

O ATO COOPERATIVO E O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL.

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional e Presidente do Centro de Extensão Universitária.

Rediscute-se, novamente no País, a importância da atividade cooperativa e a importância que tal tipo de relacionamento pode ofertar às relações econômicas, no sentido de reduzir encargos e gerar reflexos menos impactantes sobre os níveis de preços e a própria inflação.

Neste estudo para o livro comemorativo dos 15 anos do Superior Tribunal de Justiça, retorno ao tema que já cuidara quando da elaboração dos “Comentários à Constituição do Brasil”, com o saudoso **Celso Bastos**, na edição veiculada pela Saraiva, assim como nas manifestações em palestras e artigos. É que a matéria merece um exame jurídico para só depois se justificar a análise econômica possível, à luz do Direito pátrio.

Algumas das considerações, portanto, que farei decorrem da natureza do meu posicionamento doutrinário que, no correr destes últimos anos, tenho assumido sobre as cooperativas, o ato cooperativo e, principalmente, as cooperativas de serviços, em escritos, palestras e livros.

Uma observação preambular antes das demais considerações é que a Lei 5.764/1971, embora cuide da *valorização* das cooperativas como dimensão da atividade econômica menos onerosa para a cidadania e propiciadora do desenvolvimento por suas variadas facetas, é ainda insuficiente para atender a nítida intenção constituinte de realçar o papel dessas entidades no cenário social e econômico².

¹ Escrevi: “Penso que a matéria possa ser examinada à luz de dois tipos de atos. Aquele que torna o membro da cooperativa seu integrante e os atos de comércio praticados pela cooperativa.

Não vislumbro, pois, à primeira vista, a possibilidade de outros aspectos do cooperativismo necessitarem de lei complementar para veiculação, visto que apenas do ato cooperativo a Lei Suprema cuidou” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 6, t.1. p. 108)

² O artigo 4º da Lei n. 5.764/1971 está assim redigido: “Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

Em dois dispositivos, entre outros, cristalinamente, o constituinte ofertou tratamento diferencial às cooperativas, ou seja, no aspecto econômico (174, § 2^o) e no tributário (146, III, letra c), impondo (poder-dever) ao Estado, a obrigatoriedade de privilegiar tal tipo associativo³.

Muito embora possa-se tirar da legislação recepcionada de 1971, mediante interpretação, as conclusões que a seguir apresentarei, admito que a solução ideal seria, em nível de **lege ferenda**, ofertar, o Congresso Nacional, legislação adequada ao texto de 1988, que, se fosse veiculado, no concernente ao direito tributário, por lei complementar, obrigaria todas as entidades federativas.

Tendo o Presidente Lula — e seu partido político— sempre propugnado pela valorização do cooperativismo, parece-me ser o momento oportuno

I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II -variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

III- limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;

VI - **quorum** para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital;

VII- retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral;

VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

IX -neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços”.

³ **Celso Bastos** comenta o § 2^o do artigo 174, dizendo: “O estímulo ao cooperativismo encontra inspiração muito visível nas Constituições portuguesa e espanhola. Tal como na nossa, o que ali se procura é fomentar essa modalidade associativa, que apresenta, sem dúvida nenhuma, um grande alcance social, quando levada a efeito, debaixo de um autêntico espírito cooperativo.

No entanto, o Estado não pode impor essa modalidade de organização. **Gomes Canotilho e Vital Moreira** fazem excelente observação em torno deste ponto:

“O Estado está obrigado a estimular e a apoiar a criação de cooperativas, bem como a sua actividade, mas não pode impô-las nem tutelá-las. Para que esta obrigação estadual não vá de encontro à liberdade de constituir cooperativas e ao direito destas de prosseguirem livremente suas actividades, os estímulos e apoios do Estado não podem traduzir-se em formas de ingerência na Constituição ou na vida das cooperativas e devem pautar-se pelos princípios de igualdade, da imparcialidade e da não discriminação. Constitucionalmente, pode (e deve) haver um cooperativismo de Estado” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República portuguesa anotada**. 2. ed. ver. e ampl. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. I, p. 414) (BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7, p. 101-103).

para produção de legislação abrangente, organizativa, com objetivos econômicos nítidos e tratamento tributário incontroverso, com o que restaria fortalecido o atual cooperativismo, com custos menores e evolução maior, a favor do desenvolvimento nacional.

Nem por isso, a legislação vigente deixa, entretanto, de ofertar elementos suficientes para uma exegese integrativa da lei ordinária promulgada sob a Carta pretérita e recepcionada pela Constituição de 1988, que regulou as cooperativas e a inequívoca opção constituinte por tais entidades, expressa, fundamentalmente, nos artigos 146, inciso III, letra c e 174, § 2^o ⁴.

Passo, pois, a analisar a legislação vigente, comentando alguns pontos a ela referentes, que me parecem de relevância.

O primeiro passo é definir o que seja uma sociedade cooperativa ⁵.

⁴ Estou convencido que no tocante a tal exegese, no campo tributário, a lei de 1971 foi recepcionada, em nível de lei complementar. Lembro a lição de **Luciano da Silva Amaro** sobre idêntica recepção do CTN (lei ordinária) pela Constituição de 1967: "É correta a conclusão a que a doutrina pátria, no sentido que o CTN vigora plenamente após a Constituição de 1967, e tem eficácia de lei complementar. O que talvez mereça ser mais precisamente fixado é o fundamento jurídico dessa eficácia", continuando: "Onde, segundo nos parece, está o encaminhamento da questão é no princípio da recepção, estudado no Direito Constitucional Comparado.

Por esse princípio, quando se cria novo ordenamento jurídico-político fundamental (nova Constituição), a ordem jurídica pré-existente, no que não conflite, materialmente, com aquele, permanece vigorando, é aceita pela nova ordem constitucional, qualquer que tenha sido o processo de sua elaboração, desde que conforme ao previsto na época dessa elaboração, pois, não o sendo, a invalidade teria atingido a legislação já desde o seu nascimento" (Direito Tributário nº 3, José Bushatsky Editor, 1977, p. 288).

⁵ A Constituição Federal em diversos dispositivos oferta tratamento diferencial às cooperativas, nos artigos 5^o, inciso XVIII, 21, inciso XXV, 174, §§ 2^o, 3^o e 4^o, 146, inciso III, letra c, 187, VI, 192, inciso VIII, e 199, § 1^o, estando os dispositivos assim redigidos:

"Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...

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

Art. 21 Compete à União: ...

XXV - registros públicos;

Art. 174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 2^o A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3^o O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4^o As cooperativas a que se refere o § anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

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.

O segundo, é explicitar o perfil do ato cooperativo.

O terceiro, verificar, a título exemplificativo, se os “planos de saúde”, patrocinados por cooperativas — tipologicamente diferentes dos demais planos conhecidos — estariam ou não compreendidos na norma que definiu seu objeto social e, por outro lado, se seriam ou não atos cooperativos, aqueles atos decorrenciais de sua administração e existência.

Reza o artigo 5^o da lei das sociedades cooperativas (5.764 de 16.12.1971), o seguinte:

“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”.⁶ (Grifos meus)

A primeira disposição, claramente, enuncia que pode ser objeto social da cooperativa qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. Vale dizer, nenhum objeto lícito de atividade econômica é de se excluir à formação das cooperativas.

Onde não distingue a lei, ao intérprete não cabe distinguir. Desde que não ilícita, portanto, qualquer atividade de densidade econômica, pode ser objeto social de uma cooperativa.

(...)

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: ... VI - o cooperativismo;

(...)

Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: ... VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

(...)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1^o As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

⁶ **Pinto Ferreira** comenta o artigo 174, § 2^o, dizendo: “Estímulo ao cooperativismo — O cooperativismo constitui uma forma de ajuda mútua dos seus integrantes, a fim de evitar custos de consumo, produção e crédito em favor de pessoas estranhas aos associados. *Objetiva valorizar o homem, bem como aumentar a produtividade econômica, como um acelerador e multiplicador do desenvolvimento econômico.* Objetiva ainda suprir de bens e serviços os seus membros, bem como promover uma programação social e educativa (V. comentários ao art. 187, VI)” (FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6, p. 359). (Grifos meus)

O segundo aspecto é que o seu escopo é exclusivo, o que vale dizer, atuação em prol dos cooperados, sendo albergador daquelas atividades próprias das relações econômicas. A exclusividade diz respeito, como é óbvio, apenas à partilha dos benefícios entre os cooperados, visto que não há possibilidade de as operações concernentes ao objeto social serem exclusivamente dos cooperados. Até mesmo nas cooperativas de consumo, os bens, que são disponibilizados aos cooperados, são adquiridos de terceiros, o mais das vezes, não cooperados⁷.

O terceiro elemento, de natureza formal, é que tais entidades devem ostentar, em sua denominação, a expressão “cooperativa”.

O objeto social das cooperativas, à evidência, perfila o das próprias sociedades, de vez que, pelo artigo 3º da Lei n. 5.764/1971, estão assim esculpidas:

“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*”. (Grifos meus)

Ainda aqui, idêntico espírito ofertam os elementos que compõem os contornos do desenho legislativo, em tríplice enunciado.

No primeiro deles, os cooperados, ou seja, as pessoas que assinam o contrato instituidor da entidade, obrigam-se a contribuir, reciprocamente, com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica. Este primeiro requisito não diferencia a formação de uma cooperativa da de qualquer outra sociedade ou instituição.

Já o segundo, reduz o âmbito das semelhanças, eliminando todas as associações beneméritas, visto que as características da entidade benemérita e/ou filantrópica é atuar em proveito de outrem, ou seja, de terceiros que não se confundem com as pessoas que as constituem.

Ora, as cooperativas objetivam *proveito comum* dos cooperados.

O terceiro aspecto, que torna o modelo único, é o fato de que a entidade

⁷ **Maria Helena Diniz** assim conforma a cooperativa de consumo: “*Cooperativa de consumo*. Direito Civil. É aquela que compra produtos por atacado a fim de revendê-los a seus associados, para consumo pessoal ou domiciliar, a preço de custo, acrescido de pequena porcentagem para as despesas, repartindo entre aqueles os razoáveis lucros anuais verificados pelo balanço” (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 886).

não pode ter como objetivo o lucro. Os cooperados podem se beneficiar das atividades cooperadas (proveito comum), mas a entidade não pode pretender o lucro⁸.

Este terceiro requisito afasta a semelhança com as entidades de fins lucrativos.

Não analisarei o artigo 4^o, que oferta as condições formais para a configuração de uma cooperativa e que explicita, em dois pontos, tratar-se de:

- a) sociedade de pessoas
- b) constituída para prestar serviços aos associados.

Em perfunctória exegese, são estas as características mais relevantes das sociedades cooperativas e de seu objeto social.

⁸ Renato Lopes Becho esclarece: "Dizer que uma cooperativa é uma empresa significa, para nós, dizer que há um grupo de pessoas que aportam capital, trabalho, dedicação, esforço e energia para a consecução de um fim específico, de conteúdo econômico, buscando um objetivo direto ou indireto, para si ou para os seus.

Uma atividade empresarial se diferencia pela finalidade e pela atuação de uma atividade pia, de natureza humanitária, caritativa. Uma cooperativa não é uma instituição de caridade. É uma empresa.

Entretanto, assim como as sociedades caritativas não possuem finalidade lucrativa, a cooperativa também não possui. Tanto é assim que, logo no artigo 3^o da Lei n. 5.764/1971 encontramos, na definição legal de cooperativa, sua finalidade distanciada do lucro, ao lado do reconhecimento de sua natureza econômica. Essa natureza diferenciará, com traços indelévels, as cooperativas das instituições humanitárias.

E o meio econômico, assim como afasta o nosso objetivo de estudo das associações pias, aproxima o das demais empresas, civis e comerciais. Tanto aproxima que as ações de uma cooperativa mais aparentam atividade comercial ou civil, genericamente, do que de caridade.

Porém, o objetivo não lucrativo das cooperativas é traço marcante para afastá-las das demais formas empresariais.

Entretanto, por ser atividade econômica, a cooperativa precisará ter contabilidade própria, operará no meio empresarial intensamente, e produzirá, como decorrência também econômica — por trabalhar com dinheiro — resultados econômicos. Esses resultados podem ser positivos, neutros ou negativos, da mesma forma que as empresas comerciais ou civis que trabalham com dinheiro.

Se na aparência (que pouco significa para o Direito, v.g. ser o navio, em termos jurídicos, bem imóvel) esses resultados são iguais, juridicamente, se diferenciam radicalmente.

Vamos demonstrar, assim, que o resultado positivo de uma cooperativa não se confunde com o resultado positivo de empresas lucrativas. E não se confunde com o objetivo (cooperativa é entidade não lucrativa) e também na destinação desse eventual resultado financeiro. É disso (a destinação) que trata o princípio em tela.

Internamente, os resultados positivos das cooperativas devem voltar para os associados, na proporção de suas operações com a instituição (letra e do princípio em tela). Podem decidir, contudo, mantê-los na sociedade, ou como forma de aumento do capital (que não será remunerado, como vimos no item precedente), ou doá-los à sociedade.

Esse resultado positivo é chamado de excedente ou sobre, porque a empresa cooperativa busca, para si apenas a satisfação dos custos administrativos e operacionais, para atingir resultado que lhe é obrigatório, como veremos no momento oportuno. Esse resultado é igual a zero" (BECHO, Renato Lopes. **Tributação das Cooperativas**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Dialética, 1999. p. 112-113).

Para efeitos do presente estudo, é de se realçar, fundamentalmente, o fato de as atividades *terem densidade econômica, objetivarem servir aos associados e não terem intuito lucrativo*⁹.

Passo, agora, ao exame do segundo aspecto preambular, qual seja, o ato praticado pela cooperativa e sua natureza.

Como o direito comercial tem, como seu elemento de maior densidade, o ato mercantil, o direito cooperativo tem, no ato cooperativo, a razão de sua existência.

Declara o artigo 79 da retrocitada lei, que:

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

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

O ato cooperativo é aquele, portanto, que se realiza entre:

- a) a cooperativa e seus associados;
- b) entre seus associados e a cooperativa;
- c) entre cooperativas,

Sempre na busca dos objetivos sociais da instituição. O parágrafo único, ao retirar natureza mercantil à relação entre as cooperativas entre si e entre estas e seus cooperados, declara que o ato cooperativo não caracteriza:

⁹ Em profissão de fé. **José Cretella Jr.** afirma: “Conseguida a supressão o cooperativismo vencerá o capitalismo, assumindo-lhe o lugar, e passando a orientar a indústria e a agricultura”, concluindo “A lei apoiará e estimulará outras formas de associativismo, assim como o faz com as cooperativas. Na verdade, a lei nem apóia e nem estimula. A lei estabelece meios de apoio e meios de estímulo, como se dirá em redação mais técnica.

Os integrantes da cooperativa, os corporados, ou, de modo mais específico, os cooperados, são os próprios produtores ou consumidores que, associados, promovem a melhoria de seus ganhos pessoais. Funcionando para os próprios cooperados, a cooperativa funciona em benefício do elemento pessoal que a organiza. Se os produtores, por um lado, podem organizar cooperativas para melhor atuar no mercado, os consumidores, por outro lado, podem associar -se, mediante a cooperativa, e adquirir bens e serviços por melhores preços.

Na cooperativa, o cooperado é usuário ou cliente, regendo a entidade o princípio da dupla qualidade. Na cooperativa, agrícola ou pecuária, por exemplo, o agricultor e o pecuarista entregam a colheita ou o gado, respectivamente, para que tais produtos sejam vendidos pela entidade associativa, vigorando, então, o princípio da identidade, isto é, o objetivo da empresa coincide com o dos cooperados” (CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1993. v. 8, p. 4.050-4.051).

1. a existência de uma operação de mercado, nem
2. a obrigação de um contrato de compra e venda de produto ou mercadoria¹⁰.

À evidência, apenas os atos entre cooperados e associados são atos cooperativos.

Praticam, as cooperativas, inúmeros atos não cooperativos essenciais à sua existência, podendo ser atos mercantis puros.

Uma cooperativa de consumo, por exemplo, ao adquirir os produtos que disponibilizará a seus associados, a preço pouco superior ao custo, pratica atos de natureza mercantil, visto que, no outro pólo, encontra-se, no mais das vezes, empresa mercantil.

No momento, todavia, em que revende *os produtos adquiridos* para seus associados, o ato de mercantil se descaracteriza como tal e passa a ser *um ato cooperativo*, porque praticado entre a cooperativa e seus associados, ainda que o preço seja superior ao da *aquisição mercantil*¹¹.

Em uma cooperativa de serviços ou de produção — que angaria clientes e disponibiliza atividades para os cooperados, *sendo este o seu objeto social* — todos os atos praticados pela cooperativa tendentes a conquistar uma clien-

¹⁰ **Geraldo Ataliba**, anos atrás, em parecer a que tive acesso, declara, com precisão, que: “Os atos cooperativos, não configuram serviços, em sentido técnico. Os atos em questão referem-se a relações internas entre cooperativa e cooperado, idênticas às que correlacionam sócios e sociedade, quaisquer que sejam o tipo de natureza. Assim como não se pode falar em serviço tributável em decorrência das relações entre o sócio e a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, inviável cogitar de serviço tributável, igualmente, nas relações que enlaçam cooperativa e cooperado (...) Só há prestação de serviços, onde haja terceiros.

Cooperado e cooperativa, umbilicalmente ligados, não são terceiros, um em relação à outra, ou esta em relação àquele.

O ato cooperativo configura o impropriamente designado, mas expressivo “serviço para si próprio”, intributável por excelência porque não há, tecnicamente, serviço para si mesmo. Ausente está o requisito indispensável da presença de outrem, do terceiro destinatário alheio à sociedade”, concluindo: “Em síntese: a) — os “serviços” das cooperativas são intributáveis, à luz da conotação constitucional de serviço:

h) — ainda que assim não fosse — **ad argumentandum tantum** — não seria tributável por ausência de previsão em lei municipal”.

¹¹ O TRF-3ª Região decidiu que o ato cooperativo não seria tributável pelo imposto sobre a renda, ao dizer: “Imposto de Renda. Ato cooperativo. Não-incidência. Os rendimentos decorrentes de operações financeiras de sociedades cooperativas praticadas a fim de preservar as disponibilidades de caixa não são tributáveis pelo Imposto de Renda. O elenco do art. 129 do Regulamento do Imposto de Renda é exaustivo na configuração das hipóteses em que haverá tributação, por se tratar de desvirtuamento da atividade cooperativa. Não é cabível a interpretação extensiva do art. 111 da Lei n. 5.764/1971, e do art. 129 do RIR que lhe corresponde, sob pena de se frustrar o alcance da exoneração tributária instituída em favor da atividade. Apelação improvida” (TRF 3ª Região, AC n. 91.03.024908/SP, Rel. Juiz Andrade Martins, Quarta Turma, decisão: 15.06.1994, DJ 2, de 08.08.1995, p. 49.478”).

tela para os associados são atos cooperativos, visto que, em verdade, *constituem a própria essência da cooperativa assim organizada*.

Ao contrário das cooperativas de consumo — em que a primeira fase do ato tem característica mercantil e apenas o ato de transferência de mercadorias ou bens da cooperativa para os associados passa a comportar a figuração jurídica de ato cooperativo — nas cooperativas de produção ou de serviço, a ação de atrair clientes para os associados formata o ato cooperativo **ab initio**, inclusive na própria atuação de disponibilizar bens e mercadorias de terceiros.

É que a relação com terceiros é instrumento essencial, nas cooperativas de produção ou serviços, visto que são os terceiros que viabilizam o interesse comum, propiciado pela cooperativa, ao buscar e conquistar clientes, ou veiculando a produção dos cooperados para eventuais interessados.

Neste caso, como o pólo ativo é ocupado por um cooperado, o intermediário é a cooperativa e no pólo passivo encontra-se o terceiro atraído pela ação da entidade, o ato decorrente dessa relação, tem natureza cooperativa e não mercantil. Até porque, se não tivesse tal natureza, não poderia jamais haver cooperativas de produção ou serviços, visto que terceiros não cooperados são sempre o mercado a ser atingido¹².

Esta distinção é essencial para que se possa compreender a orientação dos Tribunais Superiores, sobre a matéria, embora não tenham ainda examinado as particularidades que diferenciam os “atos mercantis” praticados pe-

¹² Leia-se, por exemplo, o Recurso Especial n. 254.549/CE (2000/0033977-6): “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 n. 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 n. 5.764/1971.

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”.

Se se levasse às últimas conseqüências o deliberado, *jamais* poderia haver cooperativas médicas, pois estas objetivam sempre atrair clientes para os médicos, administrando esta forma de conquista, com estruturas próprias. A decisão merece, pois, revisão conceitual.

las cooperativas de consumo, dos “atos cooperativos”, que são aqueles próprios das cooperativas de serviços ou produção.

Em outras palavras, ainda não mereceu maior reflexão o fato de as cooperativas de produção e serviço apenas trabalharem com terceiros não cooperados (busca de clientela), *sendo todos os seus atos cooperativos*, visto que direcionam os possíveis usuários para serviços prestados *exclusivamente* pelos associados.

Tal posicionamento leva-me, agora, à terceira consideração, concretamente, especificamente, às cooperativas de prestação de serviços médicos, que tomo para exemplificar e que devem ser examinadas, na inteligência que extraio dos dispositivos retrocitados, à luz de suas características próprias e diversas dos demais serviços médicos ofertados em planos de saúde, por entidades que não são cooperativas¹³.

A cooperativa médica é organizada para assegurar serviços em prol de seus associados, estes, por suas atividades profissionais, sendo contribuintes dos diversos tributos incidentes sobre o trabalho que realizam.

A função essencial da cooperativa médica é, portanto, exclusivamente prestar serviços para seus cooperados, todos médicos.

¹³ Já o STF, em acórdão que me foi encaminhado por Cooperativa, afirma que: “A apelada 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, de profissões ou ramo comercial diferentes. Os clientes escolhem livremente os médicos e hospitais e lhes pagam os honorários 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 utilizam dos serviços destas.

Ocorre que os médicos e hospitais são contribuintes deste imposto e importaria em indesejável 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 idade cooperativa, como a autora, cujos objetivos não prevêm 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 n. 406/1968 e 843/1969, tratando-se, pois, de não-incidência do imposto, como salientou o representante do Ministério Público, em seu excelente parecer de fls. 267/270, cujos fundamentos e conclusão a douta Procuradoria da Justiça subscreveu **in totum**.

Tais serviços, à evidência, como determina o artigo 3º da Lei n. 5.764/1971, são realizados em “proveito comum”.

A cooperativa angaria clientes para seus cooperados e, por esta razão, este ato é tipicamente um ato cooperativo¹⁴.

Ocorre que os médicos associados à cooperativa não são apenas clínicos, mas especialistas em diversas áreas, grande parcela sendo constituída de cirurgiões.

Para o exercício de sua atividade, esses associados necessitam utilizar suporte instrumental ofertado pelos hospitais, casas de saúde etc. Um médico-cirurgião não pode exercer sua atividade sem o aparato hospitalar.

Sustentar o contrário seria o mesmo que admitir a possibilidade de um soldado ir à guerra sem armas ou com armas sem munição¹⁵.

Nitidamente, não descaracteriza os serviços da cooperativa encaminhar clientes para hospitais onde seus cooperados atendam seus pacientes. O

¹⁴ O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas no verbete “Cooperativas”, veicula o seguinte esboço: “Cooperativa. S. f. (Lat., de cooperation) Dir. Obr. Sociedade de pessoas, com forma jurídica própria, de natureza civil, não sujeita a falência, constituída para prestar serviços aos associados, ou cooperativados, e que se distingue das demais sociedades de natureza econômica, além das peculiaridades especificadas em lei, em que não distribui lucros, mas resultados provenientes de suas operações. Cognatos: cooperativado (s.m.), participante de cooperativa; cooperativismo (s.m.), doutrina econômica sobre o sistema cooperativo, ou das cooperativas; cooperativista (adj. E s. 2 g.), relativo a cooperativas; adepto do cooperativismo. CF, arts. 5 (XVIII), 174, § 2º; Lei n. 5.764, de 16.12.1971 (Lei n. 6.981, de 30.03.1982)” (grifos meus) (SIDOU, J. M. Othon (org.). **Dicionário jurídico**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1996. p. 205).

¹⁵ Tal percepção nitidamente houve por parte do STJ, como se percebe no REsp n. 33.260/SP:

“Acórdão: REsp n. 33.260/SP; Recurso Especial (1993/0007659-0)

Fonte: DJ de 07.06.1993 p. 11.244

Relator: Ministro Garcia Vieira (1082)

Data da Decisão: 28.04.1993

Órgão Julgador: T1 — Primeira Turma

Ementa: ISS — Cooperativa médica sem fins lucrativos.

Não estão obrigadas ao recolhimento do iss as cooperativas, constituídas para prestar serviços a seus associados, sem fins lucrativos.

A correção monetária na repetição de indébito é calculada nos termos da súmula n. 46 do extinto tfr.

Recursos improvidos.

Decisão: Por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Referências Legislativas: Leg:Fed Lei n. 5.764, de 1971

Arts. 4º, 5º, 7º e 3º

Leg:Fed. Súmula n. 46 ano: **** (TFR)

Veja: REsp n. 30.392-1/SP, REsp n. 12.370/PE, REsp n. 1.577/SP, (STJ)”.

ato cooperativo é o ato de encaminhar pacientes para a prestação de serviços, submetendo-se, a atuação individual do médico ou do estabelecimento hospitalar, à tributação normal de uma prestação de serviços remunerada.

Em outras palavras, o ato de angariar e levar clientes para os associados é típico ato cooperativo. A prestação de serviços pelo associado ou sistema hospitalar por ele indicado é ato de exercício profissional, remunerado e tributado¹⁶.

Um ponto, agora, de natureza tributária, na exegese constitucional, merece consideração.

A letra **c** do inciso III do artigo 146 da CF declara que:

“c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”, ofertando conotação diferencial ao ato cooperativo, em relação a todos os demais atos de densidade econômica.

Há decisão do STF declarando que “adequado” não quer dizer “necessariamente preferencial”.

Se, entretanto, o inciso **c** não tivesse por finalidade diferenciar o “ato cooperativo” dos demais “atos de densidade econômica”, o dispositivo seria rigorosamente inútil, absolutamente inócuo, acintosamente desnecessário,

¹⁶ De rigor, tais atividades nitidamente se enquadram na primeira hipótese da ementa relatada pela eminente Ministra Eliana Calmon, assim redigida:

“Acórdão: REsp n. 215.311/MA — Recurso Especial (1999/0044189-3)

Fonte: DJ de 11.12.2000 p. 188

JBCC. vol. 187 p. 128

LEXSTJ vol. 141 p. 133

Relatora: Ministra Eliana Calmon (1114)

Data da Decisão: 10.10.2000.

Órgão Julgador: T2 — Segunda Turma

Ementa: Tributário — ISS — Cooperativa médica — Atividade empresarial.

1. A cooperativa, quando serve de mera intermediária entre seus associados (profissionais) e terceiros, que usam do serviço médico, está isenta de tributos, porque exerce atos cooperativos (art. 79 da Lei n. 5.764/1971) e goza de não-incidência.

2. Diferentemente, quando a cooperativa, na atividade de intermediação, realiza ato negocial, foge à regra da isenção, devendo pagar os impostos e contribuições na qualidade de verdadeira empregadora.

3. Recurso especial não conhecido.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com a Relatora os Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Francisco Peçanha Martins.

sobre passar um atestado de insensatez ao constituinte, em dispor que o “tratamento adequado ao ato cooperativo” haveria de ser rigorosamente igual ao dispensado aos demais atos mercantis ou de prestação de serviços!!!¹⁷

Um tal raciocínio faz lembrar o célebre episódio em que, por ocasião da inauguração de uma ponte sobre famoso rio, um desavisado embaixador afirmou: “sob essa ponte passam os navios de grande calado”, acrescentando: “e os de pequeno também!”

Em homenagem à inteligência e técnica legislativa do constituinte, só posso admitir que o tratamento de ato cooperativo deva ser diferenciado e não igual aos demais atos, assim como deverá ostentar, necessariamente, onerosidade tributária menor, para que o cooperativismo – objeto maior do comando supremo – seja estimulado¹⁸.

Escrevi, por outro lado, ao comentar o artigo 4^o da Lei n. 5.764/1971:

“Pelo dispositivo, são as cooperativas de trabalho que prestam serviços a seu cooperado e não o inverso, o que vale dizer, as cooperativas não se assemelham às empresas que contratam serviços e os remuneram.

Quanto às empresas em geral, que seriam obrigadas a recolher a nova imposição, se constitucional fosse, que não é, quem presta serviços é o empresário, o trabalhador autônomo, avulso ou outras pessoas físicas. São estes que prestam serviços à empresa e, por esta razão, pretendeu o legislador complementar atingi-los, visto que fora do campo das contribuições sociais elencadas no artigo 195 **caput** da Constituição.

O tomador do serviço é, nitidamente, a empresa, que recolheria a nova imposição, se constitucional fosse, que não é, ao Erário.

¹⁷ Escrevi: “Dizer, portanto, que o ato cooperativo terá tratamento adequado é admitir que não há necessidade de tal tratamento para as demais relações jurídico-tributárias, o que seria absurdo. E se o tratamento para as demais relações também deve ser adequado, à evidência, o dispositivo será inútil. A lei complementar deverá esclarecer a reticência constitucional.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 6, t. 1, p. 109)

¹⁸ **Wolgran Junqueira** ensina: “Cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, e, especialmente, sobre o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

As cooperativas, têm um tratamento especial consignado na Constituição. O parágrafo 2^o do artigo 174 é expresso: “A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

Desta forma, as cooperativas têm direito preestabelecido a um tratamento tributário diferenciado. Tendo as cooperativas este direito é sem qualquer sombra de dúvidas extensivo aos atos cooperativos. Estes se subsumem naqueles.” (FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1998**. São Paulo: Julex Livros, 1989. v. 2, p. 852)

Ora, no caso das cooperativas, o tomador do mesmo é cooperado, isto é, aquele que recebe o benefício da cooperativa, *que é quem presta o serviço*. Não é o cooperado que presta um serviço a ser remunerado pela cooperativa, mas a cooperativa que presta serviços ao cooperado”¹⁹.

Uma última consideração sobre o § 2º do artigo 174, cuja redação é a seguinte:

“A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

Na dualidade de iniciativa econômica, claro ficou a inequívoca intenção do constituinte de estimular o movimento cooperativo e impor à lei a outorga de benefícios inequívocos à formação de cooperativas.

É de se lembrar que o artigo 174 é o que determina seja o planejamento econômico obrigatório para o poder público e apenas indicativo para o setor privado, estando seu **caput** assim redigido:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Os doutrinadores de Direito econômico vêem, no art. 174, a consagração do regime da livre iniciativa, da livre concorrência e do não-dirigismo econômico, cabendo ao Estado não *impor*, mas estimular comportamentos nos agentes econômicos, sobre privilegiar o movimento cooperativo e outras formas associativas semelhantes, para o fluir intraumático das relações mercantis ou paramercantis²⁰.

¹⁹ Parecer elaborado para entidade cooperativa.

²⁰ Miguel Reale ensina: “Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (grifei).

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas.

Dir-se-á que o Estado é configurado como “Agente normativo e regulador” da economia, mas, a esta altura da evolução histórica, a afirmação contrária daria provas de preocupante irrealismo. O importante é que se declare, tal como consta do mencionado art. 174 que, naquela qualidade, o Estado deverá exercer suas funções de fiscalização e planejamento “na forma da lei”. Mais uma vez o princípio da legalidade baliza a ação estatal e de modo puramente indicativo.

Praticam, pois, um grande erro aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer, da economia de mercado” (REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p 15).

Complementa, portanto, no plano do Direito econômico, o que o artigo 146, inciso III, letra c, veiculou, no direito tributário.

São, para concluir, dois artigos que agem como irmãos siameses na redução de obrigações tributárias dos atos cooperativos. Tais considerações sobre o ato cooperativo são modesta contribuição à reflexão desse tipo de atividade, que poderia já ter tratamento jurídico-tributário e jurisprudencial consolidado.