



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

FERNANDO AUGUSTO VIEIRA DE SOUZA

**O PAPEL SOCIAL DAS ASSOCIAÇÕES PRESTADORAS DE
SERVIÇOS PÚBLICOS SEM FINS LUCRATIVOS**

ASSIS
2011

Av. Getúlio Vargas, 1200 – Vila Nova Santana – Assis – SP – CEP: 19807-634
Fone/Fax: (18) 3302 1055 homepage: www.fema.edu.br

FERNANDO AUGUSTO VIEIRA DE SOUZA

**O PAPEL SOCIAL DAS ASSOCIAÇÕES PRESTADORAS DE
SERVIÇOS PÚBLICOS SEM FINS LUCRATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento do Curso de Bacharelado em Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso.

Orientação: Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves

Área de Concentração: Direito Civil

ASSIS
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

SOUZA, Fernando Augusto Vieira

O Papel Social das Associações Prestadoras de Serviços Públicos Sem Fins Lucrativos / Fernando Augusto Vieira de Souza. Fundação Educacional do Município de Assis – Assis, 2011.

31p.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

1. Associação, 2. Resíduos Sólidos, 3. Catadores, 4. Licitação.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

O PAPEL SOCIAL DAS ASSOCIAÇÕES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS SEM FINS LUCRATIVOS

FERNANDO AUGUSTO VIEIRA DE SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
IMESA - Instituto Municipal de Ensino Superior,
como requisito para a conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito, analisado pela seguinte
comissão examinadora:

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves _____

Analisador: Prof. Ms. Edson Fernando Pícolo de Oliveira _____

ASSIS

2011

Dedicatória

Aos meus pais Ademar e Deolinda, pelo apoio, carinho e paciência nesta importante etapa da minha vida.

À Gisele, paciente e companheira nos bons e difíceis momentos da jornada. Que possamos adiante desfrutar do esperado sucesso, fruto de nosso suado esforço.

Agradecimentos

Ao Prof. Eduardo Vella, que me orientou na elaboração deste trabalho; aos demais professores da FEMA que, de forma ou outra, me auxiliaram na formação acadêmica em sala de aula, corredores ou estacionamento do campus, verdadeiras horas extras de paciência e dedicação que jamais serão esquecidas.

Em Especial, à memória do Prof. Edgard Pereira Lima, saudade...

Aos professores da UNESP Ana Maria Carvalho e Carlos Rodrigues Ladeia, aos demais membros da INCOP UNESP – Núcleo de Assis/SP, que me lançaram neste desafio temático.

Aos colegas e amigos, que de alguma forma contribuíram para a minha formação pessoal e acadêmica.

Aos meus irmãos Christian e Cássia pelas orações, apoio e torcida.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	01
2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	03
2.1. DA IMPRECISÃO LEGISLATIVA.....	05
2.2. ASSOCIAÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	07
3. ALTERAÇÃO ATUAL DO CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO.....	09
3.1. ASSOCIAÇÃO DE CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS.....	09
4. DIREITO CONSTITUCIONAL DE ASSOCIAÇÃO.....	12
5. FORMALIZAÇÃO EM ASSOCIAÇÃO E NÃO EM COOPERATIVA.....	13
6. CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA....	17
6.1 LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	17
6.2 CONSTITUCIONALIDADE NA CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES DE MÃO DE OBRA.....	19
6.3 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	21
7. POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS.....	26
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
BIBLIOGRAFIA.....	32

Resumo

A realidade de desigualdade social brasileira fez com que pessoas de baixa renda, dentre tantas condições degradantes de sobrevivência percebida por estas, exercessem a catação dos resíduos sólidos urbanos como sua única fonte de renda, fazendo com que se organizassem política e socialmente, através do Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. Com o tempo, o Estado reconheceu a existência destes graves problemas de ordem ambiental, sanitário e social, dando início a um enfrentamento do problema com políticas públicas de inclusão dos catadores e minimização das desigualdades sociais que até hoje os assola.

A problemática da formalização destes grupos permeia o rol das sociedades civis, suas características positivadas numa lacunosa legislação, lacunas evidenciadas pela difícil tarefa estatal de regular as relações sociais, em meio a dinâmica da vida contemporânea.

O conceito de Associação sofreu ao longo do tempo pouco aprimoramento, entretanto as recentes políticas de valorização de catadores, assim como as de valorização da mão de obra de portadores de deficiência física, têm reconhecido estes grupos como associações de caráter assistencial.

Associação é uma pessoa jurídica formada pela união de pessoas naturais com o propósito de realizarem determinado fim não econômico. É a definição dada pela lei civil brasileira.

A doutrina jurídica pátria, até aqui, tem entendido que os valores havidos por essas entidades devem ser, necessariamente, revertidos à consecução de seus fins previstos no estatuto social da entidade, não podendo tais recursos terem, de modo algum, destinação a cofres particulares de sócios ou terceiros indevidamente, pois configurar-se-ia na hipótese, forma de desvio de finalidade.

O que pretendemos demonstrar é que ocorreram grandes mudanças na compreensão conceitual do instituto das associações, tendo em vista as recentes

alterações da legislação. Estabeleceu-se por lei, que associações de catadores de materiais recicláveis, formadas por pessoas de baixa renda, devem obedecer a um sistema de rateio igualitário. Logo, lei posterior, com mesma hierarquia do Código Civil (norma anterior), está a dispor de forma diversa da doutrina, mas em complemento a lacunosa norma de 2002.

Compreendemos que, para se analisar a eventual finalidade lucrativa de uma associação, deve-se partir de uma condição social e econômica de igualdade dos sócios com os demais da coletividade. Caso se verifique que inexistente a referida condição de igualdade, mas sim alguma condição degradante de desigualdade dos sócios com relação aos demais cidadãos do povo, não há que se falar em fim lucrativo ou econômico, mas sim em finalidade assistencial. O que não se confunde com assistencialismo, em razão dos valores havidos pela associação sob análise serem produtos do trabalho do catador.

Abstract

THE SOCIAL ROLE OF PUBLIC SERVICE OF ASSOCIATION WITHOUT PROFIT

The reality of social inequality in Brazil led to the poor, among many degrading conditions of survival perceived by them, exert scavenging of solid waste as their only source of income, so they organized themselves politically by the National Movement of Collectors of Recyclable Materials. Over time, the State acknowledged the existence of serious problems of environmental, health and welfare and began to face it with policies of inclusion of the pickers and minimization of social inequalities that still plague them.

The issue of formalizing these groups fills the role of civil society and its features put in legislation with several gaps, given the difficult state to regulate social relations that modulate each day, because of the dynamics of contemporary life.

The concept of association over time has improved slightly, however the recent political valuation of collectors, as well as the valuation of manpower for the handicapped, have recognized these groups as assistance associations.

Association is an entity formed by the union of natural persons with the purpose of performing with non-economic order. That's what determines the Brazilian civil law.

The legal homeland doctrine, so far, has understood that the values within those entities should achieve their intended purposes specified in the bylaws of the entity and cannot, in anyway, have destination for member's particular vaults, because it would configure a misuse.

We wish to demonstrate is that there were major changes in conceptual understanding of the Institute of associations, considering the recent changes in legislation. It was established by law, that associations of collectors of recyclable

materials, formed by low-income people should obey a system of equitable apportionment.

We understand that in order to analyze the potential for profit of an association, it must be from a social and economic equality with the other members of the community. If it is found that, there is no such condition of equality, but some condition degrading inequality of the partners in relation to other citizens of the people, we should not talk about profit or economic, but on purpose assistance. Which is not to be confused with welfare, because the values of the association under consideration are the work product of the collector.

1 – INTRODUÇÃO.

O presente trabalho pretende demonstrar seu objeto através da recente evolução do instituto das associações na legislação, a exigir novo posicionamento da doutrina sobre a matéria. Pretendemos demonstrar que o desenvolvimento deste importante instituto jurídico se confunde com sua própria conceituação aqui analisada.

Este trabalho se deu pela necessidade de formação dos catadores de materiais recicláveis quanto a seus direitos; pelo ideal social da proposta demonstrada por este trabalho, bem como as lutas do Movimento Nacional de Catadores, verdadeira alternativa de erradicação de pobreza e marginalização, além da inclusão do catador na vida social, através de políticas públicas, a sensibilização da comunidade jurídica a estas questões, bem como aos gestores públicos no incentivo necessário para que estes grupos se desenvolvam.

Procuramos focar os conhecimentos jurídicos obtidos sobre o tema nos períodos de vigência do código civil de 1916, do código civil de 2002 até o presente momento histórico, bem como as recentíssimas inovações legislativas, tais como as alterações trazidas pela Política Nacional de Saneamento Básico (lei. 11.445/07), que deu nova redação ao art. 24, XXVII da lei 8.666/93, tratando da dispensabilidade de licitações em contratos administrativos com associações e cooperativas de catadores; a promulgação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (lei. 12.305/10), que reconheceu a necessidade de, os municípios, incentivarem a atividade dos catadores de materiais recicláveis e a formação de cooperativas e associações, modulando o instituto sob análise e o sistema jurídico de forma reflexa, por diversos ramos do direito, tanto no âmbito do direito público como do direito privado, de modo a sinalizar novidades conceituais sobre o tema na doutrina e nos tribunais pelo país.

A presente pesquisa se deu pela necessidade de regularização das associações de catadores de materiais recicláveis, na busca de sensibilizarem os gestores públicos quanto aos entraves percebidos por esses grupos populares, a necessidade de acesso a recursos e investimentos públicos instituídos por forte tendência das novas

políticas sociais, urbanísticas, sanitárias e ambientais implantadas pelo Governo Federal nos últimos anos.

Como há pareceres do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo favoráveis à contratação, pela administração, de associações de mão de obra de portadores de deficiência física, estas com intuito de gerar trabalho e renda aos seus associados, bem como a inserção destes no mercado de trabalho, entendemos por analogia, que é plenamente aplicável a contratação pública de associações de catadores de materiais recicláveis também por uma questão de isonomia, tendo em vista que a possibilidade de contratação das referidas modalidades associativas estão presentes no mesmo dispositivo normativo, qual seja, o art. 24 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública).

O aluno desenvolveu o presente trabalho como bolsista graduando do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), com recursos da FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos) vinculada ao Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação, em Projeto proposto pela Secretaria de Desenvolvimento do Estado de São Paulo (atual Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo) denominado: *Centros Digitais e Cadeias Produtivas – Agregação de Tecnologia de Desenvolvimento Territorial*, e Subprojeto denominado: *Constituição de Redes Articuladas de Empreendimentos de Economia Solidária na Cadeia Produtiva de Manejo de Resíduos Sódicos em São Paulo*, sendo Co-executora deste, a Incubadora de Cooperativas Populares da UNESP – INCOP UNESP – Núcleo de Assis, onde o aluno exerceu atividade de pesquisa de campo, em convênio firmado entre esta e a FEMA.

2 – CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

Há algum tempo, a doutrina busca compreender o instituto das associações, dada a imprecisão legislativa constante do código anterior, bem como da legislação civil atual, que pouco avançou na compreensão desta peculiar forma de reunião de pessoas que se organizam para determinado fim comum.

O Código Civil Brasileiro de 1916 rezava em seu art. 16 quem eram as pessoas jurídicas de direito privado:

“(...) I - as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II – as sociedades mercantis; III – os partidos políticos”.

Não adentrava, portanto, o referido texto legal na compreensão mais recente do instituto associativo, nem esboçava qualquer sinalização de um conceito preciso.

Para a professora Maria Helena Diniz, a conceituação de “associação” orbita do seguinte:

“A associação é uma modalidade de agrupamento, dotada de personalidade jurídica, sendo pessoa jurídica de direito privado; voltada a realização de finalidades culturais, sociais, pias, religiosas, recreativas etc.; cuja existência legal (Dasein) surge com o assento de seu estatuto, em forma pública ou particular, no registro competente, desde que satisfeitos os requisitos legais, tendo ela objetivo lícito e estando regularmente organizada” (Curso de direito civil brasileiro, 26ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, v. I, p.253-254).

Evidente que os traços característicos do citado inciso I (art. 16 do antigo diploma civil) levaram a doutrina a tratar de forma sinônima os institutos “Sociedade Civil” e “Associação”, tendo em vista a pouca problemática jurídica na relação de seus membros entre si e destes com a sociedade naquele momento histórico.

Washington de Barros Monteiro, renomado jurista e professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo, mencionado por Nestor Duarte, em trabalho coordenado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, contribui com a seguinte definição:

“Salientamos inicialmente que, do ponto de vista doutrinário, não se confundem sociedades civis e associações. Nas primeiras, há o fito de lucro, enquanto, nas segundas, inexistente finalidade lucrativa. O objeto das associações é puramente cultural, beneficente, altruísta, religioso, esportivo ou moral” (Código Civil comentado, 3ª. ed. São Paulo, Manole, 2009, p. 64).

Já os professores Gagliano & Pamplona Filho, em abordagem sintetizada, definem o pensamento unânime da doutrina até o momento:

“As associações são pessoas jurídicas de direito privado, formadas pela união de indivíduos com o propósito de realizarem fins não-econômicos”. (Novo curso de direito civil, 9ª. ed. v. I. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 207).

Dissertam os professores, justamente no sentido de que seus traços característicos e elementos que as distinguem de outras formas de sociedade são os de terem finalidade não econômica.

Obviamente que os balanços orçamentários de uma associação eventualmente terão superávit, lucro, sobra ou resto, o que seria o ideal para a saúde econômica da hipotética entidade, porém este eventual lucro deveria ser revertido para a manutenção da própria instituição e não para a satisfação de interesses particulares.

A compreensão geral era que eventual destinação de valores da associação a cofres particulares estaria a configurar o desvio de finalidade, tendo em conta as disposições estatutárias formuladas segundo a legislação vigente.

A finalidade econômica vedada pela norma civil é justamente a possibilidade de associações formalizarem-se com o fito de explorarem interesses econômicos, quando pré-existe na hipótese condições de igualdade ou equiparação social e econômica aproximadas às condições dos demais da coletividade, quando não se pode vislumbrar um cenário de desigualdade social degradante. É nessa perspectiva que o interesse fim é o lucro, o que a lei desautoriza.

O que não é legítimo, é a utilização de associações para formalizar exploração de mão de obra dos associados, a despeito de direitos trabalhistas, num histórico de privilégios de quem detém o capital em detrimento do “desprivilegio” de quem vende sua força de trabalho como forma de subsistência.

O que pretendemos demonstrar neste trabalho refere-se a associações com o fito assistencial. Um lucro social que se reverte a um fim nobre, quando inexistente condição de isonomia social e econômica entre os associados e os demais da coletividade. Estes processos de promoção social e humana, implantados pelas políticas a seguir demonstradas, estão alheios a interesses de concorrência e degradação de um em benefício de outro, mas sim firmados na perspectiva de uma economia solidária e de participação de todos os membros, para a consecução de um fim comum. Qualquer usurpação na aplicação da norma jurídica ou de finalidade diversa do estatuto será passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

2.1- DA IMPRECISÃO LEGISLATIVA.

O professor Caio Mario da Silva Pereira adverte-nos com relação à imprecisão do antigo código civil:

“O Código Civil, porém, deixou de se ater à distinção, e, se mais adequado é utilizar-se a designação associação para as pessoas jurídicas de fins não econômicos, nenhuma obrigatoriedade existe nesse sentido, admitidas as expressões como sinônimas no Código de 1916” (Introdução ao Direito Civil, Parte Geral, 19ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 215).

Assim, também, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

“A lei de 1916, contudo não definia o que se entendia por associações de fins não econômicos. Havia por isso mesmo muita dúvida na doutrina. Devemos entender que associação de fins não lucrativos é aquela não destinada a preencher fim econômico para os associados, e, ao contrário, terá fins lucrativos à sociedade que proporciona lucro a seus membros” (Direito Civil, 8ª. ed. São Paulo, Atlas, 2008, v. I, p. 258).

O citado professor também aponta que a forma associativa visa aumento patrimonial apenas da pessoa jurídica. Entendimento patentemente consolidado na doutrina até então.

No mesmo sentido o professor Carlos Roberto Gonçalves nos ensina:

“A circunstância de uma associação realizar negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, todavia, proporcionar ganhos aos associados não a desnatura, sendo comum a existência de entidade recreativas que mantêm serviços de venda de refeições aos associados, de cooperativas que fornecem gêneros alimentícios e conveniências a seus integrantes...” (Direito Civil Brasileiro, 7^a. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, v. I, p. 201).

Supõe, pois, o douto professor, que proporcionar ganhos aos associados, em suas esferas particulares, desnaturaria a associação, ficando, portanto, configurado eventual desvio de finalidade a suposta circunstância.

Nada mais apropriado que observarmos neste ponto, o que o coordenador-geral da comissão elaboradora do projeto do novo código civil, o ilustre jurista e filósofo Miguel Reale, dispõe sobre o tema à época da edição da, até então, nova norma civil:

“tratamento novo foi dado ao tema das pessoas jurídicas, um dos pontos em que o Código Civil atual se revela lacunoso e vacilante. Fundamental, por sua repercussão em todo o sistema, é uma precisa distinção entre pessoas jurídicas de fins não econômicos (associações e fundações) e as de escopo econômico (sociedade simples e sociedade empresária) aplicando-se a estas, no que couber, as disposições concernentes às associações” (Projeto do Novo Código Civil, 2^a. ed. São Paulo, Saraiva, 1999, v. I, p. 65).

Distinguir pessoas jurídicas de fins econômicos das de fins não econômicos era a ótica que se vislumbrara naquele momento histórico e científico, como se verifica das palavras do projetista do novo Código Civil, ora em vigor.

Ao analisar a evolução do instituto das associações, o ilustre professor Sílvio de Salvo Venosa reconhece, com ressalvas, que o novo diploma civil de 2002 avançou na compreensão do instituto, e dispõe:

“No vigente sistema, a conceituação é mais clara, embora, como na maioria dos institutos jurídicos, sempre possa haver uma zona cinzenta”.

Tal zona cinzenta mencionada pelo ilustre professor pode referir-se, para a compreensão deste trabalho, à distância entre o conhecimento jurídico e a aplicação prática do referido instituto por parte da sociedade, que muitas vezes, atua em

verdadeira dissonância da legislação. Dissonância que não significa transgredir ou inobservar a norma jurídica, mas por aguardar a normatização do que esta sociedade tem avançado e o legislativo não a acompanha, hipótese em que a insegurança jurídica parte do Estado, por conta de sua morosidade legislativa.

Isso nos demonstra o dinamismo das relações da sociedade contemporânea e um dos grandes desafios para o Direito na sua busca de regular estas relações sociais tão inovadoras.

Fica evidente a impossibilidade de a doutrina, jurisprudência e a legislação obter uma compreensão plenamente definida sobre algo de forma peremptória e imutável, tendo em vista o que vai se construindo ao longo do tempo pela natural movimentação da sociedade.

2.2 – ASSOCIAÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL.

O texto do novo código civil, lei ordinária de nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, inovou o instituto, abrindo-lhe um capítulo próprio, a fim de reconhecer a importância do instituto na vida social do brasileiro, porém com a imprecisão de alguns termos, o que proporcionou novo esforço da doutrina em conceituar e compreender da modalidade associativa. Veio-nos, pois, a seguinte redação:

“Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos”.

Observando as imprecisões dos termos do código a vigorar em janeiro de 2003, ainda no período de *vacatio legis*, surge o projeto de lei nº 7.160, de 27 de agosto de 2002, de autoria do Dep. Ricardo Fiuza, que propõe a alteração da parte final do “caput” do art. 53, de modo a substituir o verbete “fins não econômicos” pela terminologia “fins não lucrativos”. Explana Carlos Roberto Gonçalves uma crítica à referida redação, ao mencionar que:

“A redação atual, ao referir-se a ‘fins não econômicos’, é imprópria, pois toda e qualquer associação pode exercer ou participar de atividades econômicas. O que deve ser vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa” (Direito Civil Brasileiro, 7^a. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, v. I, p. 201).

Mesmo se prevalecesse o referido projeto, e se a pretendida alteração do texto entrasse em vigor, na prática, em nada mudaria, a nosso ver, a imprecisão dos termos caracterizadores do instituto. Normas jurídicas posteriores, ao tocar o tema, já estão se valendo dessa terminologia pretendida pelo citado projeto de lei, razão pela qual adotamo-la no título do presente trabalho.

Veremos que posteriormente, o direito posto nos daria uma compreensão bem diversa da doutrina, já sinalizando futuras alterações, acerca da compreensão do instituto no sistema jurídico, tendo em conta mudanças legislativas reflexas nos âmbitos sociais, ambientais e urbanísticos, que acabaram por tocar a matéria, o que é intuito do presente trabalho demonstrar.

3. ALTERAÇÃO ATUAL DO CONCEITO DE ASSOCIAÇÕES.

Como apontado pela doutrina no capítulo anterior, bem como pela lei civil brasileira, as associações não podem ter finalidade econômica ou lucrativa, no entanto, os estudiosos do direito afirmam que: Poderiam as associações lucrar em suas atividades, desde que sejam tais valores revertidos para os cofres da entidade, a fim de servirem ao desempenho das atividades e objetivos estatutários.

O que se vedava, até então, é a destinação dos valores, que ingressavam no patrimônio das associações, serem destinados a cofres particulares, seja de seus sócios ou de terceiros, sem a justificativa de consecução da finalidade estatutária.

A forma utilizada para se aferir tal desvio realiza-se através da apreciação do conselho de contas da própria entidade; em eventual processo judicial quando da verificação de existência de provas robustas; pelos Tribunais de Contas quando as referidas entidades recebem verbas e incentivos públicos, ou ainda, quando do credenciamento destas entidades, em resposta a editais de contratação de serviços, realizadas por órgãos públicos, bem como para efeito de aprovação das contas da autoridade responsável pelo órgão público contratante.

3.1 – ASSOCIAÇÃO DE CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS.

O que se verifica no presente momento histórico, levando-se em conta a realidade brasileira, de crescentes desigualdades sociais, é o grande número de associações que se formam com finalidade assistencial ou de geração de trabalho e renda em todo o território nacional, por força dos movimentos sociais em crescente organização e representatividade, no atual cenário político da República.

A ausência de condições jurídicas para a formalização desses grupos populares, na modalidade de cooperativa, fez os mesmos organizarem-se como associações de catadores de materiais recicláveis, a fim de desempenharem atividades remuneradas, para o sustento e desenvolvimento humano de seus membros, em meio à marginalização dessa força de trabalho, muitas vezes não interessante para

os meios de produção do mercado de trabalho e para o padrão de vida urbano da sociedade de consumo.

Nessa mesma perspectiva, associações de mão de obra de portadores de deficiência física também, de forma análoga, têm alcançado sua formalização e inserção social no mercado de trabalho, por melhores condições a seus afiliados.

Com isso, o Estado começou a sinalizar o reconhecimento estatal de associações de catadores de materiais recicláveis, que partilham os ganhos com seus sócios.

Surge, pois, no ordenamento jurídico federal, a edição do decreto nº 5.940 de 25 de outubro de 2006 da Presidência da República, no segundo governo de Luiz Inácio Lula da Silva. Este decreto visa instituir a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis, e dá as seguintes providências:

“(...) Art. 3º Estarão habilitadas a coletar os resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta as associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis que atenderem aos seguintes requisitos:

I - estejam formal e exclusivamente constituídas por catadores de materiais recicláveis que tenham a catação como única fonte de renda;

II - não possuam fins lucrativos;

III - possuam infra-estrutura para realizar a triagem e a classificação dos resíduos recicláveis descartados;
e

IV - apresentem o sistema de rateio entre os associados e cooperados”.

Os critérios para a habilitação das entidades a se contratar, referidos no decreto, pode se verificar no inciso II, que tais entidades não podem possuir fins lucrativos; no inciso IV menciona-se que as entidades devem apresentar o sistema de rateio

entre os associados e cooperados, rateio este igualitário, sob pena de se reconhecer um desvio, bem como eventual subordinação caracterizadora de vínculo empregatício.

À luz do que a doutrina lecionara até então, tal disposição por via de decreto estaria, hipoteticamente, eivada do vício de inconstitucionalidade, conflitando-se com uma lei ordinária federal, por dispor em sentido contrário a um diploma hierarquicamente superior na pirâmide normativa de Kelsen, inconstitucionalidade até aqui não declarada.

Ainda, segundo o entendimento consolidado pela doutrina que aqui demonstramos, é no próprio texto do decreto que se verifica a eventual antinomia, o dissenso entre as disposições; não só no mesmo diploma como no mesmo artigo, o que nos levou a compreender que o entendimento do decreto sobre o instituto deverá ser interpretado de forma harmônica, numa interpretação sistêmica e não antagônica, a se consolidar em outros diplomas legais posteriormente promulgados.

Fora a primeira sinalização do Governo Federal no tocante a modificação de sua ótica sobre o instituto, bem como as alterações conceituais que promoveria na legislação e jurisprudência, e não poderá passar por despercebido pela doutrina, sob pena de se verificar enormes prejuízos para os presentes e futuros profissionais e estudantes do direito.

4 – DIREITO CONSTITUCIONAL DE ASSOCIAÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do direito de associação, em status de direito fundamental do cidadão, amparado pelo artigo 60, §4º, IV, como sendo cláusula pétrea, não passível de alteração que, de alguma forma, restrinja seu exercício. O art. 5º, dentre outros direitos fundamentais, prevê:

“XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Estas disposições constitucionais, a dispensar maiores comentários, estão inseridas no texto magno ao lado de direitos democráticos por muito violados na história do país, como o direito de liberdade de manifestação pública em reuniões pacíficas; a liberdade de locomoção; a propriedade privada; sendo, portanto essenciais para a vida democrática, a não intervenção estatal nos interesses particular do cidadão, salvo casos excepcionais que a lei definir, assim também, em agrupamentos coletivos para fins lícitos; postulado da liberdade de associação, num Estado que pretenda ser democrático de direito e cumpra seus ideais constitucionais, descendidos do plano abstrato e ideológico para o concreto, a efetivar-se o que postulado pelo conteúdo de sua “Carta Cidadã”, seu pacto republicano.

5. FORMALIZAÇÃO EM ASSOCIAÇÃO E NÃO EM COOPERATIVA.

A lei nº 5.764 de 16 de dezembro de 1971, em seu artigo 3º, dispõe:

“Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

De fato, a figura jurídica adequada para a formalização destes grupos de catadores seria *cooperativa*. Entretanto, determina o mínimo de membros para a constituição de uma cooperativa e dispõe:

“Art. 6º As sociedades cooperativas são consideradas:

I - singulares, as constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos; (...)”.

As necessidades de grupos populares pequenos em formalizarem-se como cooperativa esbarravam-se no número mínimo de membros.

Em nosso trabalho de campo realizado junto à INCOP UNESP – Núcleo de Assis, no presente ano, verificamos a existência de associações de catadores de materiais recicláveis na região de Assis. São elas:

- RECICAM - Associação de Catadores de Materiais Recicláveis de Candido Mota/SP, formada por 15 (quinze) membros;
- ASQUARE - Associação de Catadores de Materiais Recicláveis de Quatá/SP, formada por 14 (quatorze) membros;
- ASCAM - Associação de Catadores de Materiais Recicláveis de Maracá/SP, formada por 13 (treze) membros;

- ASSIPAL - Associação de Catadores de Materiais Recicláveis de Palmital/SP, formada por 16 (dezesesseis) membros, dentre tantos outros grupos populares espalhados pelo país a fora, vinculados ao MNCR - Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis.

O professor da UNESP campus de Assis Prof. Carlos Rodrigues Ladeia nos disse, em uma das visitas aos grupos de catadores, que: “majorar o número de associados em alguns grupos de catadores, para a constituição de cooperativas traria inviabilidade no desempenho das atividades destes grupos”.

Salienta ainda que, critérios técnicos foram estudados para que haja viabilidade destes empreendimentos em processo de incubação, levando-se em conta: a) as toneladas de resíduos sólidos produzidos nas áreas de abrangência; b) a quantidade possível de material coletado por catador; c) a não emissão mínima de materiais recicláveis, por alguns municípios, suficientes para que, através do sistema de rateio utilizado, remunere igualmente todos os associados com, pelo menos, um salário mínimo, bem como seja viável efetuar os respectivos recolhimentos dos associados à previdência social. Entretanto, são inúmeros os casos de formalização de grupos populares de catadores de materiais recicláveis na modalidade cooperativa. É o caso, por exemplo, da COOCASSIS – Cooperativa de Catadores de Materiais Recicláveis de Assis/SP e Região.

Do ponto de vista jurídico, o ideal, segundo a doutrina e a legislação de 1971, é que estes grupos populares se organizem como cooperativas.

Com a promulgação do novo Código Civil em 2002, este diploma tocou a matéria do número mínimo de associados necessários para compor uma cooperativa, no entanto, a imprecisão da nova disposição abriu novo debate junto aos estudiosos interessados pelo tema.

Dipõe o novel diploma civil de 2002:

“Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

(...) II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;”.

O que seria número mínimo necessário a compor a administração da sociedade?

O Portal do Cooperativismo Popular, ao demonstrar seus estudos, pretende nos responder e dispõe:

“É de se notar que não existe, ainda, entendimento pacífico sobre o exato número mínimo de cooperados necessário para formar uma cooperativa, isto porque existem interpretações controversas desde o advento do Código Civil de 2002, (...)”

Em mesmo texto, o portal menciona ainda:

“Parte da doutrina defende que o art. 6, inciso II, da Lei 5.764/71, por tratar-se de lei especial, não teria sido derogado pelo Código Civil de 2002 (posição assumida, exemplificativamente, pela OCB), ou mesmo por entender que não haveria conflito entre os dois dispositivos, sendo possível conciliar ambos no sentido de que o número mínimo mantém-se em 20, salvo exigência de número maior. Outra parte da doutrina entende que o art. 1.094, II, teria derogado o art. 6, II, da Lei 5674/71, e que o número mínimo teria sido reduzido para o número mínimo necessário para formação dos órgãos de administração, embora não exista entendimento pacífico de qual seria esse novo número. Alguns aduzem que tal número seria de 13, outros de 9, 7 e até mesmo aventam a possibilidade de 02 pessoas serem capazes de formar uma cooperativa, de acordo com o Código Civil de 2002.”

(<http://www.cooperativismopopular.ufrj.br/perguntas.php#17>).

Entendemos que não se trata do critério de especialidade da norma, mas sim de normas de mesma hierarquia, sendo que a mais nova toca a matéria com disposição diversa da anterior, a configurar a derrogação tácita do dispositivo da lei nº. 5.764 de 1971 pela norma nova civil de 2002, no que esta colidir com a anterior. No entanto, as Juntas Comerciais não têm admitido o registro estatutário de Cooperativas com menos de 20 membros, a ensejar possíveis Mandados de Segurança de amargo desgaste para as partes e para os órgãos julgadores, tendo em vista o limbo, a zona cinzenta lançada pela norma nova, em meio a uma sistemática recursal “infindável”, caminho tortuoso que não é aconselhável percorrer.

Neste diapasão, estes grupos populares, mesmo atuando como cooperativas de fato, formalizam-se como associação, preservando os ideais primitivos do cooperativismo e norteados pela *economia solidária*.

Eventual desvio de finalidade deve ser aferido com base nas disposições legais e estatutárias, do ato constitutivo da entidade a ser analisado eventualmente.

Por óbvio, poderá ser plenamente questionada a relação de trabalho existente entre estes associados, não sendo objeto deste trabalho abordá-la. Fica, portanto, o associado amparado pelo Direito do Trabalho, seus instrumentos próprios, com o fito de valer-se da tutela jurídica do trabalho oferecida pelo Estado, em eventual dissídio que apure eventual subordinação trabalhista e conseqüente vínculo empregatício, além do desvio de finalidade estatutário da associação.

6 – CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES DE MÃO DE OBRA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A liberdade contratual é um importante postulado do direito privado, sendo necessária para a validade do ato a ausência de vícios de consentimento: a) a capacidade jurídica do sujeito ao exercer os atos da vida civil; b) o objeto a ser negociado ser lícito, possível, determinado ou determinável; c) a forma prescrita e não defesa em lei (art. 104, CC/02).

No entanto, para o particular se contratar com a administração pública é necessário que alguns critérios legais sejam respeitados, sob pena de nulidade do ato e conseqüente responsabilização dos responsáveis, dada a importância da coisa pública, e os princípios que devem nortear a Administração Pública, quais sejam: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, dentre outros (art. 37, CF/88).

6.1 – LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Assim como na contratação de servidores públicos efetivos há a obrigatoriedade legal de administração realizar concursos públicos (art. 37, II, CF/1988), a fim de se obter maior vantagem possível para a administração, por critérios não subjetivos, mas objetivos (Princípio da Impessoalidade), também, deve haver um certame onde há de se verificar a melhor proposta; a proposta mais vantajosa para a administração, a fim de atender ao interesse público.

A Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, renomada jurista do direito administrativo, referendando ensinamento de José Roberto Dromi, leciona-nos:

“... pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais vantajosa para a celebração do contrato”. (Direito Administrativo, 21ª. ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 331).

A lei 8.666/93, portanto, define os critérios de contratação pelo processo licitatório, e diversificou os casos em que a administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a *dispensada*, *dispensável* ou *inexigível*.

Surge então em 08 de outubro de 1994 a lei. 8.883/94, que alterou a lei 8.666/93, ao inserir o disposto no inciso XX do art. 24, o dispositivo sobre a contratação de associações de mão de obra de portadores de deficiência física, com a redação a seguir. Também, em 05 de janeiro de 2007 a lei ordinária de nº 11.445/07, instituindo a Política Nacional de Saneamento Básico, vindo também a alterar a lei 8.666/93, dando-lhe a seguinte redação ao inciso XXVII do art. 24:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

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. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007)”.

Dispensável, como se depreende do “caput” do artigo em análise, para o grande jurista e professor de Direito Administrativo Hely Lopes Meirelles: “é aquela que a própria lei declarou-a como tal”, ou seja, a administração *pode*, pelo explícito caráter discricionário do termo (oportunidade e conveniência), celebrar ou não contrato administrativo diretamente, sem licitação, com associação ou cooperativa de catadores de materiais recicláveis.

Tal faculdade do administrador público se afere na hipótese de existência de duas ou mais entidades desta natureza, pretendentes do mesmo objeto de contratação com a administração, quando, pelo princípio da impessoalidade, não poderá haver a

dispensa em realizar o certame. No contrário é plenamente dispensável como demonstraremos pelos votos dos conselheiros de contas de São Paulo a seguir.

6.2 – CONSTITUCIONALIDADE NA CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES DE MÃO DE OBRA.

Com relação ao inciso XX e, de forma analógica, ao inciso XXVII do citado dispositivo, a professora Maria S. Z. di Pietro questiona:

“É bastante estranhável a inclusão, no dispositivo, de contrato de fornecimento de mão de obra, pois estes, além de não estarem previstos na Lei. Nº 8.666/93, não encontram fundamento no sistema constitucional, uma vez que toda a contratação de mão de obra, na Administração Direta e Indireta, está sujeita a concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, ressalvada a hipótese de contratação temporária prevista no inciso IX do mesmo dispositivo” (Direito Administrativo, 21^a. ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 355).

Entretanto, o citado inciso IX do art. 37 da Constituição Federal de 1988, dispõe:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, outorgando à lei ordinária estabelecer as hipóteses de contratação. O que indagamos, a defender-se a constitucionalidade do rebatido dispositivo da lei licitatória, quanto à possibilidade jurídica da contratação de associações de mão de obra pela administração pública é, se o verbete constitucional: *“atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”* quis referir-se de modo estanque ao serviço público, seja por fato do príncipe, caso fortuito, calamidades públicas e demais circunstâncias imprevistas a ensejar contratações excepcionais; ou seria o verbete *“necessidade temporária de excepcional interesse público”* a se enquadrar numa dívida esquecida do Estado, em

não promover a inserção social de pessoas de baixa renda, em condições precárias de subsistência, com o fito de desempenharem um serviço público que as remunere de forma digna, por determinado período de tempo. Tal dívida, mesmo sendo seu pagamento um ideal constitucional, longe estaria de ser paga. Neste plano, poderíamos afirmar que um título precatório da dívida pública teria, por longos anos, mais validade que o pacto republicano, quanto a sua eficácia executiva. Estranhável é o inadimplemento constitucional de um objetivo da República, que a legitimou a se organizar como Estado, na defesa e tutela de seu povo.

Indagamos se seria mais importante, do ponto de vista estritamente legal, atender ao interesse privado nas hipóteses de contratação de serviços públicos, ou o interesse a ser defendido deveria ser o interesse público? Obviamente que o dispêndio de recursos públicos deve ser realizado da forma mais vantajosa para o interesse público, a fim de cumprir o ideal constitucional constante do pacto republicano, em “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF/88). Como diz o verbete popular: “Matar-se-ia dois coelhos numa cajadada só”, sendo um esforço público a realizar duas ou mais finalidades de relevante interesse público e constitucional, a consecução de serviços públicos relevantes, juntamente com relevantes questões sociais, ambientais e sanitárias.

Grandes empresas prestadoras de serviços públicos cresceram por já terem sido subsidiadas por dinheiros públicos em algum momento, e não estão a necessitar da referida contratação como única fonte de renda e subsistência de seu pequeno grupo sócios diretores e de seus familiares, a despeito da precarização dos direitos trabalhistas de seus empregados. Isso quando não se verifica a existência de empresas estrangeiras a explorar a atividade e a força de trabalho de brasileiros, numa ótica oportunista no manejo de resíduos sólidos, ou de outros serviços públicos relevantes, numa verdadeira quebra da real Soberania.

Estar-se-ia a sopesar quais princípios constitucionais? O da legalidade administrativa em detrimento da erradicação da pobreza e marginalização, bem como da dignidade da pessoa humana.

Não parece razoável no plano constitucional negar a possibilidade de contratação de associações de mão de obra pela administração pública. Tanto o princípio da legalidade quanto a saudosa Função Social dos Contratos Administrativos são respeitados pelas novas disposições da lei de licitações e contratos administrativos (lei. 8.666/93), assim como os princípios fundamentais de uma *res publica (coisa pública)*, que pretenda construir como uma sociedade livre, justa e solidária, dentre tantos outros, belos e fictícios até aqui, postulados constitucionais de igualdade.

Ora, não só é possível a contratação, pela Administração Pública, de associação de catadores de materiais recicláveis ou de associação de mão de obra de portadores de deficiência física ou necessidades especiais, como o direito posto reconhece a importância social dessas entidades, geradoras de trabalho e renda e de oportunidades para seus filiados, ao abrir a possibilidade de dispensa da licitação, que os contrata com a administração direta e indireta, de todas as esferas do poder, mesmo que alguma entidade pública, desinformada da legislação, não reconheça.

6.3 – JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Até o momento não há questionamentos constitucionais a impulsionar o Supremo Tribunal Federal ou outro órgão a declarar eventual inconstitucionalidade dos incisos XX e XXVII da lei. 8.666/93. Entretanto, há pareceres favoráveis à vigência dos referidos dispositivos no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, consolidando uma importante jurisprudência desta Corte, aprovando as contas de órgãos públicos que celebram contratos em observância a estes dispositivos, no caso, convênios de entidades da Administração Pública Direta e Indireta com associação de mão de obra de portadores de deficiência física, como se depreende do voto em sessão realizada em 10 de fevereiro de 2009:

Em Julgamento: Dispensa de Licitação (artigo 24, inciso XX, da Lei Federal nº 8.666/93 e posteriores atualizações). Contrato celebrado em 09-11-07. Valor – R\$2.244.000,00. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo

2º, inciso XIII da Lei Complementar 709/93, pelo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, publicada em 27-03-08.

Como se viu, pelo inciso XX, do artigo 24, da Lei 8666/93, a presente contratação amolda-se perfeitamente na hipótese de dispensa de licitação, por celebrar com Associação de portadores de deficiência física, além de presentes os demais pressupostos legais. A propósito, vem a calhar o ensinamento de JUSTEN FILHO:

“(...) trata-se de modalidade indireta de fomento. Os recursos públicos são aplicados de modo a produzir efeitos indiretos relevantes. O objetivo imediato reside na satisfação de uma necessidade pública, objeto da contratação. No entanto, e, conjuntamente, há outro intento: incentivar a atividade de certas entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, mas cuja atuação relaciona-se com o bem comum. Produz-se uma espécie de ‘função social do contrato administrativo’, no sentido de que a contratação é instrumento de realização de outros valores sociais.” (Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos... ed., pg.260/261).

Nesta linha de raciocínio, a contratação consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e opera – como deseja a Constituição - a tutela específica aos portadores de deficiência. Nesta conformidade, acolho as manifestações favoráveis do órgão técnico e da PFE e VOTO no sentido da REGULARIDADE do ato de dispensa licitatória e do contrato. (Conselheiro EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO – TCE/SP - 11 TC-044711/026/07).

Ademais, em Sessão de 25/08/2009 da Segunda Câmara do mesmo tribunal, processo: TC-006738/026/09 assentou o seguinte acórdão:

Contratante: Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho - SERT.

Contratada: Associação para Valorização e Promoção de Excepcionais – AVAPE.

Autoridade que Dispensou a Licitação: Luiz Antonio Monteiro Arcuri (Chefe de Gabinete).

Autoridade que Ratificou a Dispensa de Licitação e que firmou o Instrumento: Guilherme Afif Domingos

(Secretário de Estado do Emprego e Relações do Trabalho).

Objeto: Prestação de serviços de captação de 1250 vagas mensais, fornecendo estrutura de apoio administrativo no atendimento à população jovem por meio de sistema informatizado, por portadores de necessidades especiais, nos PAT's, Agências do Poupatempo e SERT, para o Programa "Jovem Cidadão – Meu Primeiro Trabalho". Em Julgamento: Dispensa de Licitação (artigo 24, inciso XX, da Lei Federal nº 8.666/93 e posteriores atualizações). Contrato celebrado em 31-10-08. Valor – R\$ 4.635.182,50 (quatro milhões, seiscentos e trinta e cinco mil, cento e oitenta e dois reais e cinquenta centavos).

Assim, acolhendo as manifestações favoráveis de Auditoria, ATJ e d.PFE, voto pela regularidade da dispensa de licitação, com base no artigo 24, XX, da Lei Federal nº 8.666/93 e do Contrato de 31 de outubro de 2008, celebrado entre a Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho – SERT e a Associação para Valorização e Promoção de Excepcionais - AVAPE. (Conselheiro RENATO MARTINS COSTA – TCE/SP)

Da Mesma relatoria, no mesmo sentido o processo de nº TC-038198/026/08:

Contratante: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER.

Contratada: Associação para Valorização de Pessoas com Deficiência (antiga AVAPE – Associação para Valorização e Promoção de Excepcionais).

Autoridade que Dispensou a Licitação, Ordenador da Despesa e Autoridade que firmou os Instrumentos: Delson José Amador (Superintendente).

Objeto: Prestação de serviços de apoio na execução de rotinas administrativas afetas aos processamentos de defesa prévia e recursos administrativos aos autos de infração relativos às multas rodoviárias e ao uso do solo da faixa de domínio e da imposição de penalidades decorrentes, aplicadas e administradas pelo DER-SEDE, nas 14 Divisões Regionais e nas 57 Residências de Conservação.

Em Julgamento: Dispensa de Licitação (artigo 24, inciso XX, da Lei Federal nº 8.666/93 e posteriores atualizações).

Contrato celebrado em 15-09-08. Valor – R\$3.061.094,52. Termo Aditivo e Modificativo celebrado em 09-09-09.

Assim, acolhendo manifestações favoráveis de ATJ e d.PFE, voto pela regularidade da dispensa de licitação, com base no artigo 24, XX, da Lei Federal nº 8.666/93, do Contrato nº 15.762-4, de 15/09/08 e 1º Termo Aditivo e Modificativo, de 09/09/09, celebrados entre o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER e a Associação para Valorização de Pessoas com Deficiência (antiga AVAPE – Associação para Valorização e Promoção de Excepcionais). (Conselheiro RENATO MARTINS COSTA – TCE-SP).

Ora, é no mesmo dispositivo da lei 8.666/93, que reside à possibilidade de contratação de associação de mão de obra de portadores de deficiência física, e de associação ou cooperativa de catadores de materiais recicláveis com a administração pública, possibilitando trabalho e renda aos seus membros de forma assistencial, de modo a valorizar e promover a dignidade humana de seus membros e de suas respectivas famílias.

A finalidade continua sendo não econômica, pois trata-se de fim assistencial, de caráter plenamente plausível e nobre, atendendo, o quê, nas palavras do jurista Justen Filho citado no voto do conselheiro de contas do Estado de São Paulo, a chamada “função social do contrato administrativo”.

O que a lei 11.445, ao alterar o art. 24, introduzindo o inciso XXVII, pôs em vigor, é que não só é possível a contratação de associações de mão de obra, como também é dispensável o rígido processo licitatório, desde que não haja outros grupos, em mesmas condições para disputar o certame.

Ademais, o critério constitucional para a retirada de vigor de dispositivo de lei, ou será o da revogação tácita ou expressa, ao editar norma hierarquicamente igual ou superior incidente pela via do devido processo legal legislativo, oportunidade em que se verifica o controle de constitucionalidade preventivo, ou pela declaração de inconstitucionalidade do texto ou ato normativo a se impugnar no âmbito do Poder Judiciário, através do devido processo legal, quando iniciado pelos legitimados.

A fora disso, dar compreensão diversa do que as novas alterações legislativas nos trouxeram ao instituto é negar vigência a Lei Federal, esta sim afronta grave à lei maior.

Quando a negativa de vigência partir de gestores públicos poderá se configurar um incidente federativo ou de quebra da harmonia entre os Poderes, hipóteses de inconstitucionalidade e de possível responsabilização de agentes públicos a ser apurada.

Os pagamentos destes contratos administrativos celebrados com essas associações de catadores de materiais recicláveis, bem como com associados portadores de deficiência física são para remunerar seus associados. Eventual destinação de verbas públicas com determinado fim de infra-estrutura e desenvolvimento das condições de trabalho dos associados não poderá ter destinação diversa do que determinado pelo ato de sua concessão, sob pena de responsabilidade fiscal a ser apurada, bem como responsabilização civil e administrativa dos responsáveis.

O fim dessas entidades é assistencial, de geração de trabalho e renda, não de fins econômicos de determinada pessoa ou grupo em detrimento aos demais.

7 – POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS.

Apontamos acima, que o texto do art. 24, inc. XX e XXVII da lei. 8.666/93, que causou estranheza a inúmeros juristas, hoje, consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhado por diversas legislações estaduais pelo país a fora, em observância às diretrizes da Política Nacional de Resíduos Sólidos. É o caso, p. ex., da recentíssima lei estadual do Estado de São Paulo, lei nº 14.470 de 22 de junho de 2011, que dispõe:

“Artigo 3º - Estarão habilitadas a coletar os resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública estadual as associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis que atenderem aos seguintes requisitos:

I - estejam formal e exclusivamente constituídas por catadores de materiais recicláveis que tenham a catação como única fonte de renda;

II - não possuam fins lucrativos;

III - possuam infraestrutura para realizar a triagem e a classificação dos resíduos recicláveis descartados;

IV - apresentem o sistema de rateio entre os associados e cooperados.

Parágrafo único - A comprovação das exigências previstas nos incisos I e II será feita mediante a apresentação do estatuto ou contrato social e a comprovação das exigências previstas nos incisos III e IV será feita por meio de declaração das respectivas associações e cooperativas”.

Este texto, praticamente ecoa na íntegra a redação do decreto presidencial nº 5.940/06, numa forte tendência legislativa federal, em observância à Política Nacional de Resíduos Sólidos (lei. 12.305/10), que assim dispõe:

“Art. 4º A Política Nacional de Resíduos Sólidos reúne o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotadas pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos”.

O governo brasileiro sancionou esta lei nº 12.305 no dia 02 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Trata-se, portanto, de lei ordinária posterior, com mesma hierarquia normativa do código civil, lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, a revogar tacitamente qualquer entendimento em desarmonia com as disposições desta nova lei, e do código civil em vigor em harmonia com o sistema jurídico de hoje.

Com relação aos destinatários desta política de resíduos, a lei define:

“Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis.

§ 1º Estão sujeitas à observância desta Lei as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos”.

Portanto são todas as pessoas, em território nacional, abrangidas, portanto, pela lei brasileira, os destinatários da lei 12.305/10, tendo em vista um caráter de urgência ambiental em reverter ou minimizar os impactos ambientais causados pela emissão desordenada dos resíduos sólidos, com a contribuição de toda a sociedade.

Além disso, inserir o catador de materiais recicláveis no manejo dos resíduos sólidos, sujeito marginalizado e desprezado pelo sistema econômico atual, principalmente pelo mercado de trabalho, será, a partir do vigor desta lei, cumprir uma função não só ambiental, mas social, a contribuir pela dignidade desses catadores, roubada pelos interesses privados e de um Estado e sociedade que deixaram de lado a pessoa humana como seu maior bem em detrimento às vantagens eleitorais e econômicas, que colocam o homem como um mero número nas estatísticas de desenvolvimento econômico, para atrair novos investidores. Investidores que, evidentemente, não buscam melhorias para o homem, mas para interesses do capital e do poder econômico.

Ao retomando a investigação da evolução do instituto, analisamos a redação do seguinte dispositivo da lei. 12.305/10:

“Art. 8º São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: (...)

IV - o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;”.

É nesse dispositivo que a Política Nacional de Resíduos Sólidos toca a matéria conceitual das Associações na compreensão doutrinária do termo “finalidade não-econômica” acima exposta.

Eis a inovação legislativa que há de turvar e redimensionar, a nosso ver, a doutrina daqui em diante no tocante ao instituto das associações.

Faz-nos refletir o quão reflexa é uma norma de determinado ramo do direito, no caso, o direito ambiental, e os respingos que poderá proporcionar em outros ramos do Direito, como o Direito Civil, Social, Econômico, Administrativo, Financeiro, Tributário, Constitucional, dentre outros.

Determina a PNRS, ainda, a responsabilidade dos Municípios na implementação da referida política e reitera o dever de incentivar a criação de associações, para fins de incentivos creditícios destinados pela União aos municípios:

“Art. 18. A elaboração de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, nos termos previstos por esta Lei, é condição para o Distrito Federal e os Municípios terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.

§ 1º Serão priorizados no acesso aos recursos da União referidos no caput os Municípios que: (...)

II - implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda”.

8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O instituto jurídico sob análise, tendo em vista as diversas alterações legislativas que se obteve neste curto espaço de tempo, sinaliza, de certo modo, a intenção do Estado em tutelar os bens ambientais e a qualidade de vida urbana e rural para as presentes e futuras gerações, bem como aos direitos de dignidade e igualdade do catador, trabalhador de baixa renda, muitas vezes em evidentes condições de degradação humana e preconceito, expondo sua saúde a agentes nocivos, a fim de obter seu sustento e de sua família. Isto configurou por longo tempo a total ausência do Estado na promoção do ser humano, na consecução dos seus objetivos constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana; valorização do trabalho e da livre iniciativa; erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais, dentre outros postulados de isonomia que começam a ser valorizados.

No plano da compreensão doutrinária, que há de se formar a partir da edição desta nova política de valorização do catador, apontamos que o Estado deve manter os olhos abertos para estes grupos, dado a ausência de formação e de organização que por muito os assolou, na histórica ausência de incentivos públicos, de modo que, abusos contra estes trabalhadores e contra os objetivos da lei, hoje, em vigor, não sejam concretizados por eventuais aproveitadores que possam agir de má-fé.

Juridicamente, compreendemos que os fins dessas associações de catadores, em tese, não são lucrativos, mas sim, fins assistenciais, de geração de trabalho e renda, e de promoção social coletiva, em decorrência do histórico de marginalização social destes grupos de catadores, verdadeiras vítimas da ausência do Estado na educação, na contenção do autoritarismo dos superiores hierárquicos do empregado nas empresas.

O que é importante frisar, é que estes grupos de catadores se aceitam como são, têm uma luta política própria através do Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis - MNCR, lutando pelo seu reconhecimento social e político. Estes grupos exercem uma importante função socioambiental e desempenham

função pública ao manejar os resíduos sólidos urbanos, tão importantes no plano do meio ambiental.

O que o Direito deve preservar é o que está disposto no ato constitutivo da entidade, sua finalidade altruísta, sua utilidade pública e sua função social. Se no estatuto constar como fim a geração de trabalho e renda, a finalidade não pode ser desportiva, artística, a não ser que essas gerem trabalho e renda.

Reverter os valores havidos pela entidade aos seus cofres significa empregar todos os esforços necessários para a consecução de seu fim estatutário. Se o fim da associação é a geração de trabalho e renda aos associados, todo o seu dispêndio financeiro deve ser empregado para melhorar as condições do trabalho, bem como o fruto deste trabalho ser partilhado entre os filiados.

Quanto à isenção fiscal dessas associações, como é objeto que adentraria a um foco diferente do pretendido nesta investigação, optamos por não adentrarmos nesta ceara específica. Mesmo sendo de relevante interesse o tocante à matéria tributária. Entendemos, grosso modo, que a simples incidência do fato gerador tributário ensejaria a possibilidade de lançamento tributário por parte das Fazendas Públicas em face da hipotética associação, recolhendo esta entidade, os impostos devidos, na competência daquelas. Abrir-se-á a possibilidade das associações emitirem nota fiscal, dado o interesse do recolhimento dos tributos por parte das fazendas públicas competentes.

Posteriormente, o ideal organizativo destes grupos de catadores, na medida em que obtenham, ao longo do desenvolvimento do empreendimento, certa viabilidade econômica, é o de que se transformem em cooperativas, tendo em vista, já serem, na prática da convivência destes grupos, formados nesta perspectiva, seja sob orientação de ITCPs. (Incubadoras Tecnológicas de Cooperativa Populares) de diversas universidades vinculadas à Rede Nacional de ITCPs, seja por outras entidades federais, estaduais, municipais, ou até privadas, na perspectiva da Economia Solidária.

Ao conhecermos os grupos populares de perto, na prática de campo, em especial as associações e cooperativas vinculadas de catadores de materiais recicláveis do Comitê do Oeste Paulista, suas lutas e conquistas, na condição a que foram submetidos pelo sistema econômico e pela sociedade atual, num emaranhado de percalços históricos e culturais, pelo espólio de uma colônia de exploração de recente passado escravocrata, vitimados por interesses massacrantes da industrialização, bem como da sociedade de consumo que encontra sua dignidade nos bens; se tem, o quanto tem; se produz, e no quanto produz; a despeito da idéia de “ser”, o quanto o é humano e sujeito da proposta republicana de isonomia.

A legislação civil brasileira amoldou-se aos interesses dos legisladores e seus representados, num histórico de contradições sociais que sempre privilegiaram os mais ricos. No entanto, mesmo com a renda baixa, muitas vezes não alcançando o salário mínimo por associado, o esforço para o recolhimento previdenciário é enorme por parte destes grupos populares, com o intuito de manter o associado na condição de segurado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

A inclusão social, sem dúvidas, é o caminho para o aniquilamento dos males da miséria e da insegurança pública. Inclusão que se realiza pela distributividade de oportunidades, justiça social e de educação e formação social crítica, promotora de cidadania.

BIBLIOGRAFIA

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, vol.1, 8ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2008.

DINIS, Maria Helena, Curso Direito Civil Brasileiro, vol. 1, 26ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. Manual da Monografia Jurídica, 4ª edição. Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Ed. Atlas.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 6ª edição. São Paulo. Malheiros.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 11ª edição. Ed. Saraiva. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 7ª edição. Ed. Saraiva. 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. Projeto do Novo Código Civil, v. I, 2ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

Site: <http://www.cooperativismopopular.ufrj.br/perguntas.php#17>