

A teoria tributária cooperativa e sua recepção jurisprudencial

Marco Túlio de Rose*

Resumo: A legislação infraconstitucional brasileira estabelece a não incidência tributária sobre os ingressos financeiros na sociedade cooperativa que decorrem da prática de atos cooperativos, sem embargo da incidência tributária normal sobre as receitas decorrentes da prática de atos não cooperativos pela mesma sociedade. A interpretação teórica, baseada neste dualismo, não esgotou o universo das atividades deste tipo societário, não oferecendo solução para os negócios de contrapartida, nem para os atos cooperativos auxiliares, cuja crescente ocorrência ensejou sucessivos litígios entre Fisco e Cooperativas. A Constituição de 1988, com seu artigo 146, III, "c", forneceu paradigma para sucessivas interpretações dos Tribunais de Cúpula, entendendo alcançáveis pela regra da não incidência os negócios de contrapartida e tributáveis os atos auxiliares. O presente artigo, com base na tese do diferimento tributário decorrente do que entende ser a baixa patrimonialidade da pessoa jurídica, pretende explicitar e justificar, juridicamente, tal evolução exegética, tendo por base a evolução da jurisprudência dos Tribunais de Cúpula quanto à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza nas cooperativas de serviços médicos.

Palavras-chave: Não incidência tributária nas cooperativas. Atos cooperativos. Atos auxiliares. Operações de contrapartida. Jurisprudência.

Introdução

A luta entre fisco e cooperativas tem a idade destas, ao menos desde a sua organização segundo os ditames consagrados pela experiência teórica da Cooperativa dos Pioneiros de Rochdale, na primeira metade do Século XIX e, ao contrário do que se possa pensar, não tem por causa a má vontade das cooperativas em adimplir tributos que considerem devidos, ou mesmo do Fisco em reclamar mais do que aquilo que entende exigível reclamar. Tal explicação só teria sentido se o conflito fosse tópico, o que não é o caso, pois a realidade potencialmente litigiosa atinge universos tão díspares quanto o Brasil, onde o litígio dispensa comentários, e a Alemanha, conforme relatar Harry Westermann, na década de 80 do Século passado:

* Mestre em Direito pela UFRGS, Presidente da Associação Internacional de Estudos Cooperativos e Membro da FESDT.

Revista da FESDT	Porto Alegre	n. 8	p. 139-155	jan./jun. 2012
------------------	--------------	------	------------	----------------

O problema da tributação das cooperativas sempre é atual. Realmente, depois de sete anos, tenho que verificar que até mesmo a questão fundamental, se as cooperativas devem ou não ser tributadas, e, em caso afirmativo, em que base, continua a ser discutida. Esta divergência de opiniões não está restrita à Alemanha e à Áustria, cujas disposições legais sobre o assunto em grande parte coincidem, mas observa-se em quase todos os países em que as cooperativas atuam ao lado de outros tipos de empresas.¹

O âmbito desta luta tem dois campos privilegiados, o doutrinário e o jurisprudencial. Nestas coordenadas, a porfia é renhida, mormente em função da escassez de elementos de Direito Positivo aptos a espantar divergências.²

A revelação da regra de Direito incidente nas relações cooperativa e Fisco, em face do âmbito desta dupla dimensão, reproduz a relação dialética que vem criando, no Ocidente, o Direito aplicável, desde a Idade Média.³ Via de regra, tais instâncias evoluem em paralelo, com certa dificuldade de assimilação pela área decisória (jurisprudencial), daquilo que é aprofundado no nível docente (o principal produtor do conhecimento jurídico doutrinário), até que ocorre a assimilação, parcial, das conclusões deste, nos dispositivos e fundamentos daquela.

A relação, melhor seria dizer, as relações entre cooperativa e fisco, no Brasil, têm passado por esta dupla dimensão e, acima de tudo, por este fluxo. O escopo deste artigo é demonstrar esta dialética, conforme manifesto nos tribunais brasileiros de cúpula, tendo por exemplo as discussões sobre a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza nas atividades de uma cooperativa que opera planos de saúde ou presta serviços de assistência médica.

1 A evolução doutrinária

1.1 A doutrina tradicional: o dualismo

A partir da Lei 5.764, na década de 70 do século XX, a doutrina jurídica cooperativa ostentou-se dentro de uma visão que fugia da pura e simples consideração política dos fatores tributários, para situar-se dentro das próprias categorias do Direito Tributário e nelas inserir as regras gerais de tributação das sociedades cooperativas.

A Lei 5764 tratava da tributação das cooperativas nos seguintes dispositivos:

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. [...]

¹ BOETTCHER, Erik. *Cooperativismo e competição*. Porto Alegre: Edições Coojornal, 1987. p. 25.

² Grosso modo, a tributação das cooperativas repousa na exegese do artigo 146, III, "c", da Constituição Federal e dos artigos 79; 86;87 e 111 da Lei 5.764 de 1971, a Lei das Sociedades Cooperativas, estes últimos consolidados, em ótima redação no Decreto 3000 de 1999, o Regulamento do Imposto de Renda, artigos 182 e 183.

³ WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967 (especialmente segunda e terceira parte).

Art. 85. As cooperativas agropecuárias e de pesca poderão adquirir produtos de não associados, agricultores, pecuaristas ou pescadores, para completar lotes destinados ao cumprimento de contratos ou suprir capacidade ociosa de instalações industriais das cooperativas que as possuem.

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do “Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social” e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos.

Art. 88. Poderão as cooperativas participar de sociedades não cooperativas para melhor atendimento dos próprios objetivos e de outros de caráter acessório ou complementar.

Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta Lei.

As normas legais transcritas motivaram a explicitação dualista sobre as operações cooperativas, enquadradas no binômio não incidência e incidência tributária. Assim, os resultados financeiros dos atos cooperativos não seriam considerados incidentes à tributação, por configurarem ingressos com destinação patrimonial certa aos cooperados, enquanto os resultados de operações de prestação de serviços com não associados e de participações em sociedades não cooperativas, por configurarem operações com tendência lucrativa, seriam receita e, portanto, submetidos à tributação.

Ninguém melhor que Walmor Franke, presumidamente o autor intelectual da Lei 5764/71 para explicitar o dualismo antagônico que se constitui no primeiro assentamento teórico sobre a tributação das sociedades cooperativas:

É manifesta a intenção do legislador: tributáveis pelo imposto de renda são os resultados positivos auferidos nas operações de que tratam os arts. 85, 86 e 88 da Lei nº 5.764/71. Os resultados positivos obtidos pelas cooperativas em outras operações, que não se enquadram nos arts. 85,86 e 88, ficam excluídos do âmbito de incidência do imposto sobre a renda.⁴

A não incidência tributária não significa a inexistência de um tributo, pela mais completa ausência de verificação do fato gerador da obrigação tributária correspondente, mas a inexistência da obrigação tributária, ainda que ocorrente em tese o fato gerador, em face da omissão tácita ou declarada da regra de incidência quanto à ocorrência de um dos elementos que constituem este mesmo fato gerador.⁵

⁴ FRANKE, Walmor. *Doutrina e aplicação do Direito Cooperativo*. Porto Alegre: Edição do Autor, 1983. p. 27.

⁵ CORRÊA, Walter Barbosa. Não incidência, imunidade e isenção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 73, 1975, p. 57.

Os valores que ingressam nas cooperativas, pela prática de um dos elementos que constituem o pré-requisito ao ato cooperativo, que em tese integrariam o suporte material do fato gerador da obrigação tributária, são excluídos por lei como sendo receita da sociedade, o que afasta a incidência do imposto de renda sobre esta expressão econômica contabilizada pela pessoa jurídica. Por outro lado, por força da mesma lei, os valores oriundos da prática de atos que não têm a participação do cooperado, nos quais a cooperativa presta serviços a não sócios, são previstos na legislação como normalmente tributáveis, da mesma forma que as operações das demais sociedades não cooperativas.

A regulamentação legal com eficácia praticamente de Lei, fala-se do Regulamento do Imposto de Renda, acolhe esta tese dualista ao incluir, na tributação das pessoas jurídicas, as sociedades cooperativas como sendo “não incidentes” ao tributo, através de normas que bem traduzem a adoção à teoria:

Sociedades Cooperativas

Não incidência

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 (Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, art. 3º, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 69).

§ 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 (Lei nº 5.764, de 1971, art. 24, § 3º).

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

Incidência

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 (Lei nº 5.764, de 1971, arts. 85, 86, 88 e 111, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 2º):

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.⁶

⁶ Decreto 3000, 1999.

1.2 Crise do dualismo

Motivos jurídicos e sociológicos forjaram uma crise na teoria dualista da tributação cooperativa. Ao passar a impressão, em face da terminologia, que os atos cooperativos são apenas aqueles decorrentes de uma relação societária interna entre cooperativa e cooperado ou sócia cooperativa, o dualismo obscureceu o fato de que todo o ato cooperativo conta com uma contrapartida de mercado, sem o qual ele seria praticamente impossível.

A resultante desta imprecisão, fruto, em nosso entendimento, de um purismo terminológico e um amor à síntese redacional própria dos cultores da língua germânica, foi o entendimento fiscal de que bastaria uma cooperativa atuar no mercado, para que houvesse tributação sobre os resultados daí decorrentes.

Cunhou-se a contrateoria do solipsismo cooperativo, tantas vezes ridicularizado por Geraldo Ataliba, em suas notáveis conferências, quando dizia que, para o Fisco, uma cooperativa de taxistas seria criada para que os condutores de táxis transportassem seus colegas motoristas; uma cooperativa de produtores rurais serviria para que sojicultores negociassem soja com outros sojicultores e uma cooperativa de médicos cumpriria suas finalidades quando médicos cuidassem da saúde de outros médicos.

A triunfar tais concepções, a regra da não incidência tributária seria uma bela inutilidade, dado que praticamente todas as operações de cooperativas, mesmo as de crédito, aperfeiçoam-se mediante práticas negociais que constituem o objeto social deste tipo societário e que se executam normalmente no mercado. O próprio Walmor Franke, em obra publicada na década de 80, citando Harry Westermann, salientava esta circunstância:

Focalizando essa característica das operações ou negócios com não-associados nas sociedades cooperativas, acentua Harry Westermann:

No interesse da clareza da exposição, diga-se, concisamente, que sob a denominação de “operações com não associados” somente se entende a conclusão do assim chamado “negócio-fim” com não cooperados. O fato de serem os negócios de contrapartida e os negócios auxiliares concluídos, em regra, com não associados, por certo não exigirá, neste contexto, de uma explanação especial” (*“Der Klarstellung Halber sei ganz knapp erwähnt, das unter dem Nichtmitgliedergeschäft nur der Abschluss Von sogenannten Zweckgeschäfte mit Nichtgenossen verstanden wird. Dass die Gegengeschäfte und auch die Hilftgenossen in aller Regel mit Nichtmitgliedern geschlossen werden, bedarf in diesem Kreise wohl keiner besondere Ausfuhrung”*) (*Rechtsprobleme der Genossenschaften*, 1969, p. 153)⁷

Mancou o dualismo, assim e inicialmente, de melhor explicitação do ato cooperativo, no sentido de precisar os exatos limites de sua instrumentalidade externa, inconfundível, em que pese, com o perdão do trocadilho a confusão terminológica, com a típica operação de prestação de serviços a não associados.

⁷ FRANKE, Walmor. *Doutrina e aplicação do Direito Cooperativo*. p. 31.

O dualismo tributário, por outro lado, ressentiu-se da insuficiência para explicar ponto que não tem o facilitário de uma norma legal explícita, em face do que se pode chamar, *lato sensu*, do beneficiamento cooperativo, denominação que bem pode englobar o crescimento e a expansão das atividades das cooperativas para algo mais do que aquilo individualmente produzido pelos sócios, se bem que impossível de ser realizado sem a atividade pessoal dos mesmos.

Este beneficiamento está presente nas cooperativas de produção agrária, no que concerne à industrialização de grãos; evidencia-se no atendimento das necessidades financeiras, sejam quais forem, dos cooperados de cooperativas de crédito e comparece pujante no cooperativismo de serviços de saúde, de transcendental relevância para as necessidades de saúde suplementar da população brasileira. Sua existência, ao contrário do que falsa moeda de indisfarçável cunho ideológico pretende inculcar, é um atestado da relevância social e da pujança da ideia cooperativa, que ascende dos inferiores degraus da simples representação de atividades individuais dos seus sócios, para um patamar superior de suprimento de necessidades sociais algumas básicas e outras relevantes.

Sucedem que esta sofisticação do empreendimento cooperativo pressupõe muitas atividades que se distanciam do conceito legal do ato cooperativo, não obstante dele dependam ou para ele colaborem, sem nenhum desvirtuamento das precípuas finalidades cooperativas. Resta definir qual o caminho tributário a partir daí: a extensão da não incidência; a perda completa da não incidência ou a necessidade de diferenciar, o ato cooperativo da atividade auxiliar, sem que isto descaracterize a cooperativa, nem implique em tributar aquilo que legalmente é não tributável.

O dualismo não oferece resposta para isso e em decorrência, várias cooperativas defenderam-se de inúmeras autuações decorrentes de uma tentativa de desconsideração de sua personalidade jurídica, dentro de um indisfarçado preconceito ideológico de que cooperativa autêntica é cooperativa pequena. Naturalmente, oposições teóricas a esta construção igualmente foram construídas, dentro do que se pode chamar a atual teoria da tributação cooperativa, cunhando-se, por consistente tributarista brasileiro, a ideia do ato cooperativo puro e do ato cooperativo misto.⁸

2 As teses da patrimonialidade

O final da década de 80 traria como fato relevante a dicção constitucional sobre o ato cooperativo e a tributação,⁹ comemorativo jurídico que não poderia passar em branco, dada a importância teórica de uma norma constitucional e a crescente relevância hermenêutica deste regramento, nos Estados Democráticos de

⁸ BECHO, Renato Lopes. *Tributação das cooperativas*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 75.

⁹ Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. (grifo nosso)

Direito pós-modernos. Este destaque não foi neutralizado, muito embora não tenha alcançado a expressão maior de sua potencialidade, pelo fato de até hoje não ter vindo a lei complementar referida, ao menos em termos genéricos, visto que em termos específicos vários normativos contemplaram o sentido constitucional da regra, conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, ao rejeitar mandado de injunção que pretendia a determinação da lei complementar anunciada.¹⁰

A precisão da regra constitucional, conclamando tratamento adequado ao ato cooperativo, mas quando praticado pela sociedade cooperativa, serviu para esclarecer algumas características da relação jurídica cooperativas-fisco. A primeira delas o fato de que não há favor tributário, mas, como regra, diferimento tributário, naquilo que é expressão econômica do ato cooperativo e que passa a ser adimplido pelo cooperado, como pessoa física. A segunda, de que não pode haver tributação que deixe de levar em conta a característica especial das sociedades cooperativas, distinta de outros tipos societários, como bem acentua Heleno Taveira Torres:

Fixamos nosso entendimento de que o Estado deve ter, ao mínimo, uma atitude neutra a respeito das cooperativas, sem paternalismo, mas reconhecendo suas diferenças e o papel econômico e social que exercem na ordem constituída. Como consequência, as peculiaridades que lhe informam a consistência jurídica são vinculantes tanto como competência para legislar sobre cooperativas, e bem assim sobre eventuais incentivos e vantagens competitivas, sem que isso se possa qualificar como discriminatório em relação às demais espécies de sociedades; mas também como limite intransponível de direito fundamental, pelo impedimento de que o Estado, por meio dos seus órgãos, possa intervir no respectivo funcionamento, especialmente pela exigência de tratamento jurídico adequado às suas peculiaridades.¹¹

A partir destas constatações, altamente estimuladas pela dicção constitucional, revisa-se a noção de ato interno como aquele que gera resultado não tributável, fruto de equívoco de exegese literal da lei, destituída de outro esforço interpretativo. Melhor que ninguém, o saudoso Ovídio Batista da Silva, em momento menos conhecidos de sua vigorosa produção intelectual, admoestou para o porquê das dificuldades que enfrentam as cooperativas para que seja reconhecida a sua forma especial de funcionamento e, acima de tudo, para o equívoco existente na compreensão estrita do ato cooperativo:

As dificuldades na compreensão do que seja uma cooperativa residem essencialmente nisso. O Direito, na sua dimensão subjetiva, é compreendido, no direito

¹⁰ Mandado de Injunção nº 701/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29.09.20204, assim emendado: "Mandado de Injunção – Objeto. O mandado de injunção pressupõe a inexistência de normas regulamentadoras de direito assegurado na Carta da República. Isso não ocorre relativamente às sociedades cooperativas e ao adequado tratamento tributário previsto na alínea "c" do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal."

¹¹ TORRES, Heleno Taveira, *Imposto Sobre Serviços – ISS, na Lei Complementar nº 116/03 e na Constituição*. São Paulo: Manole. p. 532.

moderno, como uma relação de “conflito de interesses”, não como uma relação ‘cooperativa’, nunca como uma conduta solidária, entre os sujeitos de uma determinada relação jurídica.

Em parecer publicado pela Revista dos Tribunais (vol. 738), registramos o pensamento de um eminente jurista contemporâneo, conhecido por seus estudos sobre história do direito, ao mostrar a dificuldade com que a doutrina europeia se concilia com as relações jurídicas de índole comunitária, ao revelar a incompatibilidade entre o que ele denomina “pathos da concorrência” e “*pathos* da colaboração” (Franz Wieacker, *Diritto Privato e Società Industriale*, edição alemã de 1974, versão italiana de 1983, Nápoles, p. 37).

Segundo Wieacker, a concepção do Direito como uma relação comunitária, as relações entre condôminos, por exemplo, violenta a compreensão que temos do fenômeno jurídico. Escreve o jurista: “Gli organi cooperativi, quali l’assemblea dei condomini e l’amministrazione costituiscono una singolare contraddizione Nei confronti di una forma esteriore rigorosamente privatista, e Il distacco di questa nuova figura dal diritto privato clássico, si revela pienamente nell’applicazione della giurisdizione volontaria in luogo della giurisdizione contenziosa”.

[...]

“É necessário insistir: não apenas os atos internos são ‘atos cooperativos’. Também o serão os chamados ‘negócios-meio’, enquanto atos instrumentais, praticados, necessariamente, pela cooperativa para que a entidade possa alcançar sua finalidade. É indispensável ficar assentado que, sem esses ‘negócios-meio’, não haverá atividade negocial alguma, seja cooperativa, seja mercantil. A sociedade cooperativa somente poderá desempenhar suas funções praticando ‘negócios-meios’.”¹²

A possibilidade da prática das operações de contrapartida e a impossibilidade de torná-las tributáveis, pois com isto se estaria tributando pura e simplesmente os atos cooperativos, visto que o resultado econômico destes, base de cálculo para qualquer tributo, depende do resultado econômico daqueles, igualmente motivou comentário direto da brilhante professora e tributarista paranaense, lembrando, a propósito, antigo parecer de Bernardo Ribeiro de Moraes, especificamente em relação ao imposto sobre serviços:

Por último, e encerrando, eu chamaria a atenção que, junto com serviço tipicamente cooperativo, comparecem, como elemento indispensável, alguns atos que são chamados em terminologia de direito cooperativo de auxiliares, sem os quais não existiria a própria prestação do serviço cooperativo. Esta circunstância não pode ser dissociada para efeito de ISS, pois, como ensina o Professor Bernardo Ribeiro de MORAES, o critério da lista de serviços é sempre o critério do serviço predominante. Os serviços auxiliares não podem ser destacados para consistirem base de incidência distinta.¹³

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista. *O seguro e as sociedades cooperativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20-21 e 25.

¹³ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Cooperativas e tributação*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 169.

Temos, igualmente, em alguns artigos e conferências, salientado que a teoria tributária das cooperativas repousa na noção de baixa capacidade patrimonial ínsita de praticamente todos os tipos cooperativos.¹⁴ A pré-compreensão do porquê da não incidência tributária aponta para pressupostos jurídicos derivados desta seara, que reputamos indispensáveis recordar, a fim de que se tenha como resolver os problemas que a benéfica evolução da atividade cooperativa acarreta ao intérprete.

A cooperativa é considerada sociedade sem economia própria, pois toda ela é vocacionada para fomentar a economia particular dos seus sócios, sendo que seu patrimônio somente existe quando a assembleia dos sócios permite que ela adquira, por determinação específica ou genérica, desde que inserida em Estatuto previamente aprovado pela mesma assembleia, ensina Walmor Franke, uma vez haurindo conhecimentos do Direito das Cooperativas alemão, o mais estruturado, pensamos, do mundo.¹⁵ Em face desta condição de economia auxiliar, a patrimonialidade de uma cooperativa é sempre problemática, pois, na maior parte das vezes em que atua, está agregando valor econômico não para si, mas para seus cooperados.

O reconhecimento deste fato conduz à conclusão que grande parte dos valores que ingressam numa sociedade cooperativa, em virtude dos negócios que a mesma realiza para participação dos seus sócios, não constitui receita desta sociedade, pois não significa acréscimo patrimonial na mesma.¹⁶ Se fossem consideradas receitas, os valores que a cooperativa recebe pelos atos cooperativos que pratica, teriam que ser registrados imediatamente como despesas, pois estariam comprometidos com o repasse aos seus titulares, que são os sócios.¹⁷

As cooperativas estão fora da regra de incidência tributária quando a mesma regra tem como componente indispensável a receita, líquida, ou bruta, dos atos que ela pratica com seus cooperados. A contabilidade brasileira já reconheceu tal circunstância, determinando, através de norma técnica, a diferenciação entre receita de uma cooperativa e ingresso numa cooperativa, considerando esta última espécie como o conjunto de valores que são registrados na contabilidade, pois decorrem da prática de atos cooperativos, sem que impliquem em alteração patrimonial, conforme diferença entre ingresso e receita estabelecida no Direito Financeiro, em face dos tributos que entram com destinação (contribuições sociais vg.) e constituem

¹⁴ Nossos artigos na *Revista Direito Tributário em Questão* (FESDT, n. 2, p. 123), "Atos não-cooperativos: conceitos societário e tributário" e na obra *Direito Tributário Cooperativo* (São Paulo: MP Editora, 1908, p. 61), no artigo "Cenário constitucional e a visão para a edição da lei complementar tributária cooperativista".

¹⁵ FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas*. São Paulo: Saraiva, 1973. Capítulo III; nota 4, p. 11.

¹⁶ O Superior Tribunal de Justiça, em lapidar acórdão, decidiu que a receita somente ocorre quando implica em acréscimo patrimonial de quem a arrecada. Fora destas hipóteses, não se há de falar em receita (Recurso Especial n 411.580-SP, relator Ministro Luiz Fux).

¹⁷ GULYAS, Carlos Erwino. Imposto de Renda de pessoas jurídicas e as sociedades cooperativas. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, RT, n. 17, 1981, p. 15.

ingressos públicos e aqueles sem destinação específica (as receitas públicas tecnicamente ditas).¹⁸

A incapacidade do patrimônio gerar por si só resultados econômicos foi fundamento para que, nos albores do Direito Tributário, aquele não fosse tributado, somente tendo vencido corrente contrária, na concepção contemporânea do imposto de renda, se e quando demonstrado acréscimo patrimonial gerado pelo próprio patrimônio, consoante ensinava, sempre lapidar, o velho Aliomar Baleeiro:

- a) renda á atributo quase sempre periódico da fonte permanente da qual promana, como elemento novo criado e que com ela não se confunde (Strutz, Fuisting, Cohn);
- b) a renda é o acréscimo de valor pecuniário do patrimônio entre dois momentos (Schanz, Haig, Fisher).

As legislações acolhem o conceito de renda-acréscimo, que coincide com critérios de contabilidade e inclui os prêmios de loteria, mas exclui heranças e doações, sujeitas a impostos específicos, assim como os “rendimentos psicológicos”, porque estes trazem dificuldades práticas de aplicação.¹⁹

A cooperativa é constituída para prestar serviços aos sócios, sendo esta prestação de serviços o objetivo social da entidade. Este objetivo é cumprido pelo desenvolvimento de qualquer gênero de operação, serviço ou atividade, que constitui o objeto social da cooperativa, o qual deve vir descrito no Estatuto Social da própria entidade. Este gênero de operação, serviço ou atividade, que constitui o elemento do objeto social de uma cooperativa é a operação de contrapartida que a mesma corriqueiramente realiza, sendo que ela integra, como etapa necessária, o ato cooperativo.²⁰

Os que pensam em sentido contrário, na verdade, cometem o notável equívoco jurídico de confundir objeto social com objetivo social de uma entidade. Objeto social é o meio prático, previsto em contrato ou estatuto social, através do qual as sociedades reconhecidas pelo Direito brasileiro cumprem seu objetivo, ou finalidade social, este sim normalmente previsto em lei. Nenhum tipo societário poderá

¹⁸ Falamos da Norma Brasileira de Contabilidade 10.8, item 10.8.1.4, que especifica:

10.8.1.4. – A movimentação econômico-financeira decorrente do ato cooperativo, na forma disposta no estatuto social, é definida contabilmente como ingressos e dispêndios (conforme definido em lei). Aquela originada de ato não cooperativo é definida como receitas, custos e despesas.

¹⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense 1972. p. 323-324.

²⁰ A Lei 5.764 é de impecável técnica a respeito, como se pode ver da fixação do objetivo (finalidade) social e do objeto social, respectivamente nos seguintes artigos:

“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.

Art. 5º As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão ‘cooperativa’ em sua denominação.

Art. 15. O ato constitutivo, sob pena de nulidade, deverá declarar: I – a denominação da entidade, sede e objeto de funcionamento; [...]”.

cumprir sua finalidade social sem a realização do objeto da sociedade, motivo pelo qual não se pode conceber um sem o outro. A consideração do ato cooperativo com a abstração da operação de contrapartida comete este equívoco que gera um absurdo igual ao de imaginar que um ser vivo possa realizar atividades de vida de relação sem o exercício regular da função digestiva básica que é a de alimentar-se, por exemplo.

Verdade é que, muitas vezes, às operações de contrapartida agregam-se negócios jurídicos em que o serviço ao sócio fica praticamente ocultado diante de uma atividade de organização de fatores produtivos do próprio estabelecimento cooperativo. São os chamados atos auxiliares ao ato cooperativo, compreendidos como atividades negociais que possibilitam a prática habitual do ato cooperativo principal, sem que se possa gerar um nexos causal direto entre eles e o próprio ato cooperativo principal. Nestes casos, temos opinado e mantemos a opinião, malgrado interpretações respeitáveis em sentido contrário, que os mesmos não estão abrangidos pela regra da não incidência, em face de não haver fundamento legal que os diferencie dos demais, praticados normalmente pelas pessoas jurídicas, em termos de receita e resultado patrimonial.

Este novo estágio interpretativo, alcançado através da reflexão que a norma constitucional necessariamente deve inspirar, foi sendo refletido pela jurisprudência relativa ao imposto sobre serviços, nas cooperativas de prestação e de fornecimento de serviços, demonstrando uma interação entre a doutrina e a jurisprudência extremamente dinâmica, ainda que suscetível, até hoje, de idas e vindas, próprias de nossos sistema jurisdicional.

2 A recepção jurisprudencial

2.1 Aceitação da doutrina tradicional

Clássica é a discussão entre as cooperativas e o fisco municipal, a respeito do imposto sobre serviços, sustentando-se a partir de premissas básicas a saber: (a) as cooperativas fornecem serviços ao mercado; (b) estes serviços, na sua vertente principal, são prestados pelos seus sócios e (c) com base nos serviços dos seus sócios o Fisco pretende tributar o valor integralmente cobrado pela cooperativa, no mercado.

A defesa das cooperativas, no caso, alega que as mesmas prestam serviços é aos seus sócios, distribuindo aqueles que os mesmos prestam e que tem incidência autônoma nas suas pessoas. A objeção do Fisco é de que esses serviços são ofertados ao mercado pela Cooperativa, que por eles assume responsabilidade. e, por decorrência, o ônus tributário.

O Supremo Tribunal Federal aceitou a ponderação das Cooperativas, já acolhida nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, não conhecendo, no mérito da controvérsia, de recursos extraordinários dos respectivos Fiscos, valorizando expressamente a interpretação dos tribunais estaduais. Isto ocorreu no Recurso Extraordinário 97.059-2, de Minas Gerais, não conhecido unanimemente

pela sua Primeira Turma, em 12 de abril de 1983, nele se destacando os seguintes trechos do voto do Ministro Relator Oscar Corrêa:

Não há, e bem o disse o v. acórdão recorrido, negativa de vigência dos textos invocados, antes aplicação correta deles, ao salientar, no voto do Ilustre Juiz Walter Veado (fls. 334):

“A apelante é uma cooperativa e se rege pela legislação especial concernente a este tipo de sociedade. Exerce atividades sem fim lucrativo, visando à captação de clientela para os médicos e hospitais seus associados, não havendo outros, da profissão ou ramo comercial diferente. Os clientes escolhem livremente os médicos e hospitais e lhes pagam os benefícios e serviços, através da autora, a qual, depois, lhes repassa, retendo uma parcela, que se destina ao custeio de suas despesas administrativas e outras.

Não se trata de uma intermediação comum, como se fosse a autora um escritório de corretagem, que percebesse comissão por este tipo de serviço. Ela nada recebe de qualquer dos interessados a título de compensação ou lucro.

Realiza a autora, assim, o seu objetivo estatutário de buscar o aprimoramento da assistência médico-hospitalar, reduzindo-lhe os custos, porque seus cooperados percebem por uma tabela especial, inferior aos padrões comuns, preservando-se a liberdade de escolha pelo cliente.

Quem ganha com a atividade da cooperativa não é esta, mas, sim, os seus cooperados e as pessoas que se utilizam dos serviços destes.

Ocorre que os médicos e hospitais são contribuintes do dito imposto e importaria em indistigável bitributação a cobrança do mesmo tributo, pela mesma atividade, também da cooperativa.

O ISSQN pressupõe a finalidade lucrativa da atividade exercida por seus contribuintes, afastando-se a sua incidência se se trata de sociedade cooperativa, como a autora, cujos objetivos não preveem o lucro, como ficou dito, e, ainda que este ocorra, reverterá em benefício de seus associados.

A atividade da autora não se insere em qualquer dos itens da lista de serviços tributáveis, que acompanha os decretos-leis nº 406/68 e 843/69, tratando-se, pois, da não incidência do imposto.”

Observa-se, nestes arestos, a repercussão da teoria tributária tradicional, aqui chamada de dualista, entre atos cooperativos e atos não cooperativos, afirmando-se a não incidência tributária naqueles. Como em toda a solidificação do Direito, feita através de luta de teses contrárias, viria a reação.

2.2 Negação da doutrina tradicional

A contra-reação doutrinária decorrente do incremento de atividades de contrapartida e negócios auxiliares das sociedades cooperativas, acrescida da exegese meramente literal da expressão “serviços a não associados”, impactou de forma direta as cooperativas que fornecem, no mercado, os planos de saúde.

Os planos de saúde consubstanciam negócios jurídicos complexos, hoje tipificados pela Lei 9.656 de 1998, a Lei dos Planos de Saúde, tendo por objeto uma garantia, sem limite financeiro, da assistência médica e/ou odontológica aos contratantes e/ou seus beneficiários. Decorre daí que as operadoras de planos de saúde, pessoas jurídicas contratadas para realizá-los, organizam diversos fatores para fornecimento desses serviços, mediante a prestação pelos seus sócios (caso das cooperativas); pelos seus serviços próprios ou pelos serviços contratados de terceiros (credenciamento).

A administração dos planos de saúde, por parte das operadoras, entre elas por disposição legal incluídas as cooperativas, tem previsão de incidência autônoma na lista de serviços com base na qual é instituído o imposto municipal, integrante da Lei Complementar 116, de 2003. Em face disto, cooperativas foram condenadas no Superior Tribunal de Justiça por realizarem tais atividades, consideradas estranhas ao ato cooperativo, sendo-lhes tributado o valor integral cobrado dos contratantes, afirmando-se assim a tributação cooperativa sobre todo negócio realizado no mercado, sem contemplação do seu grau de indispensabilidade, ou não, para a prática do ato cooperativo. São exemplos desta forma de aplicar o Direito os seguintes arestos:

(1) Recurso Especial nº 16.096-0/PARANÁ

Relator: Ministro José De Jesus Filho

Recorrente: Município de Curitiba

Recorrida: Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda – UNIMED de Curitiba – MEDIPAR

Ementa:

Recurso Especial. É devido o Imposto sobre Serviços pelas Sociedades Profissionais quando estas assumem o caráter empresarial, estando ainda, consoante o artigo 9º, §§ 1º e 3º do Decreto 406/608, modificado pelo Decreto-Lei 834/69, onde incluem-se as sociedades dos médicos. Incidência no caso da Súmula 81 do Supremo tribunal Federal. Recurso especial conhecido e provido.

Brasília, 22 de junho de 1994.”

(2) Recurso Especial nº 254.549/CE-

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Município de Fortaleza

Recorrida: UNIMED de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico

Ementa:

Tributário. ISS. Cooperativas Médicas. Incidência.

1. As Cooperativas organizadas para fins de prestação de serviços médicos praticam, com características diferentes, dois tipos de atos: a) atos cooperados consistentes no exercício de suas atividades em benefício dos seus associados que prestam serviços médicos a terceiros; b) atos não cooperados de serviços de administração a terceiros que adquiram seus planos de saúde.

2. Os primeiros atos, por serem típicos atos cooperados, na expressão do art. 79, da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, estão isentos de tributação. Os segundos, por não serem atos cooperados, mas simplesmente serviços remunerados prestados a terceiros, sujeitam-se ao pagamento de tributos, conforme determinação do art. 87 da Lei 5764/71.
3. As cooperativas de prestação de serviços médicos praticam, na essência, no relacionamento com terceiros, atividades empresariais de prestação de serviços remunerados.
4. incidência do ISS sobre os valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde. Atos não cooperados.
5. Recurso provido.
- Brasília, 17 de agosto de 2000.”

(3) Recurso Especial nº 487.854 – SP:
Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Município de São Paulo
Recorrido: Cooperativa dos Profissionais da Saúde – COOPERMED

Ementa:

Tributário – ISS – Cooperativa Médica – Ato Cooperado – Isenção

1. As cooperativas podem praticar atos cooperados, ao coordenar e planejar o trabalho de seus associados, os quais recebem pelo trabalho realizado, com isenção de tributos, nos termos da Lei 5.764/71, artigo 79.
2. Diferentemente, podem as cooperativas na captação de clientes firmarem com estes ato negocial, vendendo planos de saúde, recebendo dos terceiros importância pelo serviço realizado, sem isenção alguma porque de ato cooperado não se trata.
3. Hipótese dos autos em que a cooperativa age intermediando os serviços de seus próprios associados, os médicos, reunidos em prol de um trabalho comum, exercendo verdadeiro ato cooperativo.
4. Recurso especial improvido.

Excerto do voto da Relatora:

Em voto bem mais antigo da minha relatoria, detalhei com cuidado as atividades desenvolvidas pela cooperativas médicas para concluir que:

- a) quando agem as cooperativas como intermediária entre os associados (profissionais) e terceiros, que usam o serviço médico, estão isentas de tributação, porque aí desenvolvem atos cooperativos; e
- b) quando a cooperativa, na intermediação, realiza ato negocial, captando recursos de terceiros e que a ela se associam, pagando independentemente do serviço, com o especial fim de receberem, por seu intermédio, a prestação de serviço médico, não se trata de ato cooperativo e sim ato negocial, sujeito à tributação.

Faz-se pertinente estabelecer a distinção, a fim de bem aplicar os artigos 86 e 87 da Lei 5.764/71 – Lei das Cooperativas.

O conceito de ato cooperativo encontra-se no artigo 79 da lei específica, *verbis*:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aqueles e pelas cooperativas entre si quando associadas, 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.

Na espécie em julgamento, temos uma cooperativa de trabalho que agrega como associados os profissionais médicos, credenciando-os, elaborando planos e projetos técnicos e integrados, orientação e fiscalização técnicas.

Assim, fica claro que a cooperativa não recebe nada de terceiras pessoas, sendo uma ponte entre os profissionais, quem atendem, e os usuários, que pagam aos profissionais pelo serviço prestado. Esse é o verdadeiro ato cooperado, razão pela qual certo está o Tribunal quando reconheceu a isenção.

Brasília, três de junho de 2004.”

2.3 Novos tempos exegéticos

O Superior Tribunal de Justiça levou três anos para rever sua posição quanto à matéria, ao fim da qual, mediante lapidar acórdão, de lavra do Ministro Luis Fux, com votos-vistas igualmente notáveis de Teori Zavascki e José Delgado, discerniu a necessidade de discriminar os atos cooperativos daqueles prestados com caráter empresarial, determinando o afastamento da incidência tributária sobre aqueles e disciplinando a base de cálculo do tributo sobre esses. Ficou recepcionada, portanto, na jurisprudência, o reconhecimento da teoria que afasta da incidência tributária os ingressos econômicos que não constituem receita da cooperativa, mas valores a serem imediatamente repassados aos cooperados e, portanto, neles tributáveis, demonstrando portanto não se tratar a hipótese de dispensa de tributo, mas sim incidência de conformidade com a real capacidade contributiva do verdadeiro sujeito passivo. Exemplifique-se:

Recurso Especial nº 875.388 – SP

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: UNIMED Campinas Cooperativa de Trabalho Médico

Recorrido: Município de Campinas

Ementa: Tributário. Recurso Especial. ISS. Cooperativa de Serviços Médicos. Ilegalidade de Auto de Infração. Direito Local. Sumula 280 do STF. Ofensa aos princípios da legalidade e da irretroatividade. Matéria constitucional. Atos não cooperados. Incidência do ISS sobre a taxa de administração.

1. O ISS não incide sobre os atos praticados pelas cooperativas médicas consistentes no exercício de atividades em prol dos associados que prestam serviços médicos a terceiros (atos cooperados).

2. Deveras, os atos não cooperados, vale dizer, aqueles decorrentes de relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde a terceiros, sujeitam-se à incidência do ISS, tendo como base de cálculo tão somente a receita advinda da

cobrança da taxa de administração. Isto porque a receita tributável não abrange os valores pagos ou reembolsados aos cooperados, haja vista não constituírem parte do patrimônio da Cooperativa. Exegese do artigo 79, da Lei 5.764/71 c/c os artigos 86 e 87, do mesmo diploma legal (Precedentes desta Corte: REsp 727091/RJ, Segunda Turma, publicado no DJ de 17.10.2005; REsp 487854/SP, Segunda Turma, publicado no DJ de 23.08.2004; e REsp 254549/CE, Primeira Turma, publicado no DJ de 18.09.2000).

4. Todavia, no que tange ao debate relativo à incidência do ISSQN sobre as atividades realizadas por cooperativa de trabalho médico, o recurso especial merece ser conhecido. A jurisprudência de ambas as Turmas da 1ª Seção, desde o julgamento do RESP 254.459/CE, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 18.09.2000, firmou-se no sentido da exigibilidade do ISS das cooperativas de intermediação de serviços de saúde (médicos, hospitalares, laboratoriais, etc.), sempre que realizem atos negociais com terceiros, adquirentes dos planos de saúde por ela comercializados.

No mencionado precedente, estabeleceu-se distinção entre (a) os atos praticados pela cooperativa e os terceiros adquirentes dos planos, não enquadrados na definição de ato cooperativo do art. 79 da Lei 5.764/71 e, por essa razão, sujeitos à tributação pelo ISS, e (b) os atos decorrentes do vínculo da cooperativa com seus associados, vale dizer, com os médicos, caracterizados como típicos atos cooperativos e, nessa condição, insuscetíveis de cobrança de tributos.”

A Jurisprudência, ao fim e ao cabo, tendo como exemplo o imposto sobre serviços, vem assimilando os ensinamentos mais recentes, oriundos do nível doutrinário, sobre a tributação das cooperativas, realizando, de forma indutiva, aquilo que os estudiosos haviam alcançado de modo dedutivo.

Considerações finais

A passagem do regime jurídico da isenção, para a não incidência legalmente qualificada, gerou a necessidade de uma teoria da relação tributária entre fisco e cooperativas.

A dicção da Lei 5.764 de 1971 inspirou a doutrina tradicional a respeito, qual seja o dualismo não incidência tributária sobre atos cooperativos e incidência sobre operações com não associados.

O crescimento salutar das cooperativas brasileiras, na década de 80 do século passado, e a confusão exegética a partir de uma interpretação literal estrita da expressão fornecimento de serviços a não associados levaram a uma crise do dualismo que não consegue enquadrar, de modo seguro, as chamadas operações de contrapartida e os atos auxiliares ao ato cooperativo.

O advento do dispositivo constitucional, que determina o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo *praticado pelas cooperativas* conduziu a uma revisão doutrinária onde se destacam como elementos fundamentais a compreensão de que a legislação outorga, à cooperativa, a possibilidade de uma tributação diferida na

pessoa do cooperado, em virtude da característica de economia auxiliar, ínsito das sociedades cooperativas.

Em face disso, os negócios de contrapartida representam etapa necessária do ato cooperativo e geram ingressos na Cooperativa, constituindo renda na pessoa dos cooperativados. Por sua vez, os chamados atos auxiliares, embora praticados para facilitar os atos cooperativos principais, constituem receita tributada da Cooperativa.

O Poder Judiciário brasileiro, por seus tribunais de cúpula, em relação à matéria do imposto sobre serviços, refletiu o desenvolvimento da doutrina dualista; seu colapso diante da realidade e a atualização da compreensão do correto tratamento tributário às cooperativas determinado pela Constituição.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense 1972.
- BECHO, Renato Lopes. *Tributação das cooperativas*. São Paulo: Dialética, 1998.
- BOETTCHER, Erik. *Cooperativismo e competição*. Porto Alegre: Edições Coojornal, 1987. (Coleção Cooperativismo)
- CORRÊA, Walter Barbosa. Não incidência, imunidade e isenção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 73, 1975.
- FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- _____. *Doutrina e aplicação do Direito Cooperativo*. Porto Alegre: Edição do Autor, 1983.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Cooperativas e tributação*. Curitiba: Juruá, 2001.
- GULYAS, Carlos Erwino. Imposto de Renda de pessoas jurídicas e as sociedades cooperativas. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, RT, n. 17, 1981.
- ROSE, Marco Túlio de. Atos não-cooperativos: conceitos societário e tributário. *Revista Direito Tributário em Questão*, Porto Alegre, Fundação Escola Superior de Direito Tributário, n. 2.
- ROSE, Marco Túlio de. Cenário constitucional e a visão para a edição da Lei Complementar Tributária Cooperativista. In: *Direito Tributário Cooperativo*. São Paulo: MP, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *O seguro e as sociedades cooperativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TORRES, Heleno Taveira. *Imposto Sobre Serviços – ISS, na Lei Complementar nº 116/03 e na Constituição*. São Paulo: Manole, 2004.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967.

