjunto de bens e direitos de uma pessoa, independentemente de qualquer ato de vontade, ou de vinculação a qualquer finalidade.

Observe-se que este conceito, apesar de bastante esclarecedor, não possui valor *in se*, porque dependente da relação jurídica a que *in concreto* está ligado.

Se uma pessoa física separa parte de seus recursos, com a finalidade de adquirir um imóvel, criando um “fundo para aquisição de imóvel”, trata-se sem dúvida de *conjunto de bens e direitos que por ato de vontade esteja vinculado a determinadas finalidades*. Porém, como isso se deu no âmbito interno de uma pessoa física, sem qualquer vínculo ou obrigação com terceiros, trata-se de um *fundo privado*, mas que não possui qualquer relevância do ponto de vista jurídico. Daí que o termo *fundo* assume

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

expressão jurídica na medida em que o ato de vontade que o instituiu esteja ligado a um negócio jurídico, em geral uma relação contratual. O que, em realidade, dá sentido jurídico ao *fundo privado* é o negócio jurídico a que ele está ligado²⁶.

Geralmente, o tipo de negócio jurídico a que o fundo privado atende é o *fiduciário*; logo para compreender o regime jurídico-contratual de um fundo privado há que se compreender o *negócio jurídico fiduciário* que lhe dá sentido²⁷.

Retomando o tema principal, de se ver que o que nos anima aqui é analisar o contrato Amlurb que, apesar de se referir a *uma prestação de serviços com pagamento mediante dação*, possui como negócio jurídico vinculado a instituição de um *fundo privado* gerido por um *agente operador*.

²⁶ Vê-se que são universalidades *criadas pelo Direito*, e não universalidades naturais, do mundo dos fatos, *utilizadas pelo Direito*, daí a importância de se conhecer a relação jurídica que lhes dá conteúdo e origem. Sobre o tema, veja-se a lição de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA (1954, § 135, p. 70): “*O direito importa o conceito coisa, bem (singular), que é do mundo fático; e importa o de rebanho, o de enxame (bem coletivo de fato). Os conceitos de universalidades de direito, de patrimônio, de pecúlio, de regime de comunhão, já se produziram no mundo jurídico, já supõem a incidência de alguma regra jurídica, a entrada de suportes fáticos no mundo jurídico, fazendo-se fatos jurídicos, com suas irradiações de eficácia. Só no plano da eficácia, já no mundo jurídico, é que se pode falar de universalidade de direito, de patrimônios, de pecúlios, de regimes de comunhão, de sub-rogação*”.

²⁷ O *negócio jurídico fiduciário* é aquele que possui por elemento essencial a *fidúcia* (confiança) que uma parte possui no comportamento da outra parte, ou seja, por meio dele há a transferência de bens de uma pessoa para outra, sendo que a pessoa que recebe os bens passa a exercer todos os direitos sobre o bem, como proprietário, porém “está obrigado a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia” (PONTES DE MIRANDA, *ibidem*, § 271, p.116). Daí que, “sempre que a transmissão tem um fim que não a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há *fidúcia* ou *negócio jurídico fiduciário*” (PONTES DE MIRANDA, *ibidem*,§ 271, pp. 115-116).

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Ora, como vimos, há um negócio jurídico fiduciário que dá sentido e vida à instituição de um fundo privado gerido por agente operador. Daí que o desafio, em realidade, é compreender o *negócio jurídico fiduciário*, a quem o fundo privado e o agente operador servem.

Para tanto, realizaremos análise breve e direta, comparando o previsto no instrumento de Contrato Amlurb com alguns tipos de negócios jurídicos fiduciários de uso corrente, identificando semelhanças e diferenças. Como resultado, completaremos a análise antes efetuada, sobre outros aspectos, obtendo a total e exata compreensão do alcance jurídico do Contrato Amlurb.

γ) Fundo e contrato de mandato

Afirma o Código Civil, em seu artigo 653 que “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

Na definição de Orlando GOMES (1993, p. 388), “O *mandato* é o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa”. Realça-se que o mandato “pertence à categoria dos *contratos fiduciários*. O elemento subjetivo de confiança governa o comportamento do mandatário desde a formação do contrato até a sua extinção. Só a alguém em quem se confia se concedem

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

poderes para a prática de negócios jurídicos ou administração de interesses” (GOMES, 1993, p. 389).

No mandato é possível que o mandante entregue ao mandatário recursos, instituindo um fundo, para que sejam utilizados na realização dos atos que se pretende sejam realizados por meio do mandato; pode ocorrer, ainda, que do próprio negócio jurídico celebrado por meio do mandato se originem tais recursos²⁸.

Confrontando este instituto com o previsto no Contrato Amlurb, evidente que a função do *agente operador* de fundo privado, por ser fiduciária, isto é, por se basear na *confiança*, em muito se assemelha à do mandatário. Contudo, a grande diferença é que o *agente operador*, na maior parte das relações jurídicas, *age em seu próprio nome*. Por exemplo, ao adquirir em dação em pagamento os materiais reutilizáveis e recicláveis triados em regime especial, emite a nota fiscal de serviços *em seu nome*, recebendo o pagamento, que passa a integrar o seu ativo, porém de forma segregada, de forma a que este *ativo fiduciário* não se confunda com os demais bens e direitos de seu ativo.

Na comercialização destes materiais triados ocorre o mesmo: o *agente operador* emite a nota fiscal de venda de mercadoria *em seu próprio nome*, sendo que os recursos financeiros advindos da operação passam a integrar também o fundo, que é por ele gerido. Observe-se que o

²⁸ Tais hipóteses são inclusive reconhecidas pelo Código Civil, ao disciplinar o contrato de mandato (arts. 664, 670 e 671).

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

fundo privado, apesar de não possuir personalidade jurídica, possui inscrição fiscal própria (ou seja, possui um *Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ*), pelo que pode ser aberta conta bancária no nome do fundo, porém gerida pelo *agente operador*. Aliás, é até recomendável que se abra a conta separada, para tornar mais transparente a segregação e permitir maior controle da gestão e demais atos praticados em relação aos recursos segregados.

No mandato puro e simples, caberia ao mandatário praticar atos apenas *em nome do mandante*. Ou seja, ao emitir um documento, tal documento emitido pelo *mandante* por meio do mandatário, que apenas o representaria na relação jurídica, cujos efeitos incidem apenas na pessoa representada por meio do mandato. No Contrato Amlurb a diferença é que, *de forma fiduciária*, muitos atos são praticados em nome do próprio *agente operador* que, nesse aspecto, se diferencia de um mero mandatário.

As próprias dificuldades práticas para a utilização, pura e simples, do mandato explicam parte disso. *In casu*, o agente operador representaria todas as cooperativas contratadas, que são em grande número, e que podem ingressar ou sair do contrato a qualquer momento, criando grande mutabilidade na configuração final do instrumento de procuração, mesmo que também celebrado pelo mesmo ato de adesão ao instrumento instituído pela Resolução nº 28/2014 da Amlurb. Afora isso, evidente as dificuldades em se emitir uma nota fiscal em nome de várias cooperativas, ou ainda, para apenas uma operação de venda, se utilizar de diversas notas fiscais, sendo, ainda, que

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

não se viabiliza a emissão de nota fiscal em nome do *fundo privado* porque este, como se disse, apesar de sua inscrição fiscal, por ser mera universalidade de direito, não possui personalidade jurídica.

Afora essa questão, importante se ter em conta que o agente operador, apesar de agir, *de forma fiduciária*, no interesse das cooperativas de catadores contratadas, pratica atos de interesse também da Amlurb, uma vez que os recursos do fundo servem, outrossim, ao cumprimento de outras obrigações, como, por exemplo, promover a educação ambiental. Dessa forma, sendo as cooperativas representadas, no cumprimento dessa obrigação, pelo agente operador – que é técnico e neutro – é uma *garantia* para a Amlurb, em relação ao cumprimento adequado de tais obrigações.

Vê-se, assim, que apesar de parte das atividades do agente operador não se identificar exatamente com as funções de um mandatário, há outras que podem ser assim consideradas. Na distribuição de resultados do fundo entre as cooperativas de catadores é evidente que o agente operador ocupa posição de mandatário de ditas cooperativas que, agindo de forma associada na consecução de seus objetivos sociais, distribuem entre si o resultado de suas ações. O ato de distribuição de resultados é, evidentemente, ato entre cooperativas²⁹, agindo o agente operador como mandatário de todas elas³⁰.

²⁹ Reitere-se que a distribuição, ainda que realizada pelo agente operador, consiste em *ato cooperativo*, nos termos do definido no artigo 79 definido na Lei federal nº 5.764,

Analisado o *contrato de mandato*, cabe também confrontar o Contrato Amlurb com outros tipos de contrato: os das *sociedades não personificadas* e o de *constituição e administração de fundo de investimento*.

δ) Fundo e sociedades não personificadas

As *sociedades não personificadas* são aquelas que não possuem personalidade jurídica e se dividem em: “a) *sociedade em comum*: são as que não têm seu ato constitutivo arquivado no Registro Público competente. São as antigas sociedades irregulares ou de fato (CC 986 a 990); b) *sociedade em conta de participação*: o contrato social só produz efeitos em relação aos sócios e sua inscrição em qualquer registro público não lhes confere personalidade jurídica (CC 991 a 996)” (NERY JÚNIOR e NERY, 2005, p. 564).

O contrato de sociedade, por seu turno, é definido pelo Código Civil da seguinte forma:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

de 1971, eis que o agente operador o faz representando todas as cooperativas. Não há, assim, qualquer terceiro envolvido na operação de distribuição.

³⁰ Em razão dessa circunstância, sem se dizer que todas as atividades do agente operador são de mandatário, fundamental, para maior clareza das atividades que se configuram como próprias de mandato, que instrumento de procuraçao passe a integrar o Contrato Amlurb, em seu corpo ou como anexo.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Observe-se que também o contrato de sociedade é uma espécie de contrato fiduciário, porque essencial que tais pessoas confiem entre si para administração de algo comum. Em geral a esta circunstância se costuma designar por *affectio societatis*, que pode ser traduzido por algo próximo a “afeto próprio de sócios”.

No caso da **sociedade em comum**, são elas regidas pelo disposto nos artigos 986 a 990 do Código Civil, e, no que for com eles compatíveis, também pelas normas que regem as *sociedades simples*. Nessa sociedade, “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum” (art. 988 do Código Civil), pelo que “o patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica”³¹.

Confrontando o exposto acima com o Contrato Amlurb, poder-se-ia entender que as cooperativas de catadores, em paralelo ao contrato de prestação de serviço com dação em pagamento, tenham também constituído uma *sociedade em comum*, não personificada, para cumprir com obrigações previstas no Contrato Amlurb e, ainda, partilhar, entre si, os resultados.

³¹ Entendimento da Jornada III STJ 210, *in* NERY JÚNIOR NERY, 2005, p. 567.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Do ponto de vista material, tal assertiva não se distancia da verdade, porque de fato há uma associação das cooperativas na execução de um contrato com a Administração Pública, possuindo tal sociedade um administrador e representante (o *agente operador*) e, inclusive, um fundo privado, que se constitui em um *patrimônio especial afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum.*

Haveria, assim, dois contratos coligados: (i) um de *prestaçāo de serviços*, e (ii) outro, de *sociedade em comum*, sendo sempre exigido da cooperativa que realize a adesão aos dois contratos que, em seu conjunto, constituem apenas um negócio jurídico. O *agente operador* agiria, assim, como representante (ou *administrador*) dessa *sociedade em comum*.

Contudo, uma análise mais minuciosa permite concluir que não é bem assim.

Primeiro porque a *sociedade em comum* atua **sempre por meio de seus sócios**. Tanto é assim, que a jurisprudência, no esteio das lições de Waldemar FERREIRA, já assentou que “nas ações contra essas sociedades devem ser citados os sócios e interessados. Destituídas as duas sociedades (irregular ou de fato) de representação legal e sendo indistintas das pessoas de seus sócios, mais comunheiros do que sócios, porque chamados de

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

sócios impropriamente, contra estes é que a ação se há, legitimamente, de intentar”³².

Outro aspecto dessa mesma questão é que a *sociedade em comum*, por ser desprovida de personalidade jurídica, não teria como outorgar os poderes de sua representação para um terceiro (ou seja, para o *agente operador*), pelo que, mais uma vez, cada sócio é que outorgaria poderes referentes à sua própria representação, configurando, no máximo, **mandato**, e não a representação orgânica de uma pessoa jurídica³³.

Mesmo afastando-se esses óbices, e ainda se interpretando que o ato voluntário de aderir ao Contrato Amlurb seria o ato voluntário necessário para a constituição de uma sociedade em comum entre as cooperativas³⁴, observe-se que tal sociedade ocorreria mais em função da imposição do Contrato Amlurb, do que da iniciativa das cooperativas “sócias”, pelo que não haveria a *affectio societatis*, elemento essencial para caracterizar

³² Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, Quinta Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível nº 5.740-1, Rel. Des. Martiniano de Azevedo, v.u., j. 12.2.1981, publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (RJTESP), nº 71, pp. 80-81.

³³ Como previsto no art. 986, *in fine*, do Código Civil, no que não contrariar o expressamente disposto no Código para as *sociedades em comum*, estas devem observar subsidiariamente “as normas das *sociedades simples*”. Ora, nas *sociedades simples*, “o administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade” (art. 1.012 do Código Civil). Evidente, assim, que sem personalidade jurídica não haverá como a *própria sociedade em comum*, e não a pessoa dos seus sócios, outorgar o aludido instrumento *em separado* ao administrador, com o objetivo de lhe outorgar os poderes de representação da mesma sociedade.

³⁴ Relembrando que, nos termos do art. 981, *initio*, do Código Civil, “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a (...)", pelo que tal obrigação não pode se dar mediante uma vontade externa à dos contratantes.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

o *contrato de sociedade*. Em outras palavras, não seria confiança recíproca o que geraria o contrato, o que contraria a sua *natureza fiduciária*.

Ademais, o *administrador* dessa pretensa sociedade, apesar de agir em nome das “sócias”, teria também a confiança de um terceiro (a Amlurb), sendo escolhido (ou substituído) mediante critérios definidos por este terceiro e com sua participação, o que também incompatível com o instituto da *sociedade*, porque o administrador de uma sociedade deve total fidelidade a ela, não podendo agir movido por outros interesses³⁵. E, por derradeiro, a *partilha dos resultados entre os sócios*, nos termos do Contrato Amlurb, não se daria mediante deliberação dos próprios sócios, mas mediante deliberação de terceiro (Amlurb) porque, como já acentuado, a distribuição de resultados do fundo entre as cooperativas de catadores deve observar critérios estabelecidos mediante resolução editada pela Amlurb³⁶.

Quanto à outra forma de sociedade despersonalizada, a **sociedade em conta de participação**, evidente o seu descabimento para a compreensão das relações entabuladas no Contrato Amlurb, tanto pelas mesmas razões acima, como, também, porque “na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente

³⁵ Primeiro, porque “aplicam-se às atividades dos administradores, o que couber, as disposições concernentes ao mandato” (art. 1.011, § 2º, do Código Civil), segundo porque “fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação” (art. 1.07, parágrafo único, do Código Civil).

³⁶ V. Cláusula Quinta, II, do instrumento de *Contrato de Prestação de Serviços* instituído pela Resolução nº 28/2014 da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – Amlurb.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes”³⁷, situação diversa da estabelecida no Contrato Amlurb, em que a atividade é exercida pelo *Agente Operador* que, contudo, não é sócio, portanto não integrando a sociedade.

ε) Contrato Amlurb e fundos de investimentos

Como o Contrato Amlurb institui um *fundo privado*, irresistível que ele seja também confrontado com os contratos por meio dos quais se institui ou se administre *fundos de investimentos*.

Porém, de imediato, é possível concluir que os *fundos de investimentos* não possuem nenhuma correspondência com o *fundo privado* do instrumento de contrato instituído pela Resolução nº 28/2014 da Amlurb. Isso porque os fundos de investimentos financeiros são divididos em *quotas*, que são patrimonialmente distintas – e, assim, considerados *valores mobiliários* – e, por isso, podem ser objeto de negócios jurídicos, como a venda ou a constituição de garantia, o que não acontece com o *fundo privado* objeto de nossa atenção no presente parecer.

De qualquer forma, cabe dizer que o *fundo de investimento* é de natureza privada, qualidade que também atinge os bens que integram o seu patrimônio. Sua regulação cabe à Instrução nº 409, da CVM, de 18 de

³⁷ Art. 991, *caput*, do Código Civil.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

agosto de 2004, sendo que o artigo 2º desta Instrução afirma que “o fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros”. Dessa regulamentação, advém a obrigação de ser o *fundo financeiro* registrado na CVM (art. 7º) e administrado por instituição devidamente autorizada para essas funções pela CVM.

Além disso, os recursos do *fundo de investimentos*, como seu próprio nome diz, devem ser aplicados em investimentos. Assim, não poderiam servir ao pagamento de despesas de terceiros, nem tampouco para serem distribuídos como resultados, pelo que se depreende claramente que em nada se assemelha ao *fundo privado* previsto no Contrato Amlurb.

Contudo, interessante notar que os fundos de investimentos possuem alguma natureza fiduciária, porque se fundam na confiança de quem adquire suas quotas na boa gestão do administrador do fundo, havendo, ainda, todo um cuidado para que não haja conflito de interesses, sendo a principal dessas regras a de que o administrador dos recursos do fundo não pode ser a mesma pessoa que comercializa suas quotas.

ζ) Fundo privado e contrato de “trust”

Do percurso, o que resta evidente é que, no Contrato Amlurb, há uma relação contratual principal, de *prestaçāo de serviços* com pagamento mediante *dação de bens*, e uma relação contratual secundária que,

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

em alguns pontos é de mandato, porém não se identificando completamente com este instituto, especialmente porque quem seria o mandatário age, fiduciariamente, *em nome próprio*, e não em nome de terceiro.

Na realidade isso não significa nenhuma grande novidade, porque, nos contratos fiduciários, é comum que as regras do contrato de mandato sejam paradigmáticas – como ocorre, por exemplo, com a situação jurídica dos administradores de sociedades, onde a legislação civil prevê que deve se aplicar, no que couber, as disposições concernentes ao mandato³⁸.

Mas qual seria essa relação contratual que, assemelhada, por ser fiduciária, ao mandato, estaria presente no Contrato Amlurb?

Para nós é evidente que se trata de um *contrato de trust*.

Tal contrato é de uso comum e corrente no comércio jurídico nacional, apesar de ser um instituto de *common law*, ou seja, de direito anglo-saxão, e não da *civil law*, que é o direito de base romanística, sistema ao qual se filia o direito brasileiro³⁹. PONTES DE MIRANDA (1966, § 5.483, P. 350), inclusive, há décadas afirmava, acerca de tal contrato que, no final das contas, “o que, então, ocorre no direito britânico e no direito

³⁸ Art. 1.011, § 2º, do Código Civil.

³⁹ A importância do instituto do *trust* é tamanha que foi formalizada uma Convenção Internacional, de 1º de julho de 1985, em Haia, Holanda, sobre o reconhecimento em países de ordenamento de *civil law* de *trust* constituídos no estrangeiro. Afora isso, é evidente a sua grande influência no direito brasileiro. Registre-se, ainda, que o instituto do *trust* influenciou, de forma explícita e direta, a instituição da figura do *patrimônio de afetação*, pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que visa proteger os adquirentes de imóveis, especialmente no caso de falência do incorporador.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

brasileiro, é o mesmo, salvas as diferenças, de algum modo sutis, entre os dois sistemas jurídicos". E é esta a situação a ora enfrentada.

Importante se ter em conta, como aqui já se mencionou, que o *trust*, como todo negócio fiduciário, possui duas relações jurídicas: a de transmissão de direitos sobre determinados bens (inclusive a titularidade sobre certos direitos) e outra relação, por meio da qual o novo proprietário ou titular se obriga a exercer seus direitos de acordo com o fim da *fidúcia* (PONTES DE MIRANDA, *ibidem*, p. 116). Por essa razão que PONTES DE MIRANDA (*ibidem*, p. 117) afirma que “melhor seria dizerem-se *negócios jurídicos com fidúcia*, para se frisar a dualidade de relações jurídicas”.

De forma bem simplificada, os elementos do contrato de *trust* são os seguintes⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾:

(i) **Partes.** A princípio no contrato de *trust* estão presentes três partes: (1) o *instituidor* (*settlor*), que é aquele que determina que um ou vários bens serão administrados por uma segunda pessoa, o (2) *fiduciário*

⁴⁰ O que vem exposto a seguir adota como referência o capítulo que Paolo GALLO dedicou ao contrato de *trust* em sua obra *Trattato del Contratto*, de 2010, nas páginas. 2435 a 2454 – tal obra, além de profunda, tem a vantagem de ter a visão do instituto anglo-saxônico a partir de um jurista filiado ao sistema de *civil law*.

⁴¹ Apesar de considerarmos que o conceito foi fixado de forma muito reduzida, praticamente acolhendo apenas a hipótese de seu uso por pessoas físicas, sem dúvida auxilia em muito a compreensão do contrato de *trust* o conceito cunhado por Felipe Taltay Katz de CASTRO (2000, p, 2): “O *trust* é um contrato privado, lastreado fundamentalmente na confiança. O instituidor do *trust* (*settlor* ou *grantor*) transfere a propriedade de parte ou da totalidade de seus bens a alguém (*trustee*), que assume a obrigação de bem administrá-lo em benefício do próprio *settlor* ou de pessoas por ele indicadas (*beneficiaries*)”.

(*trustee*), no interesse de uma ou várias pessoas, ou seja dos (3) *beneficiários* (*cestuis que trust ou beneficiary*). No *trust* poderá ocorrer de o *settlor* acumular também o papel de *beneficiary* ou de *trustee*, mas nunca poderá haver uma coincidência de *beneficiary* e *trustee*. A estas três partes que integram a relação contratual poderá se agregar uma quarta, quando o ato constitutivo do *trust* prevê a figura de um guardião – ou seja, pode haver “*uma repartição dos poderes que tradicionalmente são conferidos ao trustee*” (GALLO, 2010, p. 2438).

(ii) **Atos constitutivos.** O *trust* requer, em geral, como já apontamos, dois negócios jurídicos: (a) o por meio do qual há a transferência da propriedade para o *trustee*, e (b) o negócio constitutivo do *trust*, com indicação dos bens transferidos, da forma de sua gestão, dos beneficiários, da duração do *trust* etc.

(iii) **Gestão dos bens.** Formalizado o *trust*, o *instituidor* fica privado não só da propriedade, mas também da possibilidade de interferir na administração dos bens. Isso, dentre outras razões, porque “*a atividade de gestão importa sempre em riscos e incertezas que nem sempre podem ser previstos*” (GALLO, *ibidem*, p. 2439). Com isso, o *trustee* goza de amplos poderes de gestão, inclusive o de comprar e vender, pelo que o *trust* não pode ser considerado como uma obstrução à circulação de bens⁴². Contudo, apesar de o *trustee* agir em nome próprio, não possui o direito de desfrutar

⁴² Contudo, a disposição dos bens dados em *trust* não diminui a proteção do beneficiário, e depende muito da situação concreta, uma vez que, como afirma César FIÚZA (2008, p. 660), é admitida apenas “*para a melhor gestão do patrimônio*”.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

economicamente dos bens que lhe foram confiados, pelo que há uma cisão entre poderes de gestão e proveito econômico.

(iv) **Afetação do patrimônio.** Talvez a principal característica do *trust* no sistema jurídico anglo-saxônico, e aspecto de mais difícil aplicação no sistema jurídico brasileiro, é o de que os bens que constituem o *trust* constituem uma massa distinta e não fazem parte do patrimônio do *trustee*, constituindo um patrimônio separado para todos os efeitos, inclusive não podendo ser atingidos por credores do *trustee*.

η) O agente operador (“trustee”) no Contrato Amlurb

Evidente que o instituto do *trust*, com exposto acima, não é adotado em sua inteireza, nem de forma direta, pelo direito brasileiro. O nosso direito vale-se de outros contratos, para que, mediante suas disposições e combinações, se alcance efeitos semelhantes ao que seriam obtidos pelo contrato de *trust*.

Um dos mais largamente utilizados com esse objetivo, ou como acessório ao *trust*, é o já referido o contrato de *mandato*, regulado pelos artigos 1.288 a 1.323 do Código Civil, pelo que alguém recebe de outrem poderes, para em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. Reitera-

se, para vincar a diferença, que o mandato não implica em transferência de propriedade, porque o mandatário age em nome e por conta do mandante⁴³.

No caso do Contrato Amlurb, o Agente Operador atua, ao mesmo tempo, como:

(i) *mandatário* de todas as cooperativas de catadores contratadas, representando-as em algumas relações contratuais;

(ii) *síndico*, administrando bens que ditas cooperativas possuem em regime de condomínio, inclusive praticando os atos para que, periodicamente, em relação a certos bens e valores, o condomínio seja desconstituído, mediante distribuição de resultados; e

(iii) *agente fiduciário*, responsável, perante Amlurb, pelo cumprimento das obrigações contratuais que devem ser satisfeitas com tais bens condominiais, para que apenas o resultado apurado seja distribuído.

Do conjunto das atribuições que o modelo contratual prevê para o Agente Operador, é cristalino que este exerce funções típicas de *trustee*.

A uma, porque se confiou ao Agente Operador *bens*, sejam os resíduos triados pelas cooperativas em regime especial, sejam os recursos financeiros originados da comercialização de tais resíduos, para que ele os

⁴³ Seguimos aqui, inclusive no que se refere à proximidade que pode haver o contrato de mandato com o contrato de *trust*, o já citado estudo de Felipe Taltay Katz de CASTRO (2000, p. 19).

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

administre em favor das cooperativas de catadores contratadas, como também para o cumprimento de obrigações a que a Amlurb tem interesse de que sejam adequadamente atendidas.

A duas, porque o Agente Operador é uma pessoa neutra, não tendo seus interesses confundidos nem com as cooperativas de catadores, nem com a Amlurb, podendo agir com independência na execução de suas obrigações.

A três, porque a relação se efetua *por meio de dois atos distintos*: a constituição do Agente Operador como mandatário e administrador de bens e recursos, por meio de instrumentos de contrato e de mandatos próprios, e a transferência da propriedade dos bens, através da dação em pagamento e da apropriação, em fundo específico (o Fundo Paulistano de Reciclagem), sob sua gestão, tanto destes bens como dos recursos originados de sua comercialização.

A quatro, porque o Agente Operador, apesar de ser o gestor dos bens e recursos, não se apropria de seu benefício econômico, *uma vez que exerce tais atividades exclusivamente em benefícios de terceiros*, por força do convencionado em contrato – ou seja, age em *fidúcia*.

A cinco, porque ao Agente Operador se reconhece *autonomia administrativa*, devendo obediência apenas ao previsto no contrato e às diretrizes de gestão fixada por Conselho Gestor. Observe que, como vimos acima, a divisão de algumas atividades do *trustee* entre duas

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

pessoas (*in casu*, entre o Agente Operador e o Conselho Gestor) não desnatura o contrato de *trust*⁴⁴.

A seis, porque, na medida do que é possível no direito brasileiro, o patrimônio sob a gestão do *trustee* encontra-se separado e distinto de seu próprio patrimônio. Apesar de, no Brasil, a figura do *trustee* muitas vezes recair em instituições financeiras, onde tal separação patrimonial é facilitada, no caso presente ela alcançou grande eficácia, inclusive porque ao Fundo Paulistano de Reciclagem, administrado pelo *trustee*, se concedeu registro específico no *Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ*, o que permitiu a abertura de conta bancária em nome do próprio Fundo, apesar dele não possuir personalidade jurídica. Evidente que a segregação patrimonial, pela insuficiência ou características do sistema jurídico brasileiro, não é completa, podendo credores do Agente Operador (*trustee*) impor constrição sobre os bens que integram o patrimônio fiduciário.

Apesar de a solução contratual ser bastante engenhosa, evidente que ela não alcançou a mesma segurança jurídica que alcançaria se pudesse ser utilizado o contrato de *trust* como concebido no direito anglo-saxônico. Porém, o desenho se completa mediante medidas que visam, justamente, enfrentar tais debilidades, mantendo-se, em todo caso, a estrita observância às normas do direito brasileiro, consistindo, pois, num *contrato*

⁴⁴ Porém, como no Conselho Gestor estão presentes representantes do *settlor* e dos *beneficiaries*, fundamental que, como se verá mais à frente, o Conselho Gestor se limite à fixação de diretrizes, não intervindo em atos de gestão, sob pena de se prejudicar a boa e equilibrada execução do contrato.

de fundo privado com agente operador, largamente utilizado no país, consoante será demonstrado à guisa de conclusão.

θ) Medidas complementares em razão dos riscos de default do trustee

Pelo até aqui narrado, conclui-se que as opções do Contrato Amlurb, de ter instituído um *fundo privado* (Fundo Paulistano de Reciclagem) para segregação e afetação patrimonial, bem como ter definido um agente fiduciário (Agente Operador) para gerir este mesmo fundo, permite uma situação jurídica muito próxima do contrato de *trust*, porém, em relação a alguns aspectos, com segurança jurídica menor. Dentre os aspectos que possuem segurança jurídica menor, se sobressaem os relativos às obrigações que o *trustee* possui para com o *settlor* e, em especial, para com os *beneficiaries*.

Com efeito, há o risco de o *trustee* se apropriar dos bens e recursos sob sua gestão, ou aplicar tais recursos de forma temerária, assumindo excessivo risco, ou, ainda, em desacordo com as finalidades a que tais bens e recursos estão vinculados. Ocorrendo estas hipóteses, tanto a Amlurb como as cooperativas não possuem a mesma segurança jurídica que possuiriam caso se tratasse, mesmo, de um contrato de *trust* regido pela

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

*common law*⁴⁵. Por isso que o Contrato Amlurb mitiga tais riscos por meio de quatro medidas complementares.

A primeira delas é relativa a quem pode ocupar o papel de *trustee*. No Contrato Amlurb, o Agente Operador (*trustee*) é definido como “pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com adequada capacidade técnica e que, nos termos do presente contrato, venha a exercer as funções de operação do FUNDO, conforme o seu ESTATUTO” (Cláusula Primeira, VII).

Observe-se que a escolha do *trustee* deve recair sempre em pessoa jurídica *sem fins lucrativos*, o seja, em pessoas que, nesse ponto, se assemelhem à própria Amlurb (que é autarquia municipal) e às cooperativas de catadores (que, como vimos, por definição, não possuem fins lucrativos). Esta limitação de quem pode ocupar a posição de *trustee* é uma garantia contra os riscos de que este venha a se utilizar do patrimônio fiduciário para atender a interesses seus, próprios, e não aos interesses do *settlor* ou dos *beneficiaries*. Contudo, ausente finalidade lucrativa, seus interesses são, *prima facie*, coincidentes com os interesses das demais partes, especialmente os de

⁴⁵ Sobre o ponto, leciona Paolo GALLO (2010, p. 2430-2440) que “*Um secondo punto de forza consiste nella tutela di cui gode il beneficiario; i beni conferiti in trust sono infatti gravati da un vincolo di natura reale (equitable ownership) opponibile anche nei confronti dei terzi a venti causa, purché in mala fede o a titolo gratuito. In altre parole, se i terzi non acquistano in buona fede ed a titolo oneroso, sarà possibile recuperare in forma reale i beni presso di essi (tracing e constructive trust); in caso viceversa di acquisto in buona fede ed a titolo oneroso, il diritto di sequela viene meno, ma nel contempo il beneficiario può rivalersi sul ricavato dell’alienazione; nel caso in cui anche il ricavato sia stato disperso, il beneficiario non ottiene più nulla, salvo l’eventuale responsabilità civile e penale del trustee*”.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

promover a qualidade ambiental e a integração social dos menos favorecidos, pelo que se diminui, sobremaneira, o aludido risco.

A segunda medida é a prevista na Cláusula Oitava, § 1º, do Contrato Amlurb: “O AGENTE OPERADOR será escolhido por meio de processo seletivo composto por duas fases subsequentes, quais sejam: chamamento público publicado pela AMLURB e homologação pelo CONSELHO GESTOR, segundo critérios a serem definidos na Assembleia de Instalação”.

Ou seja, a escolha do *trustee* deve ser realizada de forma cuidadosa, mediante *processo seletivo público* onde, evidentemente, deve ser analisada a sua habilitação, em termos de idoneidade, bem como em termos de robustez econômico-financeira e técnica⁴⁶.

Afora isso, como se verifica do texto do Contrato, o chamamento é *publicado pela Amlurb*, no sentido de que as exigências de qualificação do *trustee* devem atender aos interesses da Amlurb, sendo, depois, a proposta do vencedor *homologada pelo Conselho Gestor*, onde estão

⁴⁶ Analisando-se o Edital de Chamamento utilizado para a contratação do atual Agente Operador, vê-se que a entidade candidata a tal função deve comprovar que é “*pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos*”, bem como que cumpre com rigorosos requisitos de idoneidade econômico-financeira e técnica. Observe-se que o Agente Operador escolhido (*Instituto Observatório do Terceiro Setor*) é uma fundação que, por isso, conta com a fiscalização do Ministério Público, como prevê o Código Civil: “*Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas*” (art. 66). Com isso, mais uma garantia é trazida para que o *trustee* cumpra adequadamente com as suas obrigações, uma vez que este, no caso presente, está submetido à fiscalização exercida, de forma independente, pelo Ministério Público.

presentes, paritariamente, representantes do Poder Público, das cooperativas de catadores contratadas e da sociedade civil, de forma a se garantir que o escolhido também atenda aos demais interesses envolvidos no Contrato.

A terceira medida adotada pelo Contrato Amlurb para mitigar riscos de eventual *default* do *trustee* no cumprimento de suas obrigações, advém justamente das condições de idoneidade econômico-financeira do Agente Operador (*trustee*), que, nos termos do Edital de Chamamento inaugural do procedimento seletivo público para a sua escolha, são as seguintes:

II. Possuir patrimônio líquido de R\$ 875.000,00 (oitocentos e setenta e cinco mil reais), correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor previsto para movimentação mensal do Fundo, mediante a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício financeiro.

a) A comprovação de patrimônio líquido constante do item II poderá ser substituída pela apresentação de garantia, que poderá ser prestada em uma das seguintes modalidades: apólice de seguro-garantia ou carta de fiança bancária. (alteração deliberada em RE do Conselho Gestor de 29 de maio de 2014)

Com isso, o Agente Operador, para ser contratado, teve que comprovar que possuía *patrimônio líquido* de valor razoável, com a obrigação de manter tal condição durante **todo o período de execução do contrato**⁴⁷, de forma que tal patrimônio líquido venha a responder por eventuais perdas. Tal garantia, em mesmo valor e com o mesmo prazo de

⁴⁷ Item 6.5 do mesmo Edital de Chamamento.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

validade, nos termos do que prevê o Edital de Chamamento, pode ser substituída por *apólice de seguro-garantia* ou por *carta de fiança bancária*.

Por derradeiro, a quarta e última medida do Contrato Amlurb para mitigar o risco é o de *dividir* as atribuições de *trustee* entre o Agente Operador e um Conselho Gestor, que é definido no instrumento de Contrato como:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DAS DEFINIÇÕES

Para os efeitos deste CONTRATO, consideram-se:

.....

VIII – CONSELHO GESTOR DO FUNDO: órgão colegiado composto por 9 (nove) membros: 3 (três) representantes da Prefeitura de São Paulo (Autoridade Municipal de Limpeza Urbana - AMLURB, Secretaria Municipal de Serviços - SES e Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente - SVMA), 3 (três) representantes das Cooperativas de Catadores devidamente certificadas na AMLURB, 3 (três) representantes da sociedade civil, sendo 1 (um) da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1 (um) do quadro de instituição de ensino e pesquisa de nível superior; e 1 (um) de entidades não governamentais que atuem no tema de resíduos sólidos, responsável pela deliberação e fixação das regras de aplicação dos recursos do FUNDO;

.....

Como dito, a cisão das atividades inerentes ao *trustee* em duas pessoas não desnatura o instituto do *trust*, nem o torna menos seguro ou funcional, desde que se tomem determinados cuidados, sendo o principal deles

que nenhum dos *trustees* acumule a função de *beneficiary*, de forma a bem segregar funções e interesses.

Ora, no Conselho Gestor, formado por nove pessoas, há três representantes das cooperativas de catadores e, ainda, três representantes do Poder Público municipal. Evidente, assim, que tal Conselho Gestor traz, *per se*, o risco do conflito de interesses.

Justamente para evitar que tal risco venha a ocorrer, a atribuição prevista para o Conselho Gestor é de apenas fixar *diretrizes e metas de gestão*, evitando ao máximo se imiscuir em atos concretos. Vejamos novamente o que diz, acerca do Conselho Gestor, a letra do instrumento de Contrato:

CLÁUSULA NONA – DO CONSELHO GESTOR

O CONSELHO GESTOR é órgão deliberativo responsável pela fixação de regras de gestão e aplicação dos recursos do FUNDO, bem como pela fiscalização e acompanhamento das atividades do AGENTE OPERADOR.

Ao Agente Operador (*trustee*) devem ser reconhecidos os poderes e as responsabilidades de gestão, inclusive sendo correto, como se previu, que parte de sua remuneração se dê em razão de resultados e produtividade⁴⁸. Acaso os *resultados* não sejam alcançados, haverá imediata

⁴⁸ O contrato celebrado com o Agente Operador prevê para remuneração em duas parcelas, uma com valor fixo, e outra com valor “variável por produtividade, calculado em percentual sobre a receita adquirida por meio da comercialização dos resíduos, conforme (...)” (Cláusula

punição ante ao vínculo da remuneração aos resultados; acaso também haja gestão temerária, por assumir excessivos riscos, cumulada ou não com insuficientes resultados, sempre haverá o caminho de se revogar o mandato, designando-se novo Agente Operador e realizando-se a liquidação das obrigações pendentes.

Mutatis mutandis, o Conselho Gestor atua como um Conselho de Administração de empresa, e o Agente Operador como a Diretoria da mesma empresa. Ultrapassado tais limites, evidentemente trar-se-á para o Conselho Gestor responsabilidades a que não pode responder, porque desprovido de personalidade jurídica e patrimônio próprio, atraindo que haja a responsabilidade direta e pessoal de seus integrantes. Daí o motivo para que se limite a (i) *fixar diretrizes e metas*, sejam de resultados, sejam de prudência na gestão, bem como a (ii) *avaliação a gestão*, para saber do efetivo cumprimento das diretrizes e metas que fixou⁴⁹.

Em conclusão deste tópico: fica evidente que o conjunto das medidas complementares produz o efeito de o negócio jurídico alcançar segurança jurídica semelhante ao do instituto do *trust*, na forma como este

Terceira, II, do instrumento de *Contrato de Prestação de Serviços de Gestão e Administração de Fundo Privado*, subscrito aos 23 de julho de 2014).

⁴⁹ Aplica-se aqui o que ensina Modesto CARVALHOSA (2011, p. 194): “Esse princípio é muito importante: o Conselho somente é responsável pelos documentos que chegam ao seu conhecimento. Aplica-se à hipótese o princípio processual dispositivo, qual seja, que a decisão do juiz tem por base os fatos e provas constantes dos autos (“quod non est in actis no est in mundo”). Observe-se que este mesmo autor, um pouco mais à frente na mesma obra, que a representação orgânica da sociedade (e, no nosso caso, do Fundo), é exclusiva de seus diretores, não podendo o Conselho de Administração interferir nesse aspecto (IDEM, *ibidem*, p. 224).

instituto é utilizado pelos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxônica, sem, contudo, desrespeitar a legislação vigente no direito brasileiro.

i) Medidas complementares em razão dos riscos para o trustee

Analisadas as medidas complementares, adotadas no âmbito do Contrato Amlurb, para mitigar os riscos advindos de um eventual *default* do *trustee*, cabe fazer a análise reversa, no sentido de apresentar as medidas tomadas para mitigar os riscos do *trustee*, para que não venha a ser penalizado pelos riscos dos negócios que administra em benefício de terceiros.

Nesse aspecto, o fato de o Agente Operador se constituir em mandatário, tendo-lhe sido outorgado procuração por instrumento público, lhe confere a necessária proteção. Isso porque, no regime do contrato de mandato, subsidiariamente aplicável nas relações de administração, cabe ao mandante “ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes” (art. 678 do Código Civil), pelo que, inclusive, pode o mandatário “reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em consequência do mandato” (art. 664, *caput*, do Código Civil).

Apesar de tal regime jurídico ser suficiente para mitigar tais riscos, tendo em vista as preocupações do Agente Operador com as

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

consequências tributárias das operações sob sua responsabilidade, cabem comentários também sobre este ponto.

Pelo fato de o Agente Operador estar obrigado a emitir nota fiscal de serviços, para adquirir em dação em pagamento os bens triados nas centrais mecanizadas, e, ainda, pelo fato de que deve emitir a nota fiscal quando da venda de tais mercadorias, para que o resultado da venda seja integrado ao Fundo Paulistano de Reciclagem, poderia haver nessas operações riscos tributários.

Porém, como já dito, toda e qualquer despesa ou perda pelo exercício do mandato deverá lhe ser pago ou resarcido. E os recursos que o *trustee* administra são suficientes garantias para isso. Acrescente-se, ainda, que os tributos sobre o faturamento, se realmente exigíveis, são apenas custos tributários das atividades que o Agente Operador exerce, não podendo ser considerados como extraordinários⁵⁰.

Doutro lado, o Agente Operador é entidade sem fins lucrativos. Com isso, a princípio, possui *imunidade tributária*, em especial, quanto ao imposto de renda. Importante sempre lembrar que o Agente Operador não irá se apropriar de qualquer resultado, uma vez que exerce a gestão de bens e recursos e exclusivamente em benefício de terceiros. Daí que,

⁵⁰ Obviamente, não há que se falar em “perda da imunidade” da entidade sem fins lucrativos, inclusive porque o debate, como pode se ver na próxima nota de rodapé, é apenas acerca de certos *fatos ou receitas* serem considerados ou não como geradores de tributos.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

seja porque não há tributos, seja porque estes devem ser pagos com os recursos do Fundo, não há que se falar em riscos tributários para o *trustee*⁵¹.

κ) o Contrato de Fundo Privado gerido por Agente Operador

Como visto, o contrato de *trust*, embora seja amplamente utilizado no Brasil, não se trata de *contrato típico*, ou seja, de uma espécie de contrato que integra o repertório fixado pela legislação. Porém, isso não é problema, porque vige no nosso sistema a *liberdade de contratar*, pelo que os contratos podem se aperfeiçoar nas mais variadas formas, *desde que não contrariem o previsto na legislação*. Em matéria de forma contratual, tudo o que não contraria a lei é

⁵¹ De se ressaltar que há, atualmente, um debate judicial se a imunidade tributária das entidades sem fins lucrativos alcança as “atividades-meio”, quais sejam, as executadas por tais instituições para a produção de recursos para serem aplicados em seus objetivos (ou “atividades-fim”). A jurisprudência havia se consolidado no sentido de que a imunidade abrangia as “atividades-meio”, sirva de exemplo o que ficou consignado no julgamento, pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal: “(...) A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal impede a incidência do ISS tendo como base de cálculo o preço cobrado pela utilização do estacionamento da entidade social, desde que a renda seja totalmente revertida para o custeio de suas atividades essenciais” (ARE 673606/PR, j. aos 19/03/2012). Contudo, em 22/10/2010 o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu repercussão geral sobre a imunidade no que se refere à incidência de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) de entidades que gozam de imunidade tributária, sobrestando-se os recursos que cuidam dessa matéria até orientação de mérito do STF (*Leading case*: Recurso Extraordinário nº 611.510-SP, Rel. Min. Rosa Weber). Questão diferente é a que ora está em debate nos trabalhos parlamentares para a edição de um novo *Código Comercial*, debate do qual se destaca a seguinte opinião de Fábio Ulhoa COELHO (2011, p. 12): “Muitas associações e fundações exploram atividade comercial ou de prestação de serviços para gerarem receita destinada ao custeio de seus fins não econômicos. Isto, contudo, dá ensejo a algumas distorções na competição. Essas pessoas jurídicas podem servir, indevidamente, à exploração de atividades empresariais, sem ficarem expostas às graves consequências da falência. A “minuta” imagina que essas distorções seriam neutralizadas determinando que a associação ou a fundação somente poderia explorar atividade econômica por meio de sociedade, por ela constituída ou na qual ingressasse mediante subscrição ou aquisição de parte societária”.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

permitido, não sendo necessário que as formas contratuais sejam, apenas, as expressamente previstas na lei⁵².

Nada mais lógico: em vista da consagração da autonomia da vontade e da liberdade contratual, é impossível que o legislador preveja e regule, de modo geral e abstrato, todas as formas de arranjos contratuais. A criatividade humana, nesse sentido, é inalcançável. As relações contratuais mais habituais, por sua frequência, acabam adquirindo tipicidade, o que, novamente, pelo traço da habitualidade, se torna objeto de regulamentação legal. Os que se formam à margem dos paradigmas estabelecidos pela legislação uniformizadora, e que, ao mesmo tempo, não violam o ordenamento jurídico, denominam-se contratos *atípicos* (GOMES, *ibidem*, 110) ⁵³. Vigora, portanto, o princípio da *atipicidade dos contratos privados*. Sobre isso, prevê o Código Civil:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Diante disso é que podemos falar que há inúmeros contratos usualmente celebrados que não estão previstos expressamente na legislação,

⁵² A *liberdade de contratar* é um dos mais importantes elementos da *autonomia privada*, e, portanto, das esferas de liberdade: entender que alguém pode se obrigar contratualmente, é entender que esta pessoa pode exercer sua liberdade e é responsável, não devendo haver tutela do Estado sobre suas opções, a não ser em casos excepcionais (por ex., no campo do direito do trabalho). Sobre o tema veja-se, por todos, Konrad HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, trad. esp. **Derecho constitucional y derecho privado**, traduzido por Ignacio Gutiérrez-Gutiérrez, Madrid: Editorial Civitas, 1995, pág. 34 e ss.

⁵³ É evidente que não nos referimos, ao tratar de contratos celebrados à margem das regras traçadas para os contratos mais habituais, a nenhum tipo de relação ilícita.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

mas que demandam formas jurídicas extraídas do ordenamento jurídico vigente. Um deles é justamente é o *contrato de fundo privado gerido por agente operador*.

Tal contrato é muito mais comum do que se imagina.

Imaginemos a seguinte situação: um grupo de estudantes de Ouro Preto pretendem organizar uma festa, e para isso se cotizam e designam um deles para comprar cervejas. Nessa situação, cria-se um *fundo privado*, ou seja, um *conjunto de bens e direitos vinculados a uma certa atividade*, e há também uma relação fiduciária, porque tais bens e direitos são entregues a uma pessoa em razão da confiança que as demais nele depositam.

Pode ser, por exemplo, que todos paguem em dinheiro e esta pessoa vá em seguida ao supermercado realizar as compras e já volte com os produtos. Pode ocorrer, contudo, que os amigos façam uma transferência bancária, depositando os valores devidos em sua conta pessoal. Ninguém ousaria dizer que tais valores, embora depositados em sua conta pessoal, são de livre disposição. Sabemos que não: tais recursos estão *afetados* ao cumprimento de uma obrigação, de um *contrato* ajustado com seus amigos. Os recursos, quando depositados em sua conta bancária, passam a ser de sua propriedade, mas deles o estudante não pode legitimamente desfrutar. Quando for ao supermercado, o responsável pela compra irá efetuar a operação econômica *em nome próprio* (a nota fiscal da compra virá em seu nome), com poderes, inclusive de gestão, tais como negociar o preço com o vendedor,

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

escolher a melhor forma de pagamento, mas adstrito à fidúcia que lhe foi depositada.

A situação descrita não é incomum – há expressão popular para designá-la (“fazer uma vaquinha”), e se configura como um *fundo privado* gerido por um *agente operador*. Observem, que também estão presentes os elementos do contrato *de trust*: o fundo privado é gerido e operado por um estudante (*trustee*), escolhido pelos outros do grupo (*beneficiaries*, que, neste caso, também, se constituem em *settlers*), que recebe recursos de seus colegas em caráter de confiança para cumprir certas obrigações, de forma diligente e com autonomia de gestão, sendo que, na medida do possível, os recursos para ele entregues devem ficar segregados de seus próprios recursos.

Outro exemplo de fundo gerido por agente operador é o *Fundo Garantidor por Tempo de Serviço – FGTS*. Observe-se que nele estão presentes diversos elementos presentes também no “Contrato Amlurb”, podendo-se dizer que o primeiro serviu de inspiração para o segundo.

No caso do FGTS, os trabalhadores devem compulsoriamente depositar valores ao fundo, os quais são administrados por um *agente operador*: a Caixa Econômica Federal. Tal fundo possui a aplicação de seus recursos definida por *Conselho Curador* tripartite, formado por representantes dos empregadores, dos empregados e do Poder Público.

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Cabe nesse ponto apontar que o FGTS se diferencia do contrato bancário de *depósito*. Importante se ter em conta que, no caso do *contrato de depósito bancário*, o depositante entrega os recursos para o banco, que se compromete a restituí-los posteriormente. Não se trata de mera guarda ou custódia, mas, em última análise, de um *emprestimo realizado pelo depositante ao banco*⁵⁴.

No caso do FGTS, cada depositante possui uma conta individualizada, mas não é o próprio banco quem define como serão aplicados os recursos, mas um terceiro, que é o Conselho Curador, funcionando o Ministério das Cidades como gestor dos recursos e a Caixa Econômica Federal como mero *agente operador*, ou *trustee*, gerindo recursos não para atender interesse seu, de sua atividade bancária, mas de interesse de terceiros⁵⁵.

Ressaltem-se as semelhanças: tanto no FGTS, como no Fundo Paulistano de Reciclagem, tratam-se de *fundos privados vinculados a políticas*

⁵⁴ Como ensina Orlando GOMES: "261. **Depósito bancário.** Quando um banco recebe certa soma em dinheiro, obrigando-se a restituí-la em determinado prazo, ou *ad nutum* de quem a entrega, realiza o contrato de *depósito bancário*. Adquire, nesse caso, pleno gozo da quantia depositada. Não a recebe para guardá-la. Aceitando-a, não está a prestar serviço ao depositante, como ocorre como depósito regular. Depositando, o cliente empresta ao banco, em última análise, a quantia depositada. O depósito bancário não se confunde com a *custódia*, que é depósito regular. Nesta, o depositante não perde a propriedade da coisa depositada. Naquela, torna-se simples credor do banco. (*op. cit.*, 1993, pág. 362)

⁵⁵ Prevê a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990 – Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS): "Art. 4º A gestão da aplicação do FGTS será efetuada pelo Ministério da Ação Social, cabendo à Caixa Econômica Federal (CEF) o papel de agente operador". Observe-se que, atualmente, com a extinção do Ministério da Ação Social, é o Ministério das Cidades quem desempenha o papel de gestor da aplicação do FGTS.

públicas, e que possuem na gestão de tais recursos um *Conselho tripartite*, e, ainda, um *agente operador*.

O que se conclui é que o modelo adotado pelo Contrato Amlurb, no que se refere à instituição de um *fundo privado gerido por um agente operador*, aos moldes de um contrato de *trust*, apesar de não se constituir em um contrato típico, *i. e.*, previsto na legislação, trata-se de modelo contratual *largamente utilizado no comércio jurídico nacional* e portanto, ao fim e ao cabo, não se trata propriamente de uma novidade.

V. COMERCIALIZAÇÃO DE RESÍDUOS TRIADOS POR COOPERATIVA DE CATADORES EM REGIME ESPECIAL

Um dos quesitos a que o presente parecer visa responder possui a redação seguinte:

Quesito 1. *A venda dos resíduos recicláveis e reutilizáveis triados pelas cooperativas em regime especial de execução contratual, resíduos cuja propriedade é de todas as cooperativas contratadas, em regime de condomínio, pode ser efetuada pela própria cooperativa? Poderá tal comercialização ser realizada pelo Agente Operador que, mediante mandato,*

representa a todas as cooperativas que integram o condomínio?

Observe-se que a segunda questão, onde se indaga se a comercialização dos resíduos triados em regime especial de execução contratual pode ser realizada pelo Agente Operador, já se encontra respondida. Pelo Contrato Amlurb se denota, de forma evidente e cristalina, que compete ao *Agente Operador* realizar tal comercialização⁵⁶.

Já a resposta à primeira questão não oferece dificuldades. O instrumento de Contrato Amlurb prevê que “As COOPERATIVAS DE CATADORES contratadas sob o REGIME ESPECIAL não poderão realizar a COMERCIALIZAÇÃO dos resíduos triados” (Cláusula Quarta, item 4.3, § 2º).

Está expresso que tais cooperativas não podem comercializar os resíduos. Como dito, tais resíduos possuem propriedade condoninal e estão sob a gestão direta do Agente Operador, que, nessa circunstância, atua como *trustee*.

Contudo, estranhando a indagação, tendo em vista a absoluta clareza da disposição contratual, viemos saber que ela se liga ao fato

⁵⁶ Inclusive, relembrar-se que o contrato celebrado com o Agente Operador prevê que este será remunerado, de forma variável, em razão das receitas adquiridas pela comercialização de tais materiais. Ou seja, sua remuneração se dá em duas parcelas, uma com valor fixo, e outra com valor “variável por produtividade, calculado em percentual sobre a receita adquirida por meio da comercialização dos resíduos” (Cláusula Terceira, II, do instrumento de *Contrato de Prestação de Serviços de Gestão e Administração de Fundo Privado*, subscrito aos 23 de julho de 2014).

de que a dita cooperativa em regime especial de execução contratual comercializou os resíduos que triou. Isso se deu em *fase de transição*, na qual ainda não havia a assunção completa do Agente Operador nas funções de sua responsabilidade, mas havia a necessidade premente de comercializar os resíduos triados, em especial para produzir receita financeira com o objetivo de viabilizar a remuneração das pessoas que integram a dita cooperativa, tendo tal remuneração natureza alimentícia e, portanto, urgente.

Em uma frase: deu-se a comercialização nesses moldes, em razão de *evidente estado de necessidade*.

De qualquer forma, o que deve ser levado em consideração é que a *comercialização* deve se dar *sob a responsabilidade do Agente Operador*, que, inclusive, no uso de liberdade de gestão, pode terceirizar tal atividade, sem que, com isso, sua responsabilidade seja diminuída.

Logo, em vista de situação que se justifica, e que foi meramente transitória, sob a responsabilidade do Agente Operador houve a comercialização, por parte de cooperativas em regime especial, de resíduos por ela triados. Dita comercialização se deu inclusive com a emissão de nota fiscal pela dita cooperativa em regime especial, e o recebimento das quantias correspondentes⁵⁷. Transferidos os recursos para o âmbito do Fundo, a que contratualmente estão vinculados, e havendo o resarcimento da cooperativa

⁵⁷ Poderia não ser assim, uma vez que seria lícito à cooperativa *ceder o crédito* originário da venda ao Agente Operador, de forma a que o comprador dos resíduos pagasse diretamente a ele.

das perdas que tenha incorrido em praticar ato de responsabilidade do Agente Operador, entendemos que a questão se resolve. O fundamental é que essa situação excepcional não se transforme em regra.

De qualquer forma, tendo em vista a natural complexidade para se efetivar todo o previsto no instrumento de Contrato, até porque incide este em realidade fática e contratual existente, porque antes havia uma relação entre a Amlurb e as cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, é de todo recomendável que o instrumento de Contrato tenha a sua redação aperfeiçoada para que, de forma explícita, reconheça a evidentemente necessária *fase de transição*, que se concluirá tão logo o Agente Operador, inclusive devidamente informado pelo presente parecer, possa se adequar para cumprir com todas as obrigações que o contrato para ele previu.

VI. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA NA DISTRIBUIÇÃO PARA AS COOPERATIVAS DE CATADORES DOS RESULTADOS DO FUNDO PAULISTANO DE RECICLAGEM

O segundo quesito que nos foi encaminhado para análise por meio do presente parecer possui redação seguinte:

Quesito 2. *A distribuição dos resultados apurados pelo Fundo Paulistano de Reciclagem entre as cooperativas que*

cooperam entre si por meio do dito Fundo estão sujeitos à tributação?

Segundo o Regulamento do Imposto de Renda, as cooperativas não terão incidência de IR sobre suas atividades econômicas de proveito comum, sem objetivo de lucro, sendo vedada a distribuição de qualquer espécie de benefício a favor de associados ou terceiros, sob a pena de tributar-se os resultados, *in verbis*:

Art. 182. As sociedades cooperativas que obedecerem ao disposto na legislação específica não terão incidência do imposto sobre suas atividades econômicas, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

§ 1º É vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefício às quotas-partes do capital ou estabelecer outras vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuados os juros até o máximo de doze por cento ao ano atribuídos ao capital integralizado.

§ 2º A inobservância do disposto no parágrafo anterior importará tributação dos resultados, na forma prevista neste Decreto.

E ainda no que concerne ao IR, haverá incidência sobre os resultados positivos das *operações e atividades estranhas* à sua finalidade, inclusive fornecimento de bens ou serviços a não associados, para atender aos objetivos sociais:

Art. 183. As sociedades cooperativas que obedecerem ao disposto na legislação específica pagarão o imposto calculado sobre os resultados positivos das operações e atividades estranhas à sua finalidade, tais como:

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

I - de comercialização ou industrialização, pelas cooperativas agropecuárias ou de pesca, de produtos adquiridos de não associados, agricultores, pecuaristas ou pescadores, para completar lotes destinados ao cumprimento de contratos ou para suprir capacidade ociosa de suas instalações industriais;

II - de fornecimento de bens ou serviços a não associados, para atender aos objetivos sociais;

III - de participação em sociedades não cooperativas, públicas ou privadas, para atendimento de objetivos acessórios ou complementares.

Na relação jurídica *sub examine*, como já tivemos oportunidade de afirmar, há uma relação jurídica entre o Poder Público e um conjunto de cooperativas, em que estas últimas prestam serviços e o primeiro as paga mediante dação em pagamento. Após esse pagamento, há uma série de relações internas às cooperativas contratadas, para que cumpram com as obrigações do Contrato e possam *atender aos seus respectivos objetivos sociais*, que coincidem, porque são todas cooperativas de catadores de materiais reutilizáveis ou recicláveis.

Assim, no caso em análise, não há que se falar em incidência de IR em razão de suposta *atividade estranha* às finalidades das cooperativas (RIR, art. 183, II), uma vez que o fornecimento de bens e serviços delas são decorrentes de finalidade principal, que é a união de esforços para catar, triar e comercializar o resíduo sólido reutilizável ou reciclável.

A preocupação reside na vedação expressa do RIR, art. 182, § 1º, de distribuição de qualquer espécie de benefício ou estabelecimento de vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ou terceiros. É que a inobservância dessas prescrições importa tributação dos resultados.

Constata-se que, neste ponto, o conjunto normativo vigente não é claro e preciso. Com efeito, a legislação tributária não contempla, de forma expressa, as peculiaridades inerentes à cooperativa e ao ato cooperativo Nesse sentido, confira-se a preocupação do Professor Waldírio BULGARELLI (1974, p. 5 e 15) que, a despeito de contar com 40 anos, ainda não foi solucionada:

As cooperativas são as empresas que possivelmente mais problemas apresentam no âmbito tributário. As causas específicas dessa situação, evidentemente, decorrem de uma mais geral, que é sem dúvida a do imperfeito enquadramento desse tipo de sociedade nos sistemas fiscais vigorantes, decorrentes da ignorância e do desconhecimento sobre suas verdadeiras características, que de uma política fiscal orientada num sentido totalizante, portanto, sem admitir exceções válidas, ou destinada a atender aos reclamos dos outros tipos de empresas.

Daí a necessidade, já agora impostergável, de se criar um verdadeiro sistema tributário para as cooperativas, em que fique perfeitamente caracterizada a sua posição de empresa não lucrativa, prestadora de serviços às coletividades e seu papel de auxiliar do Poder Público.

É por isso que a leitura do art. 182 e § 1º do RIR deve ser feita com as lentes ópticas constitucionais que conferem a necessidade de se estabelecer *adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado*

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

pelas sociedades cooperativas (art. 146, III, “c” da CF)⁵⁸. Vê-se, assim, que não se pode admitir a leitura de dispositivos legais, subalternos à Constituição Federal, de forma a amesquinar o regime jurídico das cooperativas e, sobretudo, do ato cooperativo, com imposições tributárias que configuram intervenção estatal ilegítima, uma vez que não pode o Poder Público criar, sem justificativa, gravame para quem exerce o direito à liberdade de organização econômica, em sua dimensão de criar e de manter cooperativas.

Neste diapasão, cite-se como exemplo, a legislação da CSLL, notadamente o art. 39, da Lei 10.865/04, ao dispor que “as sociedades cooperativas que obedecerem ao disposto na legislação específica, relativamente aos atos cooperativos, ficam isentas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL”. Não há, na legislação em comento, qualquer restrição ao ato cooperativo, tampouco tentativa de descharacterizá-lo a pretexto de haver incidência tributária.

O E. Superior Tribunal de Justiça trilha pelo mesmo caminho, como se pode ver do seguinte entendimento em sede de recurso repetitivo:

⁵⁸ A solução mais adequada reside em conferir nova redação ao art. 182, § 1º do RIR, de forma a se prever expressamente a transferência de recursos ao Fundo como hipótese de exceção à vedação contida no referido dispositivo. Eis a letra normativa ideal: “§ 1º É vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefício às quotas-partes do capital ou estabelecer outras vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuados os juros até o máximo de doze por cento ao ano atribuídos ao capital integralizado e os valores transmitidos a fundos contábeis, desprovidos de personalidade jurídica, para posterior distribuição a cooperativas.”

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

4. As sociedades cooperativas, quando da determinação do lucro real, apenas podem excluir do lucro líquido os resultados positivos decorrente da prática de "atos cooperativos típicos", assim considerados aqueles praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais (artigo 79, *caput*, da Lei 5.764/71).

5. O artigo 111, da Lei das Cooperativas (Lei 5.764/71), preceitua que são consideradas rendas tributáveis os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de aquisição de produtos ou de fornecimento de bens e serviços a não associados (artigos 85 e 86) e de participação em sociedades não cooperativas (artigo 88), assim dispondo os artigos 87 e 88, parágrafo único, do aludido diploma legal (em sua redação original):⁵⁹

Ou seja, a jurisprudência *exclui* do conceito de ato cooperativo o ato de fornecimento de bens e serviços *a não associados*. Por outro lado, *contempla* no conceito de ato cooperativo os resultados positivos decorrentes da prática de atos (cooperativos) entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Assim, o valor da comercialização do bem (resíduo) transmitido ao Fundo para pagamento de obrigações contratuais e estatutárias e posterior distribuição às demais cooperativas, como soa evidente, é *ato cooperativo, praticado por cooperativas entre si*, uma vez que o Fundo constitui-se uma conta conjunta das cooperativas associadas em condomínio, conforme adesão de todas ao contrato AMLURB, e tem por finalidade atingir

⁵⁹ RESP 58.265/SP, Min. Relator Luiz Fux, Julgado em 09/12/2009.

os objetivos sociais de todas as cooperativas, que, no caso, auxiliam ao Poder Público na destinação de resíduos sólidos do Município de São Paulo.

VII. CONCLUSÕES

Cabe, agora, responder objetivamente aos quesitos.

Quesito 1. *A venda dos resíduos recicláveis e reutilizáveis triados pelas cooperativas em regime especial de execução contratual, resíduos cuja propriedade é de todas as cooperativas contratadas, em regime de condomínio, pode ser efetuada pela própria cooperativa? Poderá tal comercialização ser realizada pelo Agente Operador que, mediante mandato, representa a todas as cooperativas que integram o condomínio?*

Resposta: À TÍTULO PRÓPRIO, COOPERATIVAS EM REGIME ESPECIAL NÃO PODEM REALIZAR A COMERCIALIZAÇÃO DOS RESÍDUOS QUE, NESTE REGIME, TRIARAM, ANTE A EXPRESSA VEDAÇÃO NO INSTRUMENTO DE CONTRATO. JÁ O AGENTE OPERADOR NÃO SÓ PODE, MAS POSSUI O DEVER DE PROCEDER À DITA COMERCIALIZAÇÃO, PODENDO, AINDA TERCEIRIZAR TAL OBRIGAÇÃO, ASSUMINDO AS RESPONSABILIDADES E RISCOS, UMA VEZ QUE ADQUIRE A PROPRIEDADE DE TAIS BENS EM NOME DAS COOPERATIVAS DE CATADORES CONTRATADAS,

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

DEVENDO GERIR TAIS BENS, BEM COMO AS QUANTIAS ADVINDAS DE SUA VENDA, NA QUALIDADE DE TRUSTEE. EM CARÁTER EXCEPCIONAL, EM PERÍODO CONTRATUAL DE TRANSIÇÃO, PODE O AGENTE OPERADOR PROCEDER À COMERCIALIZAÇÃO DE DITOS RESÍDUOS POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA DE CATADORES, INCLUSIVE A COOPERATIVA DE CATADORES SUBMETIDA AO REGIME ESPECIAL, CONFIGURANDO-SE TAL CONDUTA MERA TERCEIRIZAÇÃO, QUE NÃO DIMINUI SUAS RESPONSABILIDADES CONTRATUAIS.

Quesito 2. A distribuição dos resultados apurados pelo Fundo Paulistano de Reciclagem entre as cooperativas que cooperam entre si por meio do dito Fundo estão sujeitos à tributação?

Resposta: NÃO. SOMENTE OS ATOS PRATICADOS PELO FUNDO PAULISTANO DE RECICLAGEM, OU COM SEUS RECURSOS, COM TERCEIROS, PODEM SER CONSIDERADOS ATOS TRIBUTÁVEIS. OS ATOS INTERNOS AO FUNDO PAULISTANO DE RECICLAGEM, INCLUSIVE A DISTRIBUIÇÃO DE RESULTADOS, POR TRADUZIREM ATOS PRATICADOS PELAS COOPERATIVAS ENTRE SI, NA BUSCA DE SEUS OBJETIVOS SOCIAIS, CONFIGURAM **ATOS COOPERATIVOS** QUE, *PRIMA FACIE*, NÃO ESTÃO SUJEITOS A TRIBUTOS OU A OUTRAS FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL.

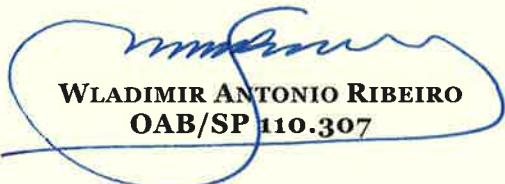
**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

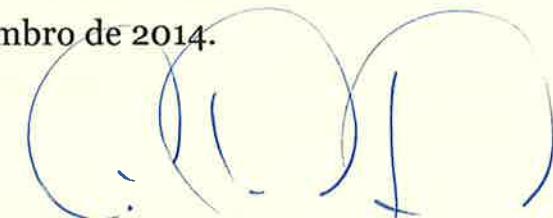
Finalmente, convém registrar que nosso entendimento se fundamenta na interpretação sistemática do Contrato e das relações jurídicas efetivamente estabelecidas. Contudo, **o Fisco pode ter interpretação divergente**, uma vez que pode adotar parâmetros diferentes de compreensão.

S.m.j., é o nosso entendimento.

São Paulo, 28 de novembro de 2014.



WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO
OAB/SP 110.307



CARLOS RENATO LANEL ALVA SANTOS
OAB/SP 221.004



MARCELA DE OLIVEIRA SANTOS
OAB/SP 339.201

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOCADOS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrecht**, 1986. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As cooperativas de habitação no direito brasileiro**. S. Paulo: Saraiva, 2003.

BULGARELLI, Waldírio. **Elaboração do Direito Cooperativo**. São Paulo: Atlas, 1967.

_____. **O Kibutz e as cooperativas integrais**. São Paulo: Pioneira, 1966.

_____. **As cooperativas e o Plano Nacional de Habitação**. S. Paulo: Pioneira, 1966.

_____. **Regime tributário das cooperativas, à luz da nova Lei cooperativista nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. São Paulo: Saraiva, 1974.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO DE MENDONÇA, Joaquim Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. São Paulo: Bookseller, 2000, v. I.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. II.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.* Coimbra: Coimbra, 2008, v. 3.

CASTRO, Felipe Taltay Katz de. **Validade e eficácia dos Contratos de Trust no Direito Brasileiro.** São Paulo, mimeo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial.** 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O futuro do Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 12.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./mar., 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10/11/2014.

FIÚZA, César. **Direito Civil**, 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GALLO, Paolo. **Trattato del Contratto.** Milão: UTET, Giuridica, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

HÄBERLE. Peter. **Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts.** Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1983. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales,** Madrid: Editorial Dykinson, 2003. Tradução de Joaquim Brage Camazano.

HESSE. Konrad. **Verfassungsrecht und Privatrecht**, C.F. Müller, Heidelberg, 1988. **Derecho constitucional y derecho privado**, Madrid: Editorial Civitas, 1996. Tradução de Ignácio Gutiérrez-Gutiérrez.

Nery Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, v. 3.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. 52.

RIBEIRO, Wladimir António. *Introdução à Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos*, in TONETO JÚNIOR, Rudinei. **Resíduos Sólidos no Brasil**, Barueri: Manole, 2014, p. 102-171.