



ESTUDOS apresentados à MESA SEMANAL DE DEBATES do
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Entidade Complementar à Universidade de São Paulo
Presidência e coordenação do Prof. Ruy Barbosa Nogueira

DIREITO TRIBUTÁRIO

ATUAL Vol. 13

- IMPOSTO DE RENDA
- FATO GERADOR PRESUMIDO
- IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS
- MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO
- TAXAS
- OS TRATADOS INTERNACIONAIS E OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL
- A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA
- VALIDADE DE NORMAS INTERNAS CONTRÁRIAS A DISPOSITIVOS DE ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO NO DIREITO E NA PRÁTICA NORTE-AMERICANA
- LEI COMPLEMENTAR E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESTADUAL
- O ISS E AS COOPERATIVAS DE SERVIÇOS MÉDICOS
- SOCIEDADES PROFISSIONAIS E IGUALDADE TRIBUTÁRIA
- A TRIBUTAÇÃO DOS SEMI-ELABORADOS

CO-EDIÇÃO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO



EDITORA RESENHA TRIBUTÁRIA
SÃO PAULO - ABRIL/94

O ISS E AS COOPERATIVAS DE SERVIÇOS MÉDICOS

Kiyoshi Harada
Sócio do IBDT

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2 - Da natureza jurídica do ISS. 3 - Da natureza jurídica da sociedade cooperativa. 4 - Da jurisprudência. 5 - Nosso posicionamento.

1- Introdução

Muita controvérsia tem havido em torno da incidência, ou não, do ISS - imposto sobre serviços de qualquer natureza - sobre as atividades desenvolvidas pelas cooperativas de serviços médicos.

São freqüentes as imposições tributárias pelos Municípios, ora com fundamento no item 16, ora com fundamento no item 32 da lista anexa ao DL nº 406/68, com a redação dada pelo DL nº 834/69; que correspondem aos itens 84 e 50 da lista anexa à Lei complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987.

Esses itens assim prescrevem:

- a) item 16 - Recrutamento, colocação ou fornecimento de mão-de-obra, inclusive por empregados do prestador de serviços ou por trabalhadores avulsos por ele contratados (corresponde ao item 84 da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87);
- b) item 32 - Agenciamento e representação de qualquer natureza, não incluídos no item anterior 1 e nos itens 58 e 59¹ (corresponde ao item 50 da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87).

1. Item 31- Intermediação, inclusive corretagem, de bens móveis e imóveis, exceto os serviços mencionados nos itens 58 e 59.

Item 58 - Agenciamento, corretagem ou intermediação de câmbio e de seguros.

Item 59 - Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos quaisquer (exceto os serviços executados por instituições financeiras, sociedades distribuidoras de títulos e valores e sociedades de corretores, regularmente autorizadas a funcionar).

Essas cooperativas são constituídas exclusivamente por profissionais médicos de diversas especialidades, e, objetivam a defesa econômico-social e profissional de seus associados, através de ajuda mútua. As denominações por elas utilizadas são variadas, sendo que, algumas delas ostentam nomes de clínicas e hospitais, seguidos da expressão "cooperativa". Entretanto, adotam, todas elas, um estatuto padrão onde se sobressai a finalidade não lucrativa. Enumera, também, as principais atividades para o cumprimento da finalidade estatutária, quais sejam:

- a) prestação de serviços médicos, em todas as especialidades, mediante **contratos a serem cumpridos por seus associados**, coletiva ou individualmente;
- b) aprimoramento profissional de seus associados, por meio de cursos, seminários, congressos, etc;
- c) intercâmbio com outras entidades médicas objetivando a defesa dos interesses da classe médica;
- d) prestação de assistência material, moral e técnica a seus associados, sempre que necessário;
- e) instalação, quando conveniente, de ambulatórios, consultórios, centros de pesquisas e de outros estabelecimentos especializados para **utilização de seus associados**.

Concretamente, uma cooperativa de médicos promove a defesa econômica de seus cooperados da seguinte forma: celebra convênios, na verdade, contratos com hospitais, associações de classes ou empresas, objetivando prestação de serviços médicos aos clientes dos estabelecimentos hospitalares e aos sócios ou empregados das entidades conveniadas; os serviços são prestados pelos cooperados, nos locais solicitados, mediante a observância de um critério de rodízio, por especialidade, previamente estabelecido; os preços são pagos diretamente à cooperativa, pelas entidades conveniadas; a cooperativa repassa os preços recebidos aos cooperados, prestadores de serviços, retendo uma parcela de 5%, destinada ao custeio de suas despesas administrativas e operacionais.

Dentro desse quadro, pergunta-se, incide o ISS sobre as atividades das cooperativas de médicos?

A resposta a essa indagação envolve o exame da natureza jurídica do ISS, bem como, da natureza jurídica da sociedade cooperativa.

2 - Da natureza jurídica do ISS

Consoante disposto no art. 8º do DL nº 406/68 "o imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, **por empresa** ou **profissional autônomo**, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço consoante da lista anexa".

O objeto do ISS são os serviços de qualquer natureza, sendo que a sua prestação configura o fato gerador desse imposto.

O que vem a ser serviço?

A palavra tem origem no latim *servitiu*, significando servir, prestar trabalho a outrem.

O vocábulo serviço pode, também, significar "produto de atividade humana destinado à satisfação de uma necessidade (transporte, espetáculo, consulta médica), mas que não se apresenta sob a forma de bem material".² Trata-se de conceito do ponto de vista econômico.

O primeiro conceito corresponde ao de prestação de serviços, regulada pelo direito comum sob a denominação de locação de serviços.³

O exame do fato gerador do ISS irá demonstrar que o conceito de serviço, dado pelo direito comum, não exaure a matéria. O imposto grava os serviços, e não, a prestação de serviços. Daí porque a lista de serviços baixada pela LC nº 56/87 abarca, por exemplo, diversões públicas, distribuição e venda de bilhetes de loteria, publicidade e propaganda, locação de bens móveis, fornecimento de músicas, hospedagens em hotéis, etc.

Por conseguinte, o fato gerador não se limita à prestação de serviços na concepção de direito comum, mas abarca a prestação de serviços de **qualquer natureza**, não compreendidos na esfera impositiva dos Estados, definidos em lei complementar (art. 156, IV da CF).

Porém, para que haja ocorrência do fato gerador é indispensável que os serviços de qualquer natureza sejam prestados por empresa ou profissional autônomo, nos termos do já citado art. 8º do DL nº 406/68.

Empresa é uma unidade econômica organizada mediante combinação de capital e trabalho, com um ou mais estabelecimentos interligados, com o objetivo de promover **atividade lucrativa**.

2. In Grande Enciclopédia Delta Larousse, Ed. Delta, Vol. 14, pg. 6.278.

3. O art. 1.216 do CC prescreve que "toda a espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante contribuição".

Profissional autônomo é a pessoa física que presta **serviços remunerados, com habitualidade**, sem subordinação jurídica ou dependência hierárquica, o que afasta, por exemplo, o empregado.

A habitualidade é elemento indispensável na configuração do fato gerador do ISS. Prestação esporádica de serviço, por quem quer que seja, ainda que obtendo vantagem econômica, não dá margem ao nascimento da obrigação tributária.

Assim como, não existe empresa destinada à prática de um ato isolado de prestação de serviços, da mesma forma, não se pode conceber a figura do profissional autônomo, que não exerça a sua profissão com habitualidade.

A habitualidade, ou a continuidade da prestação de serviço, que caracteriza a atividade lucrativa da empresa, ou a atividade remunerada do profissional autônomo, é essencial para o surgimento da obrigação tributária.

O que é relevante para a incidência do ISS é a prestação de serviço de conteúdo econômico, que é o objeto desse imposto. O ISS grava o serviço enquanto em circulação econômica, isto é, onera a **venda de serviços**. Sem a contraprestação por parte dos tomadores de serviços não há objeto tributável.

O exame dos aspectos do fato gerador do ISS aponta claramente a natureza mercantil desse imposto.

O fato eleito como veículo de incidência tributária é o serviço em sua concepção econômica, isto é, aquele que é objeto de atos de mercancia. Por outro lado, os seus contribuintes, qualificados como empresas, ou profissionais autônomos que exercem, com habitualidade, as atividades lucrativas ou remuneradas, constituem seguros indicadores de que se trata de imposto de natureza nitidamente mercantil.

Por isso, o ISS somente incide sobre vendas de serviços (bens imateriais, objetos de circulação), ao passo que, o ICMS grava a venda de mercadorias (bens materiais, objetos de circulação).

3 - Da natureza jurídica da sociedade cooperativa.

E pacífico da doutrina que sociedade cooperativa tem por fim **prestar serviços a seus associados, sem finalidade lucrativa**.

Segundo o art. 4º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo, 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, dentre outras características: pela adesão voluntária, com número ilimitado de associados; inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros; retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral; indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social, e, prestação de assistência aos associados.

Característica fundamental da cooperativa, qualquer que seja a sua modalidade (agrícola, habitacional, de crédito, de pesca, de eletrificação, de irrigação, de telecomunicação etc) **é a prestação de serviços e assistência aos associados, sem finalidade lucrativa.**

Essa atividade de prestação de serviços e de assistência é denominada de ato cooperativo,⁴ isto é, aquele praticado entre a cooperativa e seus associados, o qual, por expressa disposição legal, "não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria" (art. 79 e seu parágrafo único).

O exercício da atividade econômica sem finalidade lucrativa é a razão de ser de uma cooperativa.

Realmente, prescreve o art. 3º da citada lei:

"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**".

A sociedade cooperativa tem a mesma estrutura organizacional de uma empresa, mas desta difere por não perseguir finalidade lucrativa e nem prestar, de regra, serviços a terceiros. De fato, a cooperativa tem o seu quadro de empregados, e, para os fins das legislações trabalhista e previdenciária é equiparada a uma empresa (art. 91). Importante frisar que, nos termos do art. 90, qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados. Excepcionalmente, a cooperativa pode fornecer bens ou serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais (art. 86), hipótese em que os resultados dessas operações com terceiros deverão "ser levados à conta do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social" para serem

4. A CF em seu art. 146, III, o dispõe que cabe à lei complementar dispor sobre o "adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas".

"contabilizados em separado, **de molde a permitir cálculo para incidência de tributos**" (art. 87).

O fornecimento de bens ou serviços a terceiros, quando atende aos objetivos sociais e, de conformidade com a legislação cooperativista não descaracteriza a sociedade cooperativa. Implica tão somente na tributação do resultado auferido com o exercício dessa atividade atípica, que não corresponde à prática de atos cooperativos.

Concluindo, cooperativa é uma sociedade *sui generis*, semelhante à sociedade civil, sem finalidade lucrativa, destinada a prestar serviços a seus associados, a qual, excepcionalmente, pode fornecer bens e serviços a terceiros para atendimento dos objetivos estatutários.

4. - Da jurisprudência

A jurisprudência de nossos tribunais inclinou-se no sentido de que a cooperativa de médicos não se sujeita ao ISS, por não desenvolver atividade lucrativa e, nem exercer qualquer atividade passível de enquadramento na lista de serviços tributáveis.

Esse entendimento teve início com a decisão proferida pelo Excelso Pretório Nacional do RE nº 81.966-SP, Relator Ministro Leitão de Abreu, envolvendo a Prefeitura Municipal de Santos e a Cooperativa de Trabalho dos Práticos de Santos e Baixada Santista, na qual, ficou sublinhada a idéia de que a cooperativa não exerce atividade lucrativa e, nem presta serviços aos associados no sentido de fornecer-lhes mão-de-obra, mas os representa nos contratos que são feitos com as agências marítimas, recebendo os preços respectivos, para ulterior repasse aos associados, descontadas as parcelas correspondentes as despesas. Vejamos alguns dos trechos do v. acórdão:

"A cooperativa não tem qualquer finalidade lucrativa, tanto que não retém qualquer importância...

Reunidos em sociedade, podem os 22 práticos, com muito maior comodidade, mais facilidade, manter a equipagem necessária para o exercício da profissão; torna-se automático o contrato com as agências marítimas; facilita-se o recebimento do preço de seus trabalhos; e, de resto, o rodízio adotado para o trabalho possibilita a fixação de horário para o prático.

.....
Cooperativa é órgão que representa o próprio prático; são os práticos reunidos entre si... a cooperativa não presta serviços aos

associados no sentido de colocar ou fornecer mão-de-obra, que tais serviços são do prático, regulamentados pela autoridade naval, e se constitui monopólio dos habilitados" (in RTJ-81/141/144).

Esse acórdão foi adotado como paradigma nos julgamentos ulteriores, envolvendo as cooperativas de serviços médicos. E até temos razões para acreditar que causou a expansão das cooperativas de médicos.

Em relação às sociedades de cooperativas para prestação de serviços médicos podemos lembrar os seguintes julgados:

a) "ISS. Cooperativa. Não incidência sobre sua atividade, bem analisada a atuação que desenvolve, não exercendo recrutamento, colocação ou fornecimento de mão-de-obra. Disposição do art. 20 do CC não prequestionado. Precedentes da Corte. Recurso Extraordinário não conhecido. (RE 97.059-2-MG, 1ª T., Rel. Ministro Oscar Correa. Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - Sociedade Cooperativa para prestação de Serviços Médicos e Hospitalares Ltda. - in RT 576/267).

No mesmo sentido o acórdão proferido no RE 93.144, Rel. Ministro Soares Muñoz, envolvendo a Prefeitura Municipal de Porto Alegre e a UNIMED de Porto Alegre, in DJ de 14/05/82.

b) O E. 1ª TACIVIL, por sua vez, já decidiu que a Cooperativa age "como uma mandatária dos cooperados e sem finalidade lucrativa" pois "o resultado econômico não é da cooperativa e sim dos cooperados, aos quais distribui, prestadores que são dos serviços a terceiros" (Apelação nº 343.396 - 1ª Câmara, Rel. Juiz Silveira Netto, in RTACSP/RT-99/46).

No mesmo sentido o julgado inserto na RT 586/96 e os acórdãos proferidos pelo E. 1ª TACIVIL, nos autos das apelações nºs 363/687/7 e 420.613/1 em que figuram, respectivamente, a COMESC - Cooperativa Médica Santa Cruz Ltda. e a Clínica de Anestesia São Paulo Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., como autoras da ação de repetição de indébito do ISS.

Interessante registrar, também, a decisão proferida pela 6ª câmara do 1ª TACIVIL em que se reconheceu imunidade tributária em relação à cooperativa, cuja ementa é a seguinte:

"Cooperativa - Imunidade Tributária - Execução Fiscal - Improcedência. O DL 406/68 não incide sobre a cooperativa. O ato

cooperativo não implica operação de mercado" (Ap. nº 285.734-SP; Municipalidade de São Paulo x Cooperativa de Trabalho dos Trabalhadores em Edifícios de São Paulo, in RT-559/122).

5 - Nosso posicionamento

Em princípio, a cooperativa de serviços médicos não é contribuinte do ISS, por não se confundir com a empresa a que se refere o art. 8º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968.⁵ Nem pratica atividades elencadas na lista anexa à Lei complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, ou, presta serviços de qualquer natureza, de conteúdo econômico, susceptíveis de tributação pelo ISS.

O serviço prestado pela cooperativa consiste na captação de trabalho para os cooperados, através de convênios (contratos) que firma com as redes hospitalares, associações de classes ou empresas. Esse serviço de captação de clientela, do ponto de vista estritamente tributário, é irrelevante, pois não tem finalidade mercantil, mas visa tão somente cumprir o objetivo estatutário de promover a defesa econômico-social dos associados, configurando mero ato cooperativo que, por definição legal, não implica em operação de mercado. E o ISS, como vimos, por ter natureza mercantil, só incide sobre vendas de serviços.

Tributáveis são apenas os serviços médicos prestados pelos cooperados, nos termos e condições dos contratos firmados pela cooperativa com terceiros, mas os associados já são contribuintes como profissionais autônomos, pagando o ISS, individualmente, na forma da legislação própria (tributo fixo).

Não importa que os pagamentos dos preços sejam feitos, pelas entidades conveniadas, diretamente à cooperativa, pois esta os repassa a seus associados, mediante retenção de uma parcela de 5%, a título de despesas administrativas.

Dentro da pureza do sistema cooperativista a cooperativa de médicos não está sujeita à incidência do ISS, quer porque suas atividades não constituem serviços tributáveis, quer porque o seu estabelecimento não configura empresa a que alude o art. 8º do DL nº 406/68, ao menos, enquanto a lei complementar referida no art. 146, III, e da Constituição Federal não modificar a situação jurídica vigente.

5. O dispositivo em questão está recepcionado pela constituição de 1988 por força do disposto no seu art. 146, III, *a*.

Porém, isso não quer dizer que a cooperativa de médicos jamais poderia sujeitar-se ao pagamento do ISS.

Primeiramente, a própria legislação cooperativista permite, excepcionalmente, a prática dos atos de mercancia pelas cooperativas.

As cooperativas agropecuárias e de pesca, por exemplo, poderão **adquirir produtos de não associados** para completar lotes destinados ao cumprimento de contratos ou suprir capacidade ociosa de suas instalações industriais (art. 85 da Lei nº 6.764/71).

Por outro lado, as cooperativas em geral *poderão fornecer bens e serviços a não associados*, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a legislação cooperativista (art. 86 da Lei nº 5.764/71).

Os resultados dessas operações atípicas deverão ser "**contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para a incidência de tributos**" (art. 87 da lei nº 5.764/71).

Logo, dentro da própria legislação cooperativista é possível à cooperativa de médicos prestar serviços a terceiros, recebendo os respectivos preços. Aliás, algumas cooperativas dispõem de consultórios, equipamentos e aparelhos médicos, ainda que, segundo disposições estatutárias, para uso exclusivo de seus associados.

Quando a cooperativa prestar serviços médicos, dando execução aos convênios firmados, quer por via de seus empregados-médicos, quer por via de seus associados, percebendo, de per si e para si, os preços respectivos, estará se posicionando como sujeito passivo do ISS. Nessa hipótese, é irrelevante o fato de o associado, que tenha prestado o serviço em nome da cooperativa, já ser contribuinte do ISS, individualmente.

Outrossim, é notório o crescimento das cooperativas de médicos, algumas delas, assumindo características de empresas do gênero.

Assim, a exemplo do que ocorre com as instituições de educação e de assistência social, no campo da imunidade, é necessário que seja examinado cada caso concreto, para saber se uma cooperativa de médicos não desvirtuou a finalidade em função da qual a lei outorgou um tratamento privilegiado.

São elementos relevantes, dentre outros, para detectar a atividade tributável das cooperativas de médicos:

- a) a própria denominação da sociedade cooperativa;

b) os dados contidos no CCM;

c) o local e características do estabelecimento da cooperativa;

d) a existência de infra-estrutura material e de pessoal para prestação de serviços médicos;

e) a existência de contratos de prestação de serviços médicos firmados pela cooperativa com redes hospitalares, associações e empresas em geral;

f) a contabilidade da cooperativa, abrangendo receitas e despesas.

Tais elementos, entretanto, se analisados separadamente, constituem meros indicadores de que a cooperativa desenvolve ou está em condições de desenvolver atividade lucrativa. Nenhum deles, isoladamente, saldo o da letra *f* comprova plenamente a efetiva prestação de serviços médicos pela cooperativa.

A denominação da cooperativa, fazendo alusão a nomes de clínicas ou hospitais, por si só, nada significa. Geralmente tem o propósito de captar trabalho a seus associados.

Os dados contidos no CCM, também, não retratam a realidade; é comum constar, no CCM, como ramo de atividade as especialidades exercidas pelos associados, sem que, a sociedade explore, de per si, o ramo da medicina.

O local e o tipo de edificação onde está sediada a cooperativa, isoladamente, não comprova a prática de atividade lucrativa, pois nada impede de a sociedade possuir uma enorme sede, em lugar bem localizado, só para desenvolver os serviços de captação de trabalho para seus cooperados, e, para utilização de seus associados.

A existência de infra-estrutura material, como salas, aparelhos e equipamentos médicos, também, pode ser justificada como sendo de uso exclusivo de seus associados. Já a existência de médicos no quadro de empregados constitui forte indício de que a cooperativa presta ou pretende prestar, de per si, os serviços médicos, pois para desenvolver simples contatos com terceiros, visando a captação de trabalho para associados, não é preciso ser médico.

Os convênios ou contratos de credenciamento firmados, por si só, também, não caracterizam o exercício da atividade remunerada, pois a cooperativa pode estar agindo "como uma mandatária dos cooperados e sem finalidade lucrativa", como bem sublinhou o julgado do 1º TRCIVIL, inserto na RTACSP:RT99/46-49.

Outrossim, se a obrigação tributária é sempre *ex lege* não tem a convenção o poder de exonerar o contribuinte e, nem o de situar o não contribuinte no polo passivo de tributo. Só quem, **efetivamente**, prestar o serviço médico e **perceber o respectivo preço** será o contribuinte do ISS.

Assim, resta a perícia contábil como o único elemento seguro para detectar o exercício de atividade remunerada pela cooperativa de médicos. O exame da contabilidade permitirá saber quem, efetivamente, recebeu os preços dos serviços médicos, prestados por conta dos convênios firmados, bem como, se a "taxa" de administração cobrada, pela cooperativa, de seus associados se limitou à cobertura de despesas administrativas, ou, se representou, em parte, remunerações disfarçadas. Enfim, a perícia contábil poderá detectar indícios relevantes como o crescimento anormal do patrimônio de cooperativa, folha de salários incompatível com a simples prestação de serviços de captação de trabalho para associados, etc., que, conjugados com outros elementos permitirão uma conclusão segura.

Do exposto, concluímos que, em havendo sinais exteriorizadores de que determinada cooperativa está agindo com desvio de sua finalidade, deverá ela ser submetida a uma fiscalização específica, com o exame de sua contabilidade, único critério seguro para comprovar a prática de atividade remunerada pela sociedade cooperativa.

Daí porque, *a priori*, não nos parece correta qualquer uma das teses radicais e antagônicas: a de que a cooperativa de médicos é sempre contribuinte do ISS porque firma e executa contratos de prestação de serviços médicos, ou, a de que não poderia ser sujeito passivo desse imposto, porque, **por definição legal e por disposição estatutária**, não exerce atividade lucrativa.