

A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SOBRE PLANOS DE SAÚDE DE COOPERATIVAS MÉDICAS

Jussan Trombini¹, Jorge Ricardo Decker²

Resumo: As cooperativas médicas, ao comercializarem planos de saúde, passaram a ocupar lugar de destaque na economia brasileira. Nesse sentido, o presente artigo objetiva fazer análise desse tipo de negócio praticado pelas cooperativas médicas, particularmente no que toca às incidências tributárias aplicáveis. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Dessa maneira, toma-se por ponto de partida noções sobre o Sistema Tributário Nacional, o poder de tributar do Estado e os princípios aplicáveis à tributação. Em seguida, faz-se estudo sobre as sociedades cooperativas, introduzindo noções de seus princípios, características, objetivos e os tipos de negócios que pratica. Finalmente, analisa-se a incidência tributária sobre a comercialização de planos de saúde pelas cooperativas médicas. Nesse sentido, conclui-se que a jurisprudência vem autorizando certas deduções na base de cálculo do Imposto sobre Serviços (ISS) incidente sobre planos de saúde, de forma a adequar a aplicação da lei ao ideal de incentivo à associação de pessoas insculpido em nossa Carta Magna.

Palavras-chave: Cooperativas médicas. Planos de saúde. Incidência tributária. Imposto sobre serviços.

1 INTRODUÇÃO

Como sociedades diferentes de qualquer outra em nosso ordenamento jurídico, as cooperativas se distinguem por serem sociedades de pessoas, e não de capital. Portanto, não visam ao lucro, mas ao desenvolvimento e favorecimento das condições do trabalho humano. Dessa forma, foram beneficiadas pelo legislador com regime tributário diferenciado, que ainda encontra acalorada discussão no âmbito jurisprudencial e doutrinário.

Dessa maneira, este artigo pretende, como objetivo geral, analisar a abrangência e a incidência tributária nos planos de saúde ofertados por sociedades cooperativas médicas. Assim, o estudo discute como problema: qual a abrangência da incidência de Imposto sobre Serviços (ISS) na comercialização de planos de saúde por cooperativas médicas? A partir de então, entende-se que a hipótese de tributação mais benéfica, autorizando certos descontos na base de cálculo, deve ser aplicada.

Para esclarecer essas questões, a abordagem da pesquisa é qualitativa, com base em Mezzaroba e Monteiro (2009), e o método, dedutivo, cuja operacionalização se dá por meio de procedimentos técnicos, baseados na doutrina, legislação e jurisprudência. Sendo assim, inicialmente, é abordado o Sistema Tributário Nacional e sua previsão legal dentro do ordenamento jurídico brasileiro como pilar do crescimento e desenvolvimento da vida em sociedade. Na sequência, é dada atenção às sociedades cooperativas à luz da Política Nacional do Cooperativismo, introduzindo características

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIVATES. Servidor público municipal na Prefeitura Municipal de Lajeado/RS. jussan.trombini@lajeado.rs.gov.br

2 Professor do curso de Direito do Centro Universitário UNIVATES. Especialista em Direito. decker@bownet.com.br

próprias, princípios cooperativistas e classificação de seus atos. Por fim, buscar-se identificar quais negócios realizados pelas cooperativas médicas são passíveis de incidir tributação, dando enfoque especial ao ato de comercializar planos de saúde com terceiros estranhos à cooperativa.

2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Ao Estado soberano cabe a tarefa de regular as relações dos indivíduos, fornecer serviços, gerenciar a economia, entre muitas outras que envolvem a atividade estatal. Para a consecução desses objetivos, o Estado necessita de recursos, que são obtidos, dentre outras fontes, dos tributos pagos pelos indivíduos que dentro de seu território estão inseridos. Por isso, antes de aprofundar as questões que envolvem a tributação incidente sobre planos de saúde, esta seção tem como objetivo introduzir os conceitos relacionados ao Sistema Tributário Nacional, à atividade financeira do Estado, aos princípios jurídicos da tributação e ao poder de tributar dos entes federados.

2.1 O Estado e sua atividade financeira

A partir do momento em que se passa a viver em sociedade, também surge a necessidade de entregar certos poderes a uma entidade reguladora superior para controlar as relações entre os indivíduos, conhecida como Estado. Conforme Machado (2002, p. 47), “para viver em sociedade, necessitou o homem de uma entidade com força superior, bastante para fazer as regras de conduta, para construir o direito positivo. Dessa necessidade nasceu o Estado [...]”.

O Estado, por sua vez, para que seja possível fornecer aos cidadãos (que lhe entregaram o poder) os serviços necessários à sua subsistência, assim como promover as melhorias necessárias ao desenvolvimento da nação, necessita de recursos. E, para isso, desenvolve atividade financeira, seja explorando seu patrimônio com o objetivo de lucrar, seja intervindo no setor privado. “Qualquer que seja a concepção de Estado que se venha a adotar, é inegável que ele desenvolve atividade financeira. Para alcançar seus objetivos precisa de recursos financeiros e desenvolve atividade para obter, gerir e aplicar tais recursos” (MACHADO, 2002, p. 48).

O Estado, portanto, é o responsável por arrecadar, distribuir e aplicar os recursos obtidos dos particulares por meio dos tributos. Trata-se de uma relação de troca, em que o particular permite a ingerência do Estado na sua vida particular, na sua vida financeira, a fim de que possa regular a vida em sociedade, movimentando a máquina pública.

2.2 O poder de tributar e competência tributária

Como se sabe, o Estado é entidade soberana que regula os indivíduos que se encontram dentro de seu território. Desse poder soberano, deriva o poder de tributar, por meio do qual o Estado exige de seus indivíduos os recursos necessários ao sustento e manutenção da atividade estatal por meio dos tributos. A respeito desse poder de tributar, Machado Segundo (2012, p. 4) faz a seguinte observação: “Na verdade, as relações jurídicas não se confundem com as relações de poder, e ensejam, sempre, a coordenação de condutas com o necessário equilíbrio das partes envolvidas, quaisquer que sejam”.

O poder de tributar do Estado, por sua vez, é dividido entre os entes federativos, cabendo a cada um (federal, estadual ou municipal) a tributação sobre determinados fatos geradores. É a chamada competência tributária, que se resume à “possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos” (CARVALHO, 2009, p. 235).

Carraza (2011), por sua vez, ao tratar da conceituação da competência tributária, descreve-a como a aptidão para criar tributos *in abstracto*, salientando que, por força do princípio da legalidade,

os tributos são criados por lei (art. 150, I, da CF), a qual deve descrever todos os “elementos essenciais” da norma jurídica tributária.

Portanto, o poder de tributar constitui relação jurídica, em que o indivíduo (contribuinte) deve consentir com o pagamento do tributo (mesmo que de forma indireta) e ter a oportunidade de questioná-lo, baseando-se no ordenamento jurídico vigente, fundamentado nos princípios jurídicos de tributação.

2.3 Princípios jurídicos da tributação

Como nas demais áreas do Direito, a relação tributária também é regida por determinados princípios que visam, sobretudo, a proteger o cidadão dos possíveis abusos que derivam do poder de tributar. Conforme Machado (2010), sendo a relação de tributação uma relação jurídica entre ente tributante e contribuinte, e não simplesmente de poder, é inegável a existência de determinados princípios que objetivam proteger o cidadão contra os abusos do poder. A seguir são demonstrados os princípios que mais importam ao presente estudo.

Insculpido no artigo 150, I, da Constituição Federal (CF/1988), o **princípio da legalidade** refere que nenhum tributo poderá ser instituído, nem aumentado, senão por lei, ou seja, toda e qualquer reformulação tributária, que resulte em aumento ou criação de novos tributos, deverá ser precedida do competente dispositivo legal.

Intimamente ligado ao princípio da legalidade, há o **princípio da anterioridade**, cuja norma geral, constante no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da CF/1988, estabelece que é vedada a cobrança de tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. Nos dizeres de Carraza (2011, p. 202), “o princípio da anterioridade veda a aplicação da lei instituidora ou majoradora do tributo (caso, por exemplo, da que extingue ou reduz isenções tributárias) sobre fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro em que entrou em vigor”.

Aplicado a um conceito mais amplo, nas palavras de Bastos (1978, p. 225), o **princípio da igualdade** consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”. Projetando o princípio em questão na seara tributária, pode-se dizer que garante tratamento tributário igual aos que se encontram em iguais condições, não significando, necessariamente, tratamento igual aos que se encontram em condições diferenciadas.

Muito ligado ao da igualdade já referido está o **princípio da capacidade contributiva**, que ordena que seja observada pelo legislador tributário a capacidade que o indivíduo tem de contribuir sem que o pagamento de determinado tributo acabe trazendo grandes prejuízos econômicos em sua vida financeira ou inviabilizando a atividade econômica.

Por **princípio da vedação do confisco** entende-se que não poderão ser criadas cargas tributárias tão elevadas a ponto de influenciar no patrimônio do particular, cargas exageradas que contenham o objetivo único de diminuir a fortuna do sujeito passivo, de tolher-lhe os bens que possui:

O princípio da não confiscatoriedade limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. Assim, os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riqueza dos contribuintes e, portanto, a não atacar a consistência originária de suas fontes de ganho (CARRAZA, 2011, p. 110).

Isso significa dizer que os tributos devem ser estimados levando-se em conta a capacidade que o contribuinte tem de contribuir, sem que, no entanto, essa contribuição acabe por reduzir seu patrimônio particular: “O tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida” (MACHADO, 2010, p. 47).

3 AS COOPERATIVAS

É sabido que as cooperativas, embora revistam-se de características semelhantes às de outras sociedades empresariais, possuem classificação diferenciada e natureza singular que as diferem de qualquer outro tipo societário existente no direito brasileiro. Dessa forma, esta seção tem o intuito de examinar, em um primeiro momento, as características e os princípios inerentes a sociedades cooperativas em geral, e, posteriormente, identificar os atos cooperativos e a tributação a eles relativa.

3.1 Sociedades cooperativas

As sociedades cooperativas são instituições formadas por pessoas que visam, precipuamente, ao benefício mútuo. Tratam-se de sociedades formadas, geralmente, por uma determinada classe de pessoas, que possuem características e objetivos em comum, que se valem da força associativa para o benefício próprio e comum. O art. 3º da Lei 5.764/1971 assim define sociedade cooperativa: “Celebaram 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”.

Inobstante a conceituação positivada, a doutrina e as instituições também se encarregam de delinear o vocábulo “cooperativa”, a fim de que melhor se possa compreender seu sentido: “Para nós, as cooperativas são sociedades de pessoas, de cunho econômico, sem fins lucrativos, criadas para prestar serviços aos sócios de acordo com princípios jurídicos próprios e mantendo seus traços distintivos intactos” (BECHO, 2005, p. 95).

Portanto, observa-se que a função primária da cooperativa é beneficiar seu associado, provendo-lhe melhores condições de trabalho, maior lucro e autonomia em relação ao mercado:

A atuação em cooperativa é decorrência da noção de que se torna mais fácil executar uma tarefa, realizar um objetivo, negociar, enfim, deter melhores condições de desenvolvimento econômico atuando em conjunto, onde se parte da premissa de que a ajuda mútua é o melhor caminho para o engrandecimento social e econômico de cada um considerado individualmente (BECHO, 2002a, p. 121).

Conforme Lima (1977, p. 50), a sociedade cooperativa consiste em uma espécie de entidade que colabora com seus associados:

[...] ‘sociedade auxiliar’, de caráter institucional, a qual, na condição de ente personificado, existe tão só para prestar serviços aos associados, independentemente da ideia de, como pessoa jurídica, obter vantagem para si, em detrimento do cooperado, investido da dupla qualidade: de associado e utente dos serviços cooperativos.

Em suma, para Becho (2005), pode-se dizer que o objetivo da sociedade cooperativa é eliminar um ou mais intermediários que fazem parte do processo produtivo, tomando para si e para seus associados aquela riqueza que remanesce nas mãos de terceiros. É o exemplo das cooperativas médicas, que visam a eliminar a figura do hospital ou clínica empregadora, prestando o serviço de forma direta ao cliente.

3.2 Princípios do Direito Cooperativo

Para que se possa melhor identificar uma verdadeira sociedade cooperativa, diferente das demais formas de associações previstas pela legislação brasileira, é necessário que sejam verificados

na atuação da cooperativa determinados valores, ideais, requisitos inerentes a toda e qualquer sociedade cooperativa, também conhecidos como princípios do Direito Cooperativo.

O primeiro princípio, da **adesão livre**, estabelece que não podem ser criadas restrições à adesão de novos membros à cooperativa. A importância no livre arbítrio de associar-se e manter-se associado encontra respaldo na CF/1988, em seu art. 5º, inc. XX: “[...] ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Visando ao ideal do bem comum e da ajuda mútua, necessariamente a cooperativa deve ser dotada de **administração democrática** para que o interesse de todos prevaleça. Nesse ponto, Becho (2005, p. 142) ressalta que “a democracia é um ponto sensível para o cooperativismo. Desde os Pioneiros de Rochdale, que estipularam que cada membro participaria das decisões com um voto, essa norma está presente no sistema cooperativo”.

Com o objetivo de valorizar o trabalho e o esforço humano em vez do capital, as cooperativas devem prezar pelo princípio do **juro limitado ao capital**. Isso significa dizer que fica vedado “o pagamento de juros elevados ao capital do associado quando do retorno das sobras líquidas do final do exercício, caso tenha havido aporte do capital na sociedade no período” (MACEI, 2005, p. 29).

Conforme destacado, as cooperativas são sociedades que se afastam do objetivo capitalista do lucro. Tratando-se de sociedades desse tipo, devem dar às sobras (positivas ou negativas) um destino diferente daquele dado pelos outros tipos societários conhecidos. Dessa maneira, verifica-se que a cooperativa não tem como alvo a obtenção de lucro, mas sim o fornecimento de bens ou serviços aos seus associados por um preço justo. Tudo aquilo que sobrar deverá ser **dividido entre os membros cooperados**.

De acordo com o princípio que indica ser responsabilidade **promover a educação**, Becho (2005, p. 157) afirma que “as cooperativas precisam transmitir sua doutrina, como forma de manutenção e evolução do sistema”. Com isso, a legislação cooperativa busca incentivar e promover o cooperativismo por meio das próprias sociedades cooperativas, que devem adotar políticas adequadas à promoção do ideal cooperativista.

3.3 Ato cooperativo e não cooperativo

Para viabilizar os objetivos contidos no estatuto social da cooperativa, é necessário que esta realize certos atos entre seus associados. Para Prado (2004), a esses atos, sem fins lucrativos, que visam a atingir os fins sociais estabelecidos no estatuto da cooperativa é dada a denominação de “ato cooperativo”.

A doutrina classifica o como negócio-fim, ou seja, “aqueles realizados para atingir os objetivos da cooperação” (BECHO, 2005, p. 191). Não constituem operação de mercado, uma vez que “os negócios-fim caracterizam-se, portanto, como os atos cooperativos destituídos da natureza comercial, já que não visam o lucro, nem decorrem de intermediação mercantil” (PERIUS, 2001, p. 86).

Nesse sentido, Becho (2002a) propõe a divisão dos negócios cooperativos em quatro modalidades:

- a) **negócios principais:** também conhecidos por negócios-fim, ou seja, as operações realizadas no seio da sociedade para atingir o fim a que se destina, para atingir seus objetivos sociais;
- b) **negócios essenciais:** denominados negócios-meio, que são negócios realizados pela cooperativa imprescindíveis para que ocorram os negócios principais;
- c) **negócios auxiliares:** possibilitam que a cooperativa possa funcionar como uma empresa, são negócios que dão suporte à cooperativa para que atinja os negócios principais;

d) negócios secundários: também chamados de negócios acessórios, que tratam daqueles negócios não essenciais à cooperativa, dispensáveis, supérfluos, mas que, de certa forma, são úteis e ajudam no desenvolvimento da cooperativa.

Já o ato não cooperativo constitui-se naquele que é praticado pela cooperativa com terceiros, não associados:

Para nós, o ato não cooperativo é aquele ato normal da cooperativa, também chamado de negócio-fim, ou negócio principal, realizado dentro do objetivo social da empresa cooperativa, porém não realizado com associados, mas com terceira pessoa, a partir das autorizações constantes nos arts. 85, 86 e 88 da Lei nº 5764/71. O terceiro não associado é uma pessoa que realiza exatamente o mesmo que um cooperativado, porém sem fazer parte da cooperativa (BECHO, 2005, p. 191).

Dessa forma, aqueles atos praticados pela cooperativa com pessoas estranhas ao seu rol de associados não são considerados ato cooperativo, mas sim um negócio jurídico normal como qualquer outro, sujeito à legislação correspondente ao tipo de relação (comercial, civil, consumerista).

4 INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE COOPERATIVAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE

A grande questão a ser enfrentada é se a comercialização de planos de saúde por parte das cooperativas médicas constitui ou não um ato cooperativo e, por consequência, é passível ou não de tributação pelo ISS. Com base no exposto até aqui, frente à lacuna legislativa e ao questionamento que ainda paira sobre o assunto, buscar-se determinar a abrangência da tributação incidente sobre os atos praticados pelas cooperativas de serviços de saúde, mais precisamente na negociação de planos de saúde, definindo a quais operações a regra tributária é aplicável e quais delas são inatingíveis.

4.1 Aspectos gerais acerca do ISS

É importante destacar o conceito de serviço, que é, segundo Barreto (2012, p. 337), “a prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, mas sem subordinação, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial”.

Dessa forma, entende-se que serviço tende a ser uma prestação de empenho humano, que necessariamente gere riqueza e seja previamente pactuado entre as partes, o que acaba descaracterizando o trabalho em proveito próprio, assim como o trabalho gratuito ou voluntário. Ademais, não há de se falar em subordinação, de forma que estaria assim caracterizada uma relação de trabalho.

Qualquer empresa ou profissional autônomo devidamente registrado, quando presta a outrem algum tipo de serviço com conteúdo econômico, elencado no rol da lista anexa à Lei Complementar (LC) 116/2003, sujeita-se à incidência do Imposto sobre Serviços: “Em síntese, a geratriz da obrigação de pagar ISS consiste na prestação ‘de fazer’ alguma coisa em favor do destinatário, que paga por isso, pressupondo sempre a existência de um prestador e de um tomador” (OLIVEIRA, 2009, p. 22).

Ainda, dois fatores são essenciais para a constituição do ISS a alíquota e a base de cálculo. Oliveira (2009) explica que a quantificação do tributo é aspecto fundamental para constituição do respectivo crédito tributário, de forma que se constrói mediante a definição legal desses dois fatores que se completam e exigem mutuamente: a base de cálculo trata-se de expressão numérica (multiplicando) sobre a qual se aplica o segundo fator (multiplicador), a alíquota.

O Decreto-lei nº 406/1968, e a LC nº 116/2003, em seus respectivos artigos 9º e 7º, definem que “a base de cálculo do imposto é o preço do serviço”. Nesse sentido, aplicarr-se-á o valor bruto

do serviço como base de cálculo, exceto nos casos de serviços na construção civil, em que fica autorizado o desconto na base de cálculo dos valores relativos a materiais de construção fornecidos pelo próprio prestador de serviço, que, por sua vez, é tributado pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A respeito das referidas deduções, o mesmo doutrinador faz interessante observação quando resgata os motivos pelos quais o desconto na base de cálculo aplicado às cooperativas foi vetado pelo presidente da república quando a LC nº 116/2003 foi sancionada:

Aqui cuida lembrar que se vetaram o inciso II do § 2º e todo o § 3º do art. 7º da LC 116/2003 (dedução da base de cálculo do ISS de valores dispendidos com terceiros), o primeiro respeitante às empreiteiras e o segundo, aos planos de saúde operados por cooperativas. Quanto a este (§ 3º), a *ratio essendi* do veto presidencial foi a verificação de distorção tributária no setor, em face de certa concorrência desleal com os demais planos [...] (OLIVEIRA, 2011, p. 147).

Entretanto, em que pese o veto da Lei Complementar 116/2003 na parte em que beneficiava as cooperativas que ofertam planos de saúde, a jurisprudência não tem sido pacífica nesse ponto ao longo dos anos.

Nota-se que o entendimento já se posicionou de forma mais positivista, no sentido de serem vedadas quaisquer reduções ao se definir a base de cálculo sobre planos de saúde, atendendo ao rigor da lei. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PLANOS DE SAÚDE. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR. 'A quantificação da base de cálculo para incidir o ISS a ser pago pelas empresas que exercem atividade de plano de saúde (prestando serviços de assistência médica, hospitalar e laboratorial) é medida pela totalidade do preço mensal pago pelos seus associados, isto é, pela receita bruta sem qualquer desconto.' (REsp 226.747/SP. STJ, 1ª T, Rel. Min. José Delgado, DJU 22.05.00).

Por outro lado, Barreto (2012) salienta que atualmente pode-se encontrar parte da jurisprudência do STJ entendendo que a base de cálculo para o ISS devido por operadoras de planos de saúde deve ser composta pelo valor bruto do serviço, autorizado o desconto dos valores que são repassados ao profissionais quando efetivamente prestam o serviço médico:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS. 1. Discute-se a validade da cobrança do ISS sobre planos de saúde e sua base de cálculo. [...] 5. Ainda que impossível acolher integralmente o pedido principal da contribuinte (não incidência do ISS sobre planos de saúde), é preciso reconhecer parcialmente o seu pleito, no que se refere à base de cálculo da exação. 6. A Segunda Turma ratificou jurisprudência de que a base de cálculo do ISS sobre planos de saúde é o preço pago pelos consumidores, diminuído dos repasses feitos pela contribuinte aos demais prestadores de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios, médicos etc.). Com ressalva de meu entendimento, passo a acompanhar esses precedentes. 7. A empresa pretende afastar totalmente a tributação, pelo argumento de que a base de cálculo reconhecida pelo TJ-SP (preço pago pelo consumidor, sem abatimento) é incorreta. O pedido deve ser parcialmente provido, pois, embora devida a cobrança, o cálculo deve ser feito sobre base menor. [...] 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 1237312/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 24/10/2011).

Sendo assim, via de regra e ao rigor da lei, não há deduções autorizadas para a definição da base de cálculo do ISS incidente sobre planos de saúde, salvo aquelas expressamente previstas em lei. Contudo, é necessário ressaltar, novamente, que o papel do intérprete jurídico não se limita a extrair da norma seu sentido estrito, o comando direto, mas sim compreendê-la em harmonia com todo o ordenamento jurídico, encaixando sua aplicação em conformidade com os valores constitucionais.

Por sua vez, a alíquota constitui o percentual que será aplicado à base de cálculo para se chegar ao quanto de ISS é devido, podendo variar entre o mínimo de 2% e o máximo de 5%.

Ao trazer conceituação para esse fator integrante do cálculo do ISS, Barreto (2012, p. 469) define alíquota como “o fator que, aplicado sobre a base calculada, conduz à determinação da dívida tributária”. Assim, a alíquota, aplicada à base de cálculo, conste em fator essencial para a constituição do crédito tributário. Unindo-se os dois fatores, é possível chegar à quantificação correta e justa do *quantum* devido pelo contribuinte.

4.2 A comercialização de planos de saúde é ato cooperativo?

Ao analisar os objetivos sociais de uma cooperativa de trabalho médico, fica claro que o foco principal dessa reunião associativa reside na oportunidade de fornecer melhores condições de trabalho à classe médica. Conforme antes exposto, trata-se do chamado negócio principal, e também negócio-fim, que materializa os objetivos sociais da cooperativa, constituindo um verdadeiro ato cooperativo.

Contudo, torna-se inviável pensar em uma cooperativa de trabalho médico criada para atender somente médicos cooperados. Nesse ponto, para Becho (2002b), as cooperativas não vivem isoladas do mundo empresarial em que estão inseridas, de forma que não são autossuficientes, nem conseguem extrair tudo o que precisam para sobreviver apenas do sistema cooperativo. É inegável que necessitem se relacionar com o mercado, inclusive por exigência de seus fins institucionais, eis que só assim poderão prestar serviços efetivos aos seus cooperados.

Dessa forma, a captação de clientes por meio da comercialização de planos de saúde não constitui o objetivo da cooperativa, que foi criada para criar melhores condições de trabalho aos médicos. Entretanto, essa prática é considerada um negócio essencial à finalidade da cooperativa. Assim, não é possível imaginar que os médicos possam tirar vantagem do sistema cooperativista sem que, para tanto, possuam clientes que utilizem seus serviços.

Nesse ponto, encontra-se acalorada divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do que seriam considerados típicos atos cooperativos. Defendendo o posicionamento de que a comercialização de planos de saúde não constitui ato cooperativo, Macedo (2011) aduz que quando a cooperativa serve de intermediadora entre o terceiro (cliente) e o cooperado (médico), administrando a comercialização de planos de saúde, caracteriza-se um ato negocial, em que a cooperativa atua como verdadeira sociedade empresária. Dessa forma, não há de se falar em não-incidência tributária, eis que a comercialização de planos de saúde não estaria sob o manto da isenção tributária a que o ato cooperativo faz jus.

Na mesma esteira do posicionamento desse doutrinador, é parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo:

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 5.764/71. 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. (REsp 254.549/CE, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/08/2000, DJ 18/09/2000, p. 105).

Por outro lado, Martins (2010, p. 761), em parecer formulado à Confederação Estadual das Cooperativas Médicas, defendeu que “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 tributado”. Assim, não haveria de se falar em tributação sobre o ato de comercializar planos de saúde, de forma que constitui negócio essencial à concretização dos objetivos sociais pelos quais a cooperativa foi criada. Não se tributa o ato de comercializar planos, mas sim o momento em que o serviço médico for efetivamente prestado.

Dessa forma, é visível a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema em comento. Por um lado considera-se a comercialização de planos de saúde pelas cooperativas um ato essencial à obtenção dos fins a que se propõe. Servindo como mera intermediadora entre o mercado (clientes) e os cooperados (médicos autônomos), estaria configurado verdadeiro ato cooperativo, isento de tributação. Sobre outra ótica, quando realiza essa atividade, se estabelece ato negocial, em que a cooperativa atua como administradora do plano, recebendo do terceiro não cooperado determinado valor para que, em troca, forneça uma gama de serviços e profissionais credenciados à cooperativa, resultando disso um ato não cooperativo, passível de tributação pelo ISS.

4.3 Incidência do ISS e o *non bis in idem*

Em que pese não constar expressamente em nossa Constituição Federal, a dupla exação sobre um mesmo sujeito passivo e um mesmo fato gerador é, via de regra, vedada, pois acaba por ferir os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

Aplicando a vedação genérica do *bis in idem* ao caso dos planos de saúde comercializados por cooperativas médicas, observa-se que quando a base de cálculo tomada para quantificação do tributo devido é o preço bruto do serviço, ou seja, a totalidade do preço pago pelo terceiro para aderir ao plano, é tributado, além do valor recebido a título de administração do plano, aquele destinado a ressarcir o trabalho dos médicos cooperados. No entanto, essa parcela recebida pelos médicos já é tributada pelo ISS quando efetivamente prestam o serviço diretamente ao terceiro.

Tributar o valor repassado pela cooperativa aos médicos e ainda aquele recebido pelo serviço médico prestado acarreta em *bis in idem*, ou seja, o médico e a cooperativa (que se confundem nas mesmas pessoas) são tributados duas vezes pelo mesmo serviço (prestação de serviço médico).

A respeito da dupla tributação, merecem destaque estas palavras:

Outrossim, quem presta serviços especializados para terceiros é (no caso) o médico cooperado, que concretiza o suporte fático previsto na norma tributária e por isso recolhe o ISS na condição de profissional autônomo. Querer tributar a cooperativa pela prestação de serviços de assistência médica afigura despropósito lógico-jurídico e execrável *bis in idem* (BECHO, 2002b, p. 141).

Segundo Barreto (2012), ao tratar da questão de cumulatividade do ISS, a questão deve se concentrar na própria materialidade do tributo, ou seja, naquilo que constitui a geratriz da obrigação de pagar ISS. Bem verdade que o ISS incide sobre a prestação do serviço, e não sobre o contrato que o autoriza. Dessa forma, só poderá haver exigência do tributo diante da concreta prestação do serviço. Nota-se que há vários prestadores, mas um só serviço.

4.4 ISS e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) incidentes sobre planos de saúde

Existe, ainda, divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica dos planos de saúde comercializados pelas sociedades cooperativas, podendo ser classificados como contratos de prestação de serviços de saúde (pelos médicos cooperados) ou contratos de seguro-saúde.

O grande diferencial entre um e outro é a obrigação resultante do contrato. No contrato de prestação de serviços de saúde, evidencia-se a “obrigação de fazer”, ou seja, o cliente paga determinado valor para ter à sua disposição os serviços fornecidos pela cooperativa. No entendimento de Oliveira (2011), o ISS grava em sua essência a obrigação “de fazer”, de forma que a prestadora do serviço tem obrigação de fazer algum serviço ao tomador. Em outras palavras, a cooperativa tem obrigação de fornecer sua rede de serviços médicos, hospitalares e clínicos ao cliente que opta por aderir ao plano de saúde ofertado em troca da mensalidade paga.

Já no contrato de seguro-saúde, evidencia-se um contrato de risco entre as partes. Nesse caso, a cooperativa tem o dever de ressarcir as despesas realizadas pelos clientes quando necessitam utilizar os serviços médicos e hospitalares que fazem parte de sua rede de atendimento. O resultado dessa compreensão é a caracterização de uma obrigação “de dar”, e não “de fazer”. Dessa forma, não incidiria ISS sobre esses negócios realizados pelas cooperativas, mas sim IOF, que alcança os contratos de seguro-saúde:

A obrigação assumida pela empresa de planos de saúde consiste em ressarcir gastos, vale dizer, em repor certa soma de dinheiro que deveria ser despendida pelos seus clientes. Não se obriga, em nenhum momento, a fazer alguma coisa. Ao contrário, limita-se a um dar. E, como se sabe, só cabe ISS diante da obrigação de fazer; nunca de dar (BARRETO, 2012, p. 426).

Entretanto, o entendimento do STJ acerca da incidência de IOF em vez de ISS aponta no sentido de que dito imposto só deverá incidir quando as cooperativas praticarem a venda de planos de saúde com o intuito de lucrar, o que acaba fugindo dos objetivos sociais perseguidos por esse tipo de associação. Para ilustrar o caso, segue ementa de julgamento do Recurso Especial 615.555/MG:

ISS. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. 1. A Primeira Turma firmou o entendimento no sentido da incidência do ISS sobre valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde. 2. Ressalva do posicionamento no sentido de que essas entidades não exercem qualquer espécie de serviço ou fornecimento de mão-de-obra, mercê de não visarem o fim lucrativo ensejador da incidência. A forma de associação corporativa implica em impor a obrigação tributária aos médicos cooperativados pelos serviços que prestam. 3. Acaso as cooperativas empreendam a venda de planos de saúde com o intuito de lucro devem pagar IOF, excluído, portanto, o ISS, pela ausência de tipicidade do fato gerador e pela interdição de que o mesmo fato possa sustentar duas exações. Ressalva do entendimento do relator. 4. Recurso especial provido. (REsp 615.555/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 130).

Contudo, em que pesem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, é evidente que a cooperativa, de certa forma, presta algum serviço ao terceiro que adere ao plano de saúde comercializado, seja disponibilizando uma rede de serviços, seja prestando o atendimento necessário à utilização e administração inerente à prestação do serviço.

4.5 Tributação pelo ISS sobre atos cooperativos e não cooperativos

Depois de delineados os principais fatores que influenciam na tributação sobre operações realizadas pelas cooperativas médicas, cabe analisar quais atos realizados por elas, entre cooperativos e não cooperativos, são passíveis de incidência de ISS.

Conforme já explanado, existem atos cooperativos *stricto sensu*, via disposição da lei, como aqueles exercidos entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para consecução dos objetivos sociais, assim como o serviço em proveito próprio, que, por não exteriorizar riqueza, não é passível de tributação. Sendo assim, o serviço que se enquadra na definição de ato cooperativo não seria passível de tributação.

Tendo em vista que a finalidade precípua de uma cooperativa é essencialmente prestar serviços aos seus associados, que, por natureza, são também usuários de seus serviços, resta evidente que o ato cooperativo nada tem de tributável:

A cooperativa, na prática de atos cooperativos, somente presta serviços aos próprios associados que, por princípio, são também usuários. Destarte, realiza operação interna, sem fim lucrativo, do que se conclui não há contraprestação onerosa, ou seja, remuneração paga pela utilidade proporcionada, a esse serviço realizado que fazemos referência. Assim, inexistente remuneração pelo serviço prestado a título de ato cooperativo, não há preço (BECHO, 2002b, p. 136).

Por essa ótica, o ato cooperativo não pode ser tributado pelo ISS, na medida em que não se verificam nele os requisitos para que o referido imposto se faça incidir. Importante retomar aqui as correntes doutrinárias que entendem ser a comercialização de planos de saúde verdadeiros atos cooperativos, no ponto em que são essenciais à obtenção dos fins sociais a que a cooperativa se destina. Dessa maneira, estariam fora do campo de incidência do ISS.

O caminho se mostra mais turbulento quando se analisa sua incidência nos chamados atos não cooperativos realizados pelas cooperativas com terceiros, estranhos a seu quadro de associados. Em verdade, os atos não cooperativos, diferentemente dos cooperativos, exteriorizam riqueza sim, de forma que traduzem a remuneração por terceiros dos serviços realizados pela cooperativa. Nos atos não cooperativos existem de forma mais clara e distinta as figuras do tomador e do prestador, de forma a possibilitar a quantificação do preço do serviço.

Portanto, percebe-se que os atos considerados cooperativos não podem ser tributados pelo ISS ante a falta de suporte fático necessário a se fazer incidir o tributo em questão. Todavia, o mesmo não ocorre com os atos não cooperativos, que não estão cobertos pela falta de requisitos assim como o ato cooperativo, permitindo que sobre eles se faça incidir o ISS.

5 CONCLUSÃO

A sociedade, como um todo, está pautada na convivência humana, nas inter-relações que o ser humano é capaz de realizar e as consequências delas decorrentes. A partir desse ponto de vista, é louvável a iniciativa do legislador em apoiar a associação de pessoas, o desenvolvimento do trabalho humano, do esforço físico, por meio do incentivo ao enriquecimento das qualidades humanas.

Bem verdade que os ideais cooperativistas são construções modernas, que ainda causam algumas dúvidas por parcela da sociedade. Isso acaba refletindo, diretamente, na seara jurídica. A partir de então, ganha papel fundamental o intérprete jurídico, que deve analisar a legislação inerente ao tema para definir sua correta aplicação.

Diante da análise do problema proposto para o estudo – qual a abrangência da incidência de ISS na comercialização de planos de saúde por cooperativas médicas? –, pode-se verificar que a hipótese de tributação mais benéfica às cooperativas é a que melhor se configura, visto que atualmente a tributação sobre planos de saúde comercializados por cooperativas médicas vem sendo mitigada pela jurisprudência, que autoriza a dedução dos valores repassados aos profissionais cooperados, incidindo a tributação pelo ISS somente sobre a taxa de administração do plano.

Entretanto, em virtude da falta de definição expressa em lei e inobstante à definição de ser a comercialização de planos de saúde um ato cooperativo ou não, existem outros fatores que apontam para tributação mais benéfica em prol das sociedades cooperativas. O fato de que, em princípio, é vedado tributar o mesmo fato gerador mais de uma vez (chamado de *non bis in idem*) implica dizer que não se pode tributar o valor que seria repassado ao médico em dois momentos: quando a cooperativa comercializa o plano de saúde (por meio do pagamento da mensalidade) e quando o médico efetivamente presta o serviço.

Portanto, conclui-se que o entendimento jurisprudencial de que a comercialização de planos de saúde não constitui ato cooperativo, eis que realizado com pessoas estranhas à cooperativa, faz sentido. Com relação à tributação sobre esses negócios, o entendimento é de que a incidência de ISS deve se dar apenas sobre parte do valor contratado, ou seja, na apuração do dito imposto deverá ser levado em conta como preço do serviço o valor total pago a título de mensalidade, descontado o valor repassado aos médicos quando efetivamente prestam o serviço. Importante ressaltar, nesse ponto, a necessidade de maior adequação por parte das administrações públicas na arrecadação do ISS sobre os profissionais autônomos (médicos). Isso porque, geralmente, costumam utilizar alíquotas engessadas que não permitem a correspondência direta entre a quantidade e o valor de serviço prestado e o tributo a ser pago. Aplicando regramentos mais adequados e considerando as peculiaridades inerentes às sociedades cooperativas, será feita justiça fiscal, engrandecendo o valor da associação de pessoas e do trabalho humano e potencializando de forma correta a arrecadação municipal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.764 de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 226747. Recorrente: Município de Fortaleza. Recorrido: UNIMED de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Relator: Min. José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 13 abr. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil e Tributário. Recurso Especial n. 1237312 . Recorrente: Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. Recorrido: Município de São Paulo. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, 20 out. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 254549. Recorrente: Município de Curitiba. Recorrido: Cooperativa Paranaense dos Anestesiologistas Ltda - COPAN. Relator: Min. José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 17 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 615555 . Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Cooperativa de Trabalho dos Médicos do Hospital das Clínicas da UFMG e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 21 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sociedades cooperativas de prestação de serviços médicos – conceito de ato cooperativo. **Doutrinas essenciais de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 2, p. 761, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca/revista-dos-tribunais-online>>. Acesso em: 02 maio 2014.

BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário municipal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BECHO, Renato Lopes. **Elementos do Direito Cooperativo**. São Paulo: Dialética, 2002a.

_____. **Problemas atuais do Direito Cooperativo**. São Paulo: Dialética, 2002b.

_____. **Tributação das Cooperativas**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Reginaldo Ferreira. **Direito Cooperativo Tributário: comentários à lei das sociedades cooperativas**. São Paulo: Max Limonad, 1977.

MACEI, Demetrius Nichele. **Tributação e ato cooperativo**. Curitiba: Juruá, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. **Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERIUS, Vergílio Frederico. **Cooperativismo e lei**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

PRADO, Flávio Augusto Dumont. **Tributação das cooperativas: à luz do direito cooperativo**. Curitiba: Juruá, 2007.