

Fernanda Sue Watanabe

**POSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO PELO ISSQN DE  
PLANOS DE SAÚDE OPERADOS POR AUTOGESTÕES  
NÃO-PATROCINADAS**

BELO HORIZONTE

2007

Fernanda Sue Watanabe

**POSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO PELO ISSQN DE  
PLANOS DE SAÚDE OPERADOS POR AUTOGESTÕES  
NÃO-PATROCINADAS**

Monografia apresentada como  
requisito para conclusão do curso  
de pós-graduação em Direito do  
Centro de Estudos na Área Jurídica  
Federal – CEAJUFE

Orientadora: Profa. Daniela Victor  
de Souza Melo

---

BELO HORIZONTE

2007

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Profa. Daniela Victor de Souza Melo, que gentilmente aceitou a orientação deste trabalho e me ajudou com muita presteza e dedicação;

À minha família, que sempre me incentiva e me apóia em minha carreira;

À Miriam M. C. Oliveira, parceira nos trabalhos e responsável pelo meu ingresso no Curso;

Aos meus colegas Milton Alves e Roberto Thompson, que me forneceram os argumentos básicos para desenvolvimento da Monografia;

Aos meus chefes, Alexis e José Rogério, cujo convite para trabalhar na Junta de Julgamento Fiscal da PBH me proporcionou o contato com diversos temas polêmicos da tributação municipal, inclusive com o tema desta Monografia;

À Mônica Veado Melo, que me ajudou na composição do Abstract;

A todos os colegas da 5ª e 6ª Turma do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário do CEAJUFE, especialmente aos Auditores de Tributos Municipais da PBH;

Aos professores e funcionários do CEAJUFE.

## **RESUMO**

Este trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade de tributação pelo ISSQN de planos de saúde operados por autogestões não-patrocinadas, através de revisão da literatura, da doutrina e da jurisprudência pertinentes ao assunto. Para tanto, verificou-se se os planos de saúde possuem os elementos necessários à materialidade da hipótese de incidência do imposto, notadamente, obrigação de fazer, sem subordinação, que proporciona utilidade a terceiros, remunerada, sob regime de direito privado. Especificamente em relação às autogestões não-patrocinadas verificou-se se as mesmas são entidades protegidas pela imunidade tributária, se a ausência de finalidade lucrativa é fator impeditivo para a incidência do imposto e se elas prestam serviços para terceiros ou “auto-serviços”. Concluiu-se pela possibilidade de tributação pelo imposto municipal.

## **ABSTRACT**

This paper aims to argue the possibility of taxing health insurance which is managed by self-managed and non-profitable institutions, through the review of the literature and the jurisprudence concerning the subject. The main issues discussed were whether the health insurance has the elements required to the service tax, mainly if it comprises the “obligation of doing”, which means providing utilities to others by labor, without subordination, in exchange of payment and under the civil law premises. In regard to what is specifically concerned to the non-profitable and self-managed institutions, the paper discusses they are tax-free and if their non-profitable character are obstacles to the taxation. Also it was discussed whether they provide utilities by serving others or they perform ‘self-services’. The conclusion of this paper is that the service tax indeed can be imposed to this activity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1) PLANO DE SAÚDE E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS</b> .....	13
1.1) <b>Conceito de serviços tributáveis pelo ISS</b> .....	13
1.2) <b>Plano de saúde e sujeição ao ISS</b> .....	18
<b>2) PLANOS DE SAÚDE OPERADOS POR AUTOGESTÕES NÃO-PATROCINADAS</b> .....	29
2.1) <b>Onerosidade dos contratos x ausência de finalidade lucrativa</b> .....	29
2.2) <b>Auto-serviços x serviços prestados para o mercado de consumo nos termos do CDC</b> .....	39
<b>CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	48

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1.988, em seus art. 6º, 194 e 196, alçou a saúde à condição de direito social integrante da seguridade social, direito de todos e dever do Estado, assegurado através de políticas sociais e econômicas. Entretanto, por ser o financiamento dos produtos e serviços necessários à promoção à saúde extremamente caro, admitiu a participação da iniciativa privada na sua execução, em caráter suplementar.

Nesse contexto, adquirem grande relevância os planos de saúde operados por instituições de direito privado que se valem de fundos comuns, mantidos com contribuições individuais ou patrocinadas, para cobrir despesas decorrentes dos agravos à saúde de seus associados.

Pela Lei 9.656/98, com redação dada pela Medida Provisória 2.177- 44, os planos de saúde e as entidades que assumem a obrigação de fornecê-los são definidos como:

“I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”

Dessa forma, ao lado das operadoras ditas comerciais, ou seja, que vendem planos de saúde no mercado, atuam no segmento as chamadas entidades de autogestão, que são as instituições ou empresas que constituíram o seu próprio plano de saúde, criando e administrando fundos próprios para assegurar a assistência à saúde. Segundo GAMA (2.003, p.6), a autogestão é caracterizada por três elementos

principais: gestão própria; assunção dos riscos pela variação dos custos de assistência de saúde; massa delimitada de usuários.

Nos termos legais, entidades de autogestão<sup>1</sup> são aquelas que operam serviços de assistência à saúde destinados, exclusivamente, a empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados.

As autogestões "deverão possuir gestão própria através de órgãos internos das empresas, entidades sindicais, ou através de entidade jurídica de direito privado, sem finalidade lucrativa, estabelecida precipuamente para este fim ou ainda através de fundações, sindicatos, caixas ou fundos de previdência fechada"<sup>2</sup>

No que diz respeito à organização jurídico-institucional, as empresas de autogestão, portanto, devem: a) constituir uma entidade jurídica separada da empresa, organizadas em caixas, fundos previdenciários, associações, fundações ou outros; ou b) não constituir pessoa jurídica separada da empresa empregadora; nesse caso estão diretamente ligadas ao departamento de benefício das empresas.

A gestão do plano de assistência médico-hospitalar pode ser feita ou pela empresa empregadora e pelos funcionários, ou somente pela empresa empregadora, ou apenas por representantes dos funcionários. Nas caixas e fundações é costume haver uma instância delegada com representantes da empresa empregadora e dos empregados. Já os planos de departamento de benefício das empresas não incorporam os empregados em sua gestão. Por fim, os planos de entidades jurídicas paralelas, ligados a associações de classe e sindicatos, são geridos exclusivamente por representantes dos empregados.

---

<sup>1</sup> Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) n.º 39/00 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

<sup>2</sup> Resolução Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) n.º 05/88 da ANS.

Os planos podem ser custeados integral ou parcialmente pela entidade que opera plano próprio ou o contrata junto a terceiros, sendo denominados planos com patrocinador<sup>3</sup>; ou podem ser financiados pelos empregados e/ou associados das entidades, sendo denominados planos sem patrocinador. Na primeira situação, trata-se em geral de empresas que oferecem planos de saúde aos empregados como forma de salário indireto. Na segunda, encontram-se geralmente caixas de assistência e fundos previdenciários (de empregados de empresas públicas e estatais).

Segundo GAMA (2003, p.60 a 62):

“As entidades jurídicas paralelas – mais exemplarmente, as caixas e as entidades de previdência fechada – são uma forma de organização dos trabalhadores que objetiva a manutenção e a criação de proteção social diferenciada, o que inclui benefícios previdenciários e assistência médica, os quais são utilizados de forma complementar ao sistema público (BAHIA, 1999a, *Op. cit.*).

Em geral, o financiamento desses benefícios é feito mediante contribuição da empresa empregadora – que arca com a maior parte do financiamento – e dos funcionários.

Do ponto de vista da operacionalização do benefício, as entidades paralelas funcionam como uma operadora do mercado, atendendo os seus participantes mediante a compra de serviços médicos, hospitalares e laboratórios. Entretanto, algumas delas combinam a contratação desses serviços ao mercado com serviços próprios, principalmente ambulatoriais. A delimitação da massa de participantes e a ausência de lucro do capital são aspectos da diferenciação entre essas instituições e as outras operadoras de saúde que atuam no mercado.

(...)

Em geral, essas entidades possuem um Estatuto que regulamenta sua relação com a empresa patrocinadora, definindo desde a forma de patrocínio do benefício, a eletividade dos participantes, até o modo de tomada de decisões.

---

<sup>3</sup> Resolução CONSU n.º 14/98 da ANS.

Perante o mercado de prestadores de serviços médicos e hospitalares, a entidade jurídica paralela é a responsável pelo cumprimento dos compromissos por serviços prestados aos participantes do plano tanto na rede de médicos quanto nos hospitais, laboratórios e serviços especializados. Também é responsável pela gestão do benefício, que costuma ocorrer por intermédio de entidade colegiada formada com a participação de funcionários e da empresa patrocinadora.

(...)

Atualmente, a discussão em torno da definição do conceito de autogestão está vinculada ao processo de regulamentação do setor suplementar de saúde, uma vez que a atual legislação também o incluiu no conjunto de empresas que operam planos de assistência médico-hospitalar, apesar de isentá-las do cumprimento de algumas exigências legais. Como foi dito anteriormente, as diferenças entre as operadoras de mercado e as autogestões estariam principalmente no fato de estas não serem uma modalidade comercial, não terem o lucro como objetivo. Entretanto, em um mercado cada vez mais competitivo, a regulamentação do setor, ao isentar a autogestão de algumas obrigações que as outras operadoras do setor devem cumprir, faz com que a conceituação de autogestão seja necessidade e exigência do próprio mercado.”

GAMA (2.003, p. 51 e 52) destaca ainda o fato de que as entidades de autogestão apresentam como principais vantagens o aspecto não lucrativo de suas operações - o que resulta em mecanismos de controle de custos mais eficazes -, eliminação de intermediário entre o usuário e o prestador de serviço de saúde, a possibilidade de criação de planos personificados para a massa de usuários de cada entidade, participação do usuário na estruturação do plano.

FERNANDES NETO (2002, p. 100) também chama atenção para o fato de que o setor de autogestão é o que tem conseguido melhores resultados na administração dos recursos captados, oferecendo coberturas mais amplas por preços inferiores aos de operadoras de outros segmentos.

As entidades de autogestão respondem hoje por cerca de 15% dos beneficiários<sup>4</sup> de planos de saúde brasileiros e representam também cerca de 15% das operadoras registradas na Agência Nacional de Saúde (ANS), responsável pela regulamentação e fiscalização do setor (ANS, 2006). A maioria dos planos de

---

<sup>4</sup> Beneficiários aqui conceituados pela ANS como vínculos aos planos de saúde, podendo incluir vários vínculos para o mesmo indivíduo

autogestão, 80,7%, é custeada pelo beneficiário e pela empresa empregadora; 14,5% são custeados integralmente pelo beneficiário; e somente 4,8% são custeados exclusivamente pela empresa empregadora (COMITÊ DE INTEGRAÇÃO DAS ENTIDADES FECHADAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - CIEFAS, 2000). A receita operacional anual por elas auferida em 2.005 ultrapassou R\$ 3.000.000.000,00, sendo que a despesa tributária representou cerca de 22% das despesas totais dos planos operados por autogestões.<sup>5</sup> No caso das autogestões não-patrocinadas, em 2.005, a receita das contraprestações pecuniárias alcançou o montante de R\$ 734.307.214,00, representando 2,1% das contraprestações auferidas pelas operadoras de plano de saúde, enquanto as despesas totais chegaram ao montante de R\$ 796.804.112,00.<sup>6</sup>

Diante de tal conjuntura, a possibilidade de tributação dos planos de saúde pelo Imposto sobre Serviços apresenta-se altamente interessante para os Municípios, já que uma característica presente nos contratos de planos de saúde é sua onerosidade, nos quais o usuário, ou alguém por ele, paga pelos serviços (FERNANDES NETO, 2.002, p. 139). Por outro lado, para as operadoras, a tributação implicaria aumento dos custos, a ser repassado aos usuários.

A tributação dos planos de saúde pelo Imposto sobre Serviços (ISS) foi introduzida no ordenamento tributário brasileiro através da Lei Complementar 56/87, cuja Lista de Serviços assim dispôs:

#### **“LISTA DE SERVIÇOS**

Serviços de:

(...)

5 - Assistência médica e congêneres previstos nos itens 1, 2 e 3 desta Lista, prestados através de planos de medicina de grupo, convênios, inclusive com empresas para assistência a empregados.

6 - Planos de saúde, prestados por empresa que não esteja incluída no item 5 desta Lista e que se cumpram através de serviços prestados por terceiros, contratados pela empresa ou apenas pagos por esta, mediante indicação do beneficiário do plano.”

---

<sup>5</sup> Pesquisa Nacional 2.005. Unidas União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde.

<sup>6</sup> Caderno de Informações Suplementares. ANS, 2006.

Posteriormente, a Lei Complementar 116/03 veio a confirmar a previsão legal da incidência do tributo sobre a atividade:

“4 – Serviços de saúde, assistência médica e congêneres.

(...)

4.22 – Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres.

4.23 – Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.”

A despeito de tal previsão de incidência, intensa é a discussão jurídica sobre a possibilidade de tributação do imposto municipal sobre a atividade, já que parte da doutrina questiona até mesmo se estão presentes os pressupostos típicos que caracterizam serviço.

No caso específico dos planos de saúde não patrocinados, mas operados por entidades civis sem fins lucrativos, outras questões polêmicas emergem: pelo fato de terem se constituído com a finalidade de fugir às regras de mercado, de forma a possibilitar menores custos e atendimento diferenciado, ainda assim estão sujeitos à tributação pelo ISS? A ausência de finalidade lucrativa de suas operadoras as exonera do campo de incidência do imposto? E, uma vez que devem ser constituídas pessoas jurídicas separadas, com a finalidade exclusiva de gerir os planos, trata-se de serviços prestados a terceiros ou auto-serviços?

Este trabalho, portanto, tem o objetivo de discutir a possibilidade de tributação pelo ISSQN de planos de saúde não patrocinados, operados por autogestões, ou seja, de planos de saúde que são parcial ou integralmente custeados pelos usuários. Estão excluídos da discussão os planos de saúde patrocinados, ou seja, em que não há contribuição do usuário (empregado), visto tratar-se de salário indireto, já que todo o custo é coberto pela empresa patrocinadora (empregadora).

Destaca-se que está fora do escopo da presente monografia a discussão sobre questões de justiça ou conveniência sobre a tributação, sendo o objetivo meramente a discussão sobre a existência ou não dos pressupostos de incidência da tributação dos planos de saúde pelo ISS.

Para a realização do trabalho foi feita revisão da literatura, da doutrina e da jurisprudência relativas ao tema abordado. É importante destacar as dificuldades na obtenção de dados confiáveis e oficiais do setor, já que a ANS conta com dados fornecidos pelas próprias operadoras. Em relação à doutrina e à jurisprudência, o tema específico da autogestão não patrocinada ainda não foi abordado, de forma que nossas conclusões partem de situações próximas, mas não idênticas.

O primeiro capítulo discute o conceito de serviço tributável pelo ISS; a diferença entre seguro-saúde e plano de saúde e se os planos de saúde são serviços sujeitos ao imposto municipal.

O segundo capítulo trata da possibilidade de desoneração dos planos de saúde por meio da imunidade tributária e da ausência de finalidade lucrativa das autogestões como fator impeditivo ao ISS.

O terceiro capítulo aborda se os planos de saúde geridos por autogestões configuram serviços para terceiros ou auto-serviços.

Por fim, são expostas as conclusões alcançadas por meio do presente estudo.

## **1) PLANO DE SAÚDE E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

### **1.1) Conceito de serviço tributável pelo ISS**

A tributação dos serviços de qualquer natureza pelos municípios, nos termos do art. 156, III, da Constituição Federal de 1.988, trouxe grande polêmica quanto ao alcance do termo “serviços”.

Há doutrinadores que advogam que deve-se buscar, para a imposição do tributo, o conceito econômico, de forma que o ISS deve incidir sobre a circulação de bens imateriais, em contraposição à circulação de bens materiais, tributada pelo ICMS. Outra corrente defende que a definição de serviço tributável pelo ISS corresponde à prestação de serviço tipificada pelo Código Civil Brasileiro, em que a obrigação de fazer prevalece sobre a obrigação de dar.

Alinhando-se à primeira corrente, MORAES (1.984, p. 98) define que:

"A noção de serviço (objeto do ISS) não pode ser confundida com a simples prestação de serviços (contrato de direito civil que corresponde ao fornecimento de trabalho). O conceito de serviço nos vem da economia, do trabalho como produto. De fato, o trabalho, aplicado à produção, pode dar classes de bens: bens materiais denominados material, produto ou mercadoria e bens imateriais conhecidos como serviços. Serviço, assim, é expressão que abrange qualquer bem imaterial, tanto atividades consideradas de prestação de serviços...como as demais vendas de bens imateriais (v.g.: atividade do locador de bens móveis, do transportador, do albergueiro, do vendedor...)."

“Serviços, portanto, vêm a ser o resultado da atividade humana na criação de um bem que não se apresenta sob a forma de bem material, *v. g.*, a atividade do transportador, do locador de bens móveis, do médico etc.

O conceito econômico de ‘prestação de serviços’ (fornecimento de bem imaterial) não se confunde e nem se equipara ao conceito de ‘prestação de serviços’ do Direito Civil, que é conceituado como fornecimento apenas de trabalho (prestação de serviços é o fornecimento, mediante remuneração, de trabalho a terceiros). O conceito econômico, não se apresentando acanhado, abrange tanto o simples fornecimento de trabalho (prestação de serviços do Direito Civil) como outras atividades, *v.g.*; locação de bens móveis, transporte, publicação, hospedagem, diversões públicas, cessão de direitos,

depósitos, execução de obrigações de não fazer, etc. (vendas de bens imateriais).” (*op. cit.* p.42)

No mesmo diapasão, MARTINS (2004, p. 42) entende serviço como bem imaterial na etapa da circulação econômica e a prestação de serviços como venda (transferência onerosa) de bem imaterial, podendo consistir em fornecimento de trabalho, locação de bens imóveis ou em cessão de direitos. Para justificar que o ISS é imposto sobre a circulação de bens imateriais, o autor elenca as seguintes razões (*op. cit.* p. 34 e 35):

1) o imposto foi criado pela Emenda Constitucional 18/65, que o classifica no capítulo dos impostos sobre a produção e a circulação;

2) a base de cálculo do imposto é o preço do serviço (art. 7º da Lei Complementar 116/03), elemento (preço) inexistente na fase de produção econômica (quando se tem valores), mas que aparece na fase de circulação;

3) o contribuinte do ISS é o prestador do serviço (art. 5º da LC 116/03), sendo que a prestação de serviços indica fornecimento de trabalho ou direitos a terceiros, através de pagamento, o que ocorre apenas na fase de circulação;

4) a mesma EC 18/65 introduziu o conceito de ‘atividades de caráter misto’, tributáveis tanto pelos Estados-membros como pelos Municípios. Assim, como o antigo ICM recaía sobre a circulação, o ISS deveria onerar a mesma etapa econômica;

5) segundo a CF/88, o ICMS pode onerar a circulação de mercadorias (bens materiais) e de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, cabendo aos Municípios a tributação da circulação de serviços.

O autor (p. 36) ressalta ainda que a Constituição não menciona que o ISS incide sobre obrigação de fazer ou de prestar serviços, mas sobre serviços de qualquer natureza.

Não obstante, a outra linha, que vem predominando na doutrina e foi adotada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, busca no Direito Privado o conceito de

serviço enquanto obrigação de fazer. No Direito Civil Brasileiro, não há conceito de serviço propriamente dito, mas conceito de contrato de prestação de serviços, conceituado como: “aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração” (PEREIRA, 2.004, p. 378). Não se inclui, em seu escopo, a prestação de serviços sob contrato de trabalho, regido pelo Direito do Trabalho, caracterizado pela continuidade, dependência econômica e subordinação. Por outro lado, as características jurídicas próprias do contrato civil de prestação de serviços são: a bilateralidade, a onerosidade e a consensualidade. E são elementos essenciais: o objeto, a remuneração e o consentimento.

Adotando fielmente as noções advindas do Direito Civil Brasileiro, CARVALHO, C. (2.005, p. 618) afirma que a prestação de serviços, contida no critério material da regra-matriz do ISS, é sempre proveniente de um contrato bilateral, de cunho oneroso, regido pelo direito privado e que tem, por prestação, uma obrigação de fazer.

Na mesma linha de entendimento, MELO (2005, p. 36 e 37) argumenta que:

“O cerne da materialidade da hipótese de incidência do imposto em comento não se circunscreve a ‘serviço’, mas a uma ‘prestação de serviço’, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de ‘fazer’, de conformidade com os postulados e diretrizes do direito privado.

Considerando que o direito tributário constitui um direito de superposição, incidindo sobre realidades postas por outros ramos do direito (civil, comercial etc.), torna-se imprescindível buscar o conceito das espécies básicas de obrigações (*dar e fazer*), para delimitar o âmbito do ISS, confrontado com os âmbitos do IPI e do ICMS.

Essa espécie de obrigação (*fazer*) não possui definição e características próprias, configurando-se de modo negativo à outra obrigação (*dar*) (...).

(...)

O tributo não incide unicamente sobre utilidade, comodidade, coisa, bem imaterial etc. A circunstância de no âmbito estadual a CF haver estipulado ‘prestações e serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação’ (art. 155, II – ICMS); e no âmbito municipal haver omitido o

referido vocábulo ('prestações') – só mencionando 'serviços de qualquer natureza' (art. 156, III – ISS) – não significa que também não se estaria cogitando da necessidade de efetiva prestação." (destaques no original)

BARRETO (2.003), também adepto dessa corrente, define serviço como:

“o desempenho de atividade<sup>7</sup> economicamente apreciável, sem subordinação, produtiva de utilidade para outrem, sob regime de direito privado, com fito de remuneração, não compreendido na competência de outra esfera de governo.” (p. 35)

Ou, em outras palavras:

“esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial.” (p. 62)

Chama atenção esse doutrinador para o fato de que só é tributável a prestação de serviço, e não o seu consumo, a sua fruição, a utilidade ou sua utilização.

A Lei Complementar 116/03 trouxe as seguintes definições:

“Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

---

<sup>7</sup> Equivalente a prestação de serviços.

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

§ 4º A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado.

Art. 2º O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País;

II – a prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados;

III – o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, o valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.”

Alguns autores sempre entenderam ilegítima a restrição ao conceito constitucional de serviços, pois a Carta Magna se refere a serviços de qualquer natureza, de forma que, ao limitar o conceito a “prestação de serviços” e, ainda por cima, “constantes em lista anexa”, a lei complementar estaria restringindo o que a Constituição não restringiu.

Entretanto, no que diz respeito à questão em tela, com a disposição do art 1º de que o fato gerador do imposto é a prestação de serviços, os defensores da tese civilista entenderam que seu posicionamento foi reforçado.

Não obstante, os defensores da primeira tese advogam que a LC 116/03 deve ser interpretada (também) sob o critério econômico. ZILVETI (2.004, p. 34 *et seq.*) aponta que o dispositivo legal trouxe, expressa ou expressamente, o tema do critério econômico de interpretação, ao deixar claro no art. 1º, §4º, a intenção de atingir a riqueza sujeito ao imposto, independentemente da denominação dada ao serviço

prestado. Assinala ainda a mesma intenção no art. 2º, parágrafo único, e no art. 4º. Defende que, quando da existência de conflitos entre os princípios constitucionais, no Direito Tributário deve prevalecer o princípio da capacidade contributiva.

BARREIRINHAS (2.004, p.86) define serviço como:

“Serviço tributável por meio do ISS ocorre quando um prestador possibilita a um tomador, mediante preço, a fruição de um bem até então inexistente, ou a fruição limitada de um bem já existente, excluído o serviço incluído na competência tributária de outro ente da federação.”

O autor prossegue discorrendo que o ISS deve ser interpretado em conjunto com o ICMS, pois a idéia do legislador é tributar todos os casos em que há atendimento de necessidades em uma cadeia de fornecimento e consumo, seja de mercadorias ou de serviços. Dessa forma, não se pode confundir serviços de qualquer natureza com a prestação de serviços reduzida à obrigação de fazer, sob pena de agredir-se os princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Em que pesem as divergências doutrinárias, algumas características parecem comuns ao conceito de serviço tributável pelo ISS: proporciona utilidade material ou imaterial; prestado a terceiros, sem vínculo de subordinação; objeto de circulação econômica, ou seja, com conteúdo econômico; prestado em regime de direito privado; definido em Lei Complementar (mediante classificação em Lista de Serviços); não incluído na esfera tributária de outro ente federativo.

### **1.2) Plano de saúde e sujeição ao ISS**

Com base na tese de que serviço sujeito ao ISS requer obrigação de fazer, a maioria da doutrina brasileira não considera que os planos de saúde se caracterizem como prestação de serviço, seja porque estabelecem apenas uma relação contratual – cuja prestação de serviço de saúde pode se materializar ou não - seja porque as empresas que operam planos de saúde contraem obrigação de dar (reembolso dos custos médico-hospitalares), sujeitas ao Imposto sobre Operações Financeiras, e não obrigação de fazer (prestação de serviços médicos):

“Só os médicos (sujeitos passivos) podem prestar assistência médica (aspecto objetivo), matéria tributável, pressuposto do tributo). E os planos de saúde? São apenas instrumentos ou avenças que formulam e viabilizam

contratualmente a execução dos serviços de assistência médica, esses sim, tributáveis pelo ISS.

Plano de medicina em grupo não é prestação de serviço – é apenas uma formalização tipificadora do respectivo contrato. Convênio não é serviço – é apenas uma *'conditio juris'* para a execução dos serviços de assistência médica a que alude o item 5.<sup>8</sup>” (MELO, 2005, p.72)

Esses autores, portanto, entendem que plano de saúde é um tipo de seguro, especificamente o seguro-saúde:

“O chamado plano de saúde nada mais é do que a atividade que consiste na assunção do risco de ressarcir terceiros (que com ela contratam) das despesas em que, eventualmente, estes venham a incorrer, com serviços médicos, serviços hospitalares e respectivos serviços auxiliares (...).

A empresa que explora planos de saúde contrata com terceiros o pagamento ou o reembolso de valores que eventualmente despenderiam, em favor de médicos, hospitais, ambulatórios etc., mediante certa retribuição mensal; visto que se limita a assumir o risco de ressarcir (indenizar) despesas (prejuízos) quando e se ocorrerem, no futuro, certos eventos previstos no contrato (problemas de saúde requerentes de assistência médico-hospitalar), em troca de retribuição mensal, em troca de retribuição mensal (prêmio), tudo consubstanciado em contrato de adesão (apólice); visto, em resumo, que as partes celebram um contrato aleatório e não comutativo, já fica patente que a empresa da espécie (planos de saúde) se dedica a atividade de natureza estritamente securitária, no campo do seguro-saúde. Desenvolve atividades que se subsumem, plenamente, na conceituação legal de seguro-saúde, formulada pelo Decreto-lei 73/66, *in verbis*:

‘Art. 129. Fica instituído o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar.

Art. 130. A garantia do seguro-saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado.’”

(BARRETO, 2003, p. 175)

---

<sup>8</sup> Da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 56/87

Embora não vislumbre nos planos de saúde a equivalência ao seguro-saúde, por não estarem as empresas que exploram a atividade sujeitas ao Decreto-Lei 73/66, ou subordinadas à Superintendência de Seguros Privados ou ao Instituto de Resseguros do Brasil, MARTINS (2004, p. 176 *et seq.*) tampouco admite a incidência do ISS sobre os planos de saúde, por entender que são contratos e apenas a efetiva prestação de serviços (realizada pelos profissionais e estabelecimentos de saúde) pode ser tributada pelo imposto.

A jurisprudência não é pacífica sobre o tema. No âmbito das decisões do STF, há apenas o Recurso Extraordinário RE 115.308-RJ, cujo acórdão, publicado no Diário da Justiça DJ 01/07/88 entendeu tratar-se de seguro-saúde, intributável, portanto, pelo ISS.

No entanto, as posições mais recentes do Superior Tribunal de Justiça apresentam divergências, sobretudo na 1ª Turma. Por exemplo, nos EDcl nos EDcl no REsp 227.293 – RJ, o Relator Ministro Francisco Falcão referiu-se à modalidade seguro-saúde, mas admitiu a incidência do ISS:

“PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. ISS. BITRIBUTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA.

I - O embargante não apresenta quaisquer das hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, necessárias para a oposição de embargos de declaração. Com efeito, objetivam os aclaratórios rediscutir as teses apresentadas na decisão embargada, remanescendo ainda forte o desiderato de buscar o prequestionamento de questões constitucionais.

II - Restou definido no acórdão embargado que nas operações decorrentes de contrato de seguro-saúde, o ISS não deve ser tributado com base no valor bruto entregue à empresa que intermedeia a transação, mas sim pela comissão, ou seja, pela receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros, efetivamente prestadores dos serviços.

III - Embargos rejeitados.” (DJ 28/11/05)

Contrariamente, em voto-vista no próprio REsp 227.293 – RJ o Ministro Luiz Fux manifestou sua convicção que trata-se de atividade de seguro, porque faz cobertura baseada na ocorrência de evento futuro e incerto, pouco importando o nome dado à atividade (plano de saúde), mas a sua essência (seguro), sujeita, assim, à tributação exclusivamente pelo IOF.

O Ministro Teori Albino Zavascki em voto-vista nos Embargos Declaratórios no referido recurso admitiu a incidência do ISS, destacando que tal exigência é prevista expressamente em Lei Complementar, sendo que o seu afastamento somente pode ocorrer mediante declaração de inconstitucionalidade da referida Lei. Ele apresentou ainda o entendimento de que a atividade de plano de saúde configura-se como uma das duas etapas em que se desdobra o contrato celebrado entre operadora e consumidor, ambas caracterizando prestação de serviços:

“Do ponto de vista prático, a prestação do serviço médico em favor do titular do plano (fato gerador do tributo) é formada, assim, de dois conjuntos de atividades indissociáveis, mas desenvolvidas por pessoas distintas e em diferentes momentos. Uma, desenvolvida diretamente pela embargante, consistente da organização das atividades indispensáveis à colocação dos serviços de saúde à disposição do beneficiário, mediante a realização dos serviços de seleção e de credenciamento dos profissionais e estabelecimentos, a elaboração e comercialização das várias modalidades de planos, a cobrança das mensalidades, o repasse dos valores aos profissionais de saúde, etc. E a outra, a cargo da rede de estabelecimentos e de profissionais credenciados, consistente do atendimento médico propriamente dito ao titular do plano.”

Já o Ministro José Delgado, também em voto-vista nos mesmos Embargos Declaratórios, expressou o entendimento claro de que a operadora de planos de saúde é prestadora de serviços de saúde que contrata ou credencia profissionais de saúde, havendo dois fatos geradores distintos: o de gerenciamento de planos de saúde para associados e serviços prestados pelos profissionais de saúde à operadora.

“No caso dos autos, a Golden Cross presta um serviço aos seus associados. Estes, por sua vez, pagam-lhe valores para que os serviços sejam realizados. Não há como fugir das exigências legais.

(...)

Com a devida vênia, não há como se enquadrar a Golden Cross como praticando ato de intermediação ou de agenciamento. Não é essa sua configuração jurídica. Ela é uma prestadora de serviços de saúde, para tanto contrata ou credencia médicos. Atua da mesma forma que quaisquer outras empresas de serviços que, para atender à clientela, contratam empregados ou os credenciam. Os pagamentos feitos aos médicos credenciados são pelos serviços prestados. Duas relações jurídicas existem: a primeira entre o associado e a Golden Cross (há uma obrigação de prestação de serviço de saúde); outra entre a Golden Cross e os médicos, seus empregados e os credenciados.”

Na 2ª Turma do STJ, parece estar pacificado o entendimento de que se trata de serviço e sujeito ao ISS:

“TRIBUTÁRIO - ISS - COOPERATIVA MÉDICA- ATO COOPERADO  
- ISENÇÃO

1. As cooperativas podem praticar atos cooperados, ao coordenar e planejar o trabalho de seus associados, os quais recebem pelo trabalho realizado, com isenção de tributos, nos termos da Lei 5.764/71, artigo 79.

2. Diferentemente, podem as cooperativas na captação de clientes firmarem com estes ato negocial, vendendo planos de saúde, recebendo dos terceiros importância pelo serviço realizado, sem isenção alguma porque de ato cooperado não se trata.

3. Hipótese dos autos em que a cooperativa age intermediando os serviços de seus próprios associados, os médicos, reunidos em prol de um trabalho comum, exercendo verdadeiro ato cooperativo.

4. Recurso especial improvido.” (REsp 487854/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ 23/08/04. p. 182) (grifos nossos)

Não obstante os posicionamentos em contrário, é certo que a atividade não se caracteriza como seguro-saúde, sujeita à tributação pelo IOF, malgrado a redação dúbia da Lei 9.656/98, com a redação dada pela MP 2.177-44/01, que, dispondo sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, definiu plano de saúde como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais”. Essa Lei, em seu art. 1º, § 1º, determinou ainda que:

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

Com o advento da Lei 10.185/01, o seguro saúde foi enquadrado como plano privado de saúde e a sociedade seguradora como operadora de plano de saúde:

“Art. 2º - Para efeito da lei n.º 9.656, de 1998, e da Lei 9.961, de 2.000, enquadra-se o seguro saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde.”

Não obstante tais definições, seguro-saúde e plano de saúde são figuras ontologicamente distintas, já que o primeiro visa apenas ao ressarcimento financeiro das despesas incorridas pelo segurado, enquanto o segundo objetiva a assistência e colocação à disposição do usuário de serviços de saúde, conforme discorre CASTRO (2001, p.223 e 224):

“...os seguros, sendo contratos aleatórios, não admitiriam jamais a qualificação de assistência, pois, no momento da sua celebração, nem ao menos seria possível determinar se a prestação do segurador será efetivamente devida ou não – daí a *alea* do contrato - , em oposição à prestação do segurado (prêmio) que é devida desde o início da vigência

contratual. Assim, como a prestação do segurador só será implementada mediante a verificação de certas condições, não haveria que se falar em assistência, pois o objeto de sua obrigação, além de futuro e *incerto*, não seria fornecer ao segurado *assistência* de qualquer tipo, mas apenas e tão somente ressarcir-lo por despesas e prejuízos sofridos, oriundos esses do sinistro contra o qual o segurado quis se precaver. Ou seja: nos seguros, ontologicamente considerados, a prestação da entidade seguradora não é a ajuda, assistência ou auxílio de qualquer espécie, mas apenas ressarcimento de prejuízos sofridos pelo segurado em decorrência do sinistro, e nada mais.”  
(destaques no original)

Assim, em princípio não se poderia confundir seguro-saúde e plano de saúde, pois aquele dá cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar, sendo condição obrigatória a livre escolha dos profissionais envolvidos, ainda que a seguradora possa apresentar uma lista de referência de prestadores de serviço, conforme disposto nos art. 129 e 130 do Decreto-Lei 73/66:

“Art 129. Fica instituído o Seguro-Saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar.

Art 130. A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado.

§ 1º A cobertura do Seguro-Saúde ficará sujeita ao regime de franquia, de acordo com os critérios fixados pelo CNSP.

§ 2º A livre escolha do médico e do hospital é condição obrigatória nos contratos referidos no artigo anterior.”

Aliás, a redação original da Lei 9.656/98 deixava clara a diferença entre as duas figuras:

“Art. 1º - Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

§ 1º - Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se:

I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros;

II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.

Art. 2º - Para o cumprimento das obrigações constantes do contrato, as pessoas jurídicas de que trata esta Lei poderão:

I - nos planos privados de assistência à saúde, manter serviços próprios, contratar ou credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano;

II - nos seguros privados de assistência à saúde, reembolsar o segurado ou, ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores, livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos, nos limites da apólice.

Parágrafo único. Nos seguros privados de assistência à saúde, e sem que isso implique o desvirtuamento do princípio da livre escolha dos segurados, as sociedades seguradoras podem apresentar relação de prestadores de serviços de assistência à saúde.”

Ademais, o serviço de saúde que se grava no plano de saúde não é a atividade médica, hospitalar ou de qualquer outro profissional ou estabelecimento de saúde, mas a venda do plano de saúde, ou seja, de um conjunto de benefícios e facilidades que se coloca à disposição do usuário, traduzido pela oferta de acesso à assistência médica, hospitalar e de outros serviços de saúde, mediante pagamento específico.

Para prestar a assistência médico-hospitalar, a operadora necessita construir uma rede de serviços composta por médicos, hospitais, clínicas, laboratórios e demais profissionais e estabelecimentos de saúde. Segundo GAMA (2.003, p.30), há três formas básicas de relacionamento entre a rede de serviços e a operadora:

“(a) **Serviços próprios** – Composta por hospitais, clínicas e laboratórios da própria operadora que comercializa o plano de assistência médica ou da empresa empregadora onde o beneficiário utiliza os serviços de assistência à saúde.

(b) **Rede credenciada ou referenciada** – Composta por profissionais médicos e prestadores de serviço contratados pela operadora ou pela empresa empregadora para fins de assistência médica e hospitalar. São remunerados pela contratante por valores acordados previamente, os quais, na maioria das vezes, são indexados a coeficientes, parâmetros ou tabelas, como os da AMB. O beneficiário não precisa remunerar diretamente o prestador pelo atendimento recebido.

(c) **Livre escolha** – A operadora ou a empresa empregadora não indica prestadores de assistência médico-hospitalar. Os beneficiários decidem livremente a clínica, médico, laboratório ou hospital onde deverá receber atendimento. Nesse caso, o beneficiário deverá pagar pelo atendimento recebido de acordo com o preço estabelecido pelo prestador de serviço. Posteriormente, a empresa ou operadora deverá proceder ao reembolso integral ou parcial do que foi gasto, dependendo do acordado no contrato. Normalmente utilizam-se tabelas indexadas para calcular o valor a ser reembolsado. Essa forma seria a mais próxima do conceito de seguro.”

Já no caso das sociedades seguradoras, elas não podem prestar diretamente a assistência médica e/ou hospitalar (art 8º da Resolução 16/88 do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP), sendo a livre escolha do profissional e estabelecimento de saúde condição obrigatória nos contratos de seguro (art 6º da Resolução 16/88 do CNSP).

No plano de saúde, o serviço médico, laboratorial, de enfermagem etc. pode ser prestado pela própria operadora do plano ou contratado com terceiros, sendo que ela assume o compromisso de pagar as despesas em nome de seus associados ou reembolsá-los. O uso ou não das facilidades disponibilizadas nada tem a ver com o fato gerador do imposto, pois, usando ou não os serviços, o cliente paga o valor contratado.

O serviço de plano de saúde envolve, essencialmente, duas obrigações de fazer: organização das atividades indispensáveis à colocação dos serviços de saúde à disposição do beneficiário e gerenciamento da participação financeira do beneficiário do plano. Essas obrigações se cumprem através um conjunto de outras obrigações de fazer: seleção, contratação ou credenciamento dos profissionais e estabelecimentos de saúde; controle da rede assistencial e da qualidade dos serviços por ela prestado; elaboração e comercialização das várias modalidades de planos; negociação de custos e tabelas de honorários mais vantajosos que a contratação individual; cobrança das mensalidades; pagamento dos valores aos profissionais de saúde em nome dos associados; gerenciamento da utilização dos recursos por parte dos usuários etc.

WANICK (2000 apud CAMPOS, 2004, p. 32 e 33), assim discorre sobre as atividades das operadoras de planos de saúde:

“As operadoras de planos de saúde são os agentes que auferem ganhos, intermediando a relação dos prestadores de serviços de saúde com os clientes, ou seja, intermediando a relação entre a oferta e a demanda. A natureza de sua atividade consiste na comercialização e no gerenciamento da utilização dos planos de assistência à saúde. As operadoras apresentam duas formatações de estrutura no mercado: empresas de caráter híbrido no sentido de atuarem simultaneamente como organização gerenciadora e como prestadora de serviços de assistência à saúde e empresas que atuam exclusivamente como organizações gerenciadoras não possuindo rede própria, sendo de maior generalidade.”

FERNANDES NETO (2002, p. 15) destaca que a operadora de plano de saúde presta o serviço de administrar o dinheiro captado junto aos usuários, de forma a assegurar a mediação da atividade do profissional ou estabelecimento de saúde junto ao usuário:

“Embora o objetivo do consumidor seja o acesso aos serviços de assistência à saúde, a atividade da operadora visa, fundamentalmente, à administração de um fundo destinado ao custeio desses serviços. O atendimento das legítimas expectativas do consumidor depende do prestador de serviços que, na maior parte das situações, será um terceiro, pertencente à rede contratada ou credenciada pelo plano de saúde ou escolhido livremente pelo consumidor, o qual será reembolsado pelos gastos.

Praticamente não existe mais a chamada medicina liberal, caracterizada pela livre escolha do profissional médico por parte do consumidor. Hoje, em face da incompatibilidade entre a renda média da população e o custo de assistência à saúde, a atividade é mediada pelas operadoras de planos de saúde, que funcionam como organizadoras de rede.

Perante os consumidores, as operadoras oferecem a segurança da cobertura de futuros gastos com assistência à saúde e apresentam-lhe a possibilidade de acesso a profissionais médicos, hospitais e outros serviços, muitas vezes incluídos em um catálogo ou lista que integra a oferta comercial.

Perante os hospitais, a operadora de planos de saúde oferece o acesso a um grupo de consumidores que, individualmente, teriam dificuldades em arcar com o alto custo de serviços especializados.

Resulta que o papel principal da operadora é administrar o dinheiro captado junto ao consumidor, negociando com os prestadores de serviço os preços, prazos e demais condições de pagamento. Da boa administração desse dinheiro depende o cumprimento do contrato no futuro. O objetivo do consumidor não é adoecer e gastar o dinheiro do plano de saúde; o que ele realmente deseja é a segurança de *contar com bons serviços em caso de necessidade.*” (grifos nossos)

Esse autor destaca que uma importante característica dos contratos de planos de saúde é tratar-se de contrato de prestação de serviços: “Trata-se de contrato de prestação de serviços no qual prepondera a obrigação de fazer, com sua peculiar complexidade.” (p. 135). Ele destaca ainda serem contratos de adesão, onerosos e sinalagmáticos, o que corresponde às características jurídicas dos contratos de prestação de serviços, já apontadas por CARVALHO, C. (2.005, op.cit.).

Portanto, qualquer que seja a corrente teórica de análise, nos contratos de planos de saúde estão presentes características essenciais do serviço sujeito ao ISS: circulação de utilidade através obrigação de fazer, para terceiros, prevista em Lista de Serviços constante de Lei Complementar, mediante pagamento específico, em regime de direito privado e não sujeito à competência tributária de outro ente federativo.

## **2) PLANOS DE SAÚDE OPERADOS POR AUTOGESTÕES NÃO PATROCINADAS**

### **2.1) Onerosidade dos contratos x ausência de finalidade lucrativa**

Uma das questões que se coloca, quanto à tributação pelo ISS sobre os planos de saúde operados por autogestões, é se o fato de tais entidades não terem fins lucrativos as exime do imposto. Como vimos, as autogestões patrocinadas são inteiramente custeadas pelo empregador, estando fora do campo de incidência do imposto; mas, a cobrança de contraprestações pecuniárias, no caso das autogestões não patrocinadas, as habilitaria como sujeitos passivos?

Inicialmente, as operadoras de planos de saúde sob a modalidade autogestão não-patrocinada parecem não estar albergadas pela imunidade tributária. Ainda que auxiliem o Estado a cumprir sua obrigação constitucional de prover a saúde, integrando o sistema de seguridade social, em situação análoga, quando os planos de previdência privada alegaram serem entidades de assistência social, nos termos do art. 150, VI, 'c' da Constituição Federal, o STF reiteradamente recusou tal argumento.

Segundo a Corte Suprema, as entidades de previdência privada custeadas por contribuições de seus associados não gozam de imunidade tributária porque existe entre as partes uma relação jurídica nitidamente contratual. Nas atividades exercidas pelas entidades de previdência privada não estão presentes a finalidade de ordem pública, gratuidade, ausência de intuito lucrativo e generalidade na prestação de serviços ou na distribuição de utilidades ou benefícios, características das entidades de assistência social. Embora tanto previdência quanto assistência constituam a seguridade social, elas não se confundem, sendo a 3ª imunidade restrita à segunda. Esse mesmo entendimento é válido para as sociedades civis que administram planos de saúde para seus associados, mediante contraprestação pecuniária, onde existe caráter jurídico contratual e uma vez que saúde e assistência social são espécies de seguridade social, mas de naturezas distintas.

No RE 202.700-6/DF, que se tornou o paradigma das decisões do STF, assim se pronunciou o Exmo. Min. Relator Maurício Corrêa:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA.

1. Entidade fechada de previdência privada. Concessão de benefícios aos filiados mediante recolhimento das contribuições pactuadas. Imunidade tributária. Inexistência, dada a ausência das características de universalidade e generalidade da prestação, próprias dos órgãos de assistência social.

2. As instituições de assistência social, que trazem ínsito em suas finalidades a observância ao princípio da universalidade, da generalidade e concede benefícios a toda a coletividade, independentemente de contraprestação, não se confundem e não podem ser comparadas com as entidades fechadas de previdência privada que, em decorrência da relação contratual firmada, apenas contempla uma categoria específica, ficando o gozo dos benefícios previstos em seu estatuto social dependente do recolhimento das contribuições avençadas, *conditio sine qua non* para a respectiva integração no sistema.”

Nas razões apresentadas no voto, o i. Relator assim discorreu:

“9. O artigo 150, VI, ‘c’, da Constituição Federal, não outorgou imunidade tributária às entidades previdenciárias organizadas em âmbito privado, mas tão-somente às de assistência social assim concebidas, sem fins lucrativos. Poder-se-ia afirmar que são equivalentes os termos previdência e assistência social. Contudo, se assim fosse, não teria o Constituinte razão alguma para inserir no artigo 194 da Carta da República dicção segundo a qual *‘a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*”

10. A Constituição Federal assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, facultada à iniciativa privada a participação de forma complementar no sistema único de saúde, por meio de contrato ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (CF, artigo 199, §1º). Por outro lado, assentou balizas entre previdência e

assistência social, quando dispôs no artigo 201, *caput* e inciso I, que os planos previdenciários, mediante contribuição, atenderão à cobertura dos eventos ali arrolados, e no artigo 203, *caput*, fixou que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por fim a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; à habilitação e reabilitação das pessoas deficientes e à promoção de sua integração à vida comunitária; à garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, inferindo-se desse conjunto normativo que a assistência social está dirigida à toda coletividade, não se restringindo aos que não podem contribuir.

11. Vê-se, pois, que a assistência à saúde não é ônus da sociedade isoladamente e sim dever do Estado. A iniciativa privada não pode ser compelida a assistir à saúde ou a complementar a previdência social sem a devida contraprestação. Por isso, se as entidades privadas se dispuseram a conferir aos seus filiados benefícios previdenciários complementares e os contratados assumiram a obrigação de pagar por isso, o exercício dessa faculdade não lhes assegura o direito à imunidade tributária constitucional, *outorgada* pelo legislador apenas às entidades que prestam assistência social independentemente de contribuição à seguridade social (CF, artigo 203), como estímulo ao altruísmo dos seus instituidores. (...)

12. Parece-me, nesta linha de raciocínio, que as instituições assistenciais não podem ser confundidas ou comparadas com as entidades fechadas de previdência privada, de gênese contratual, uma vez que somente conferem benefícios aos seus filiados desde que esses recolham as contribuições pactuadas. Essas associações assim constituídas não possuem o caráter de universalidade como o é a assistência social oficial, do que se extrai que os serviços por elas realizados não podem ser entendidos como os de assistência social *stricto sensu*, em cooperação com o Poder Público (...).”  
(destaques no original)

Em seu voto, o Relator citou voto precedente do Min. Octávio Galotti, cujo teor também se aplica plenamente à situação ora analisada:

“Não ignoro que a evolução social dos tempos modernos está a sugerir um conceito de assistência social não estritamente vinculado aos pressupostos da caridade, da benemerência, do humanitarismo, da filantropia.

Mas a imunidade constitucional continua a ser um estímulo ao altruísmo (desprendimento de alguém em proveito de outrem).

Entendo que não comporta a hipótese onde os associados se congregam em seu próprio benefício, mediante o recolhimento de contribuições, mesmo obtido o concurso de algum patrocinador e a despeito da reconhecida utilidade social do empreendimento.” (RE 136.323-RJ, RTJ 150/597)

Embora o voto acima reproduzido se refira a entidades de previdência privada, sua fundamentação se aplica integralmente ao caso das associações civis destinadas à operação de planos de saúde que mantêm com seus associados relação jurídica nitidamente contratual, pautada por contribuições obrigatórias, com exclusão dos que interromperem as condições pactuadas (inclusive de pagamento). Da mesma forma que previdência e assistência social têm previsões distintas na Constituição, a assistência à saúde também tem previsão própria, nos art. 196 a 200 - enquanto que a assistência social tem previsão nos art. 203 e 204.

Portanto, ainda que exerçam atividade relevante, de complementação à atuação do Estado, as operadoras de planos de saúde não estão sujeitas à imunidade tributária.

Como já descrito, o serviço, para ser tributável, deve possuir conteúdo econômico, ou seja, indicar capacidade econômica do contribuinte. No entanto, não há consenso sobre a amplitude do conceito.

BALEIRO<sup>9</sup> (2001, p. 491) destaca que o serviço deve ser prestado com objetivo de lucro, excluindo-se os serviços gratuitos, de cortesia, beneficentes ou a preços de custo.

---

<sup>9</sup> Em nota atualizada por DERZI, Misabel de Abreu Machado.

MANGIERI (2003, p. 36) também aponta a necessidade da finalidade lucrativa na prestação de serviços, ou o *animus lucrandi*, destacando que não é o resultado positivo econômico que se exige, uma vez que o ISS incide sobre a receita bruta e não sobre o lucro.

BARRETO (2003, p. 35 *et seq.* ) enfatiza que o serviço tributável é aquele prestado com fito de obtenção de contrapartida equilibrada ou vantajosa, direta ou indireta, atual ou futura. O conteúdo econômico do serviço significa que ele deve ser mensurável, de alguma forma, em termos financeiros. Mais adiante, aponta que deve ser prestado em caráter negocial, para afastar o serviço filantrópico, familiar, altruístico.

As decisões dos tribunais têm sido divergentes:

“TRIBUTARIO. ISS. SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CREDITO. A SOCIEDADE CIVIL, QUE ORGANIZADA SOB O NOME DE "SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CREDITO", MANTEM BANCO DE DADOS E QUE, A BASE DELE, PRESTA INFORMAÇÕES A ASSOCIADOS, MEDIANTE PAGA, ESTA SUJEITA AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. POUCO IMPORTA QUE A REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO SEJA DIMENSIONADA SEM O PROPOSITO DE LUCRO; A REGRA DE TRIBUTAÇÃO DESSE IMPOSTO INDEPENDENTE DO RESULTADO DA ATIVIDADE, INTERESSANDO-LHE APENAS O FATO ECONOMICO DA CIRCULAÇÃO DE BENS IMATERIAIS, NA ESPECIE CARACTERIZADO PELO PREÇO PAGO, A CADA CONSULTA, PELAS INFORMAÇÕES OBTIDAS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” (REsp 41.630-SP. 2ª Turma do STJ. Rel. Min. Ari Pargendler. DJU 14/04/97. p. 12.705)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ISS - ISENÇÃO – CLUBE DOS DIRETORES LOJISTAS - ASSOCIAÇÃO DE CLASSE - CLT, ART. 511 E PARÁGRAFOS - VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO - RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS - LEI 8.038/90.

- O CDL, realizando atividades de fins não lucrativos, destinados a atender seus próprios sócios, visando a realização de suas finalidades estatutárias não está sujeito à incidência do ISS.

- Constitui o CDL uma associação de classe, reunindo integrantes que exercem a mesma atividade econômica e social, os quais se beneficiam com as vantagens pecuniárias dos serviços prestados pela entidade, em cumprimento às determinações estatutárias.

- Dissídio jurisprudencial que colaciona acórdãos fincados em matéria de natureza constitucional, não se presta à comprovação da divergência interpretativa, como determina a legislação de regência.

- Recurso especial não conhecido." (REsp 61.926-RJ. 2ª Turma do STJ. Rel. Min. Peçanha Martins. DJU 15/04/02. p. 187.)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ISS. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. EMPRESA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. FINALIDADE LUCRATIVA. ENQUADRAMENTO NÃO-CARACTERIZADO.

1. Nos casos em que o ato questionado pelo contribuinte for objeto de recurso administrativo, a contagem do prazo para aforamento do writ somente tem início com a decisão final naquele procedimento, data a partir da qual se torna exeqüível o ato impugnado.

2. O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" e, ao assim proceder, propiciou ao interprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo "o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

3. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa.

4. Em se tratando o ECAD de associação civil, que não explora de fato qualquer atividade econômica, visto que desprovida de intento lucrativo, não se subsume, à toda evidência, no conceito de empresa, razão por que não é ele contribuinte do imposto sobre serviço de qualquer natureza tipificado no art. 8º do Decreto-Lei n. 406, de 31.12.68.

5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 623367-RJ. 2ª Turma do STJ. Rel. Min. João Otávio Noronha. DJ 09/08/04. p. 245)

“ISS. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS.

- 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.

- 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.

- Entretanto, o entendimento firmado nesta Primeira Turma afirma a incidência do ISS sobre valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde.

- Recurso desprovido, com a ressalva do entendimento do relator.” (Resp 332.148-RR. 1ª Turma do STJ. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24/06/02. p. 205)

“AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COOPERATIVA DE PROFISSIONAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA VÁLIDA. ISSQN SOBRE O VALOR TOTAL DE SEUS ATOS COOPERATIVOS PRÓPRIOS. Legítima é a pretensão do fisco em instituir imposto sobre recebimentos auferidos por Cooperativa que presta serviços a terceiros, não associados, por se tratar de atividade empresarial de prestação de serviços remunerados, ainda que não pretenda o auferimento de lucro. Do exame das normas constitucionais que disciplinam o imposto sobre serviços, conclui-se que o elemento lucro não influi na caracterização do fato gerador, importando tão-somente, para que o serviço realizado possa ser jungido à órbita de incidência do imposto municipal, a ocorrência da contraprestação na forma de remuneração. SENTENÇA MANTIDA. “ (Apelação Cível 1.0024.02.841836-6/001. 5ª Câmara Cível do TJMG. Rel. Des. José Franciso Bueno. Acórdão Publicado em 17/03/06).

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS DE INFORMÁTICA PRESTADOS PARA SOCIEDADE CONTROLADORA, POR OUTRA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO EMPRESARIAL. TRIBUTO DEVIDO. MULTA POR EMISSÃO DE DOCUMENTO DIVERSO AO EXIGIDO

PELA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. LEGALIDADE.- A prestação de serviços de uma sociedade, para sua sociedade controladora, mesmo que sem o intuito de lucro, não desnatura a obrigação tributária, se há o pagamento de contraprestação financeira, ainda que a título de ressarcimento de custo da prestação, não se podendo falar em autosserviço, ou em serviço gratuito, considerado, como tal, tão-somente, aqueles prestados em caráter generoso, afetivo, caritativo, ético, moral, ou religioso.- Incidência do ISSQN.- Multa por descumprimento de obrigação acessória, concernente à emissão de documento diverso do exigido pela legislação municipal. Legalidade. Art. 7º, inciso II, "o", "2", da Lei 7.378/97. Incidência no percentual de 5% sobre o valor do serviço atualizado monetariamente.- Recurso desprovido." (Apelação Cível 1.0024.03.143462-4/001. 6ª Câmara Cível do TJMG. Rel. Des. Ernane Fidélis. Acórdão Publicado em 11/08/06).

Na mesma linha da decisão *supra*, deve-se admitir a tributação dos planos de saúde pelo ISS, mesmo aqueles operados por autogestões não patrocinadas, o que implica a ausência de fins lucrativos. A regra-matriz desse tributo independe do resultado da atividade, já que o imposto incide sobre a receita bruta. O conteúdo econômico da prestação de serviço fica caracterizado pela contraprestação financeira, paga pelo usuário, mesmo que a operadora não receba uma taxa específica de administração ou operação, pois os valores pagos servem para cobrir os custos da operadora – incluindo os de administração e operação do plano - e ainda constituir um fundo de reserva, obrigatório por lei.

Esclarecendo a questão, JUSTEN FILHO (1985, p. 132) leciona:

"A colocação preliminar inevitável é a de a Constituição não haver distinguido prestação de serviço, conforme a natureza dos fins sociais formalmente adotados pelo prestador. Para fins de tributação pela via do ISS, à Constituição é indiferente se há ou não intuito lucrativo. A única consideração a ser feita, nesse passo, é a pertinente à imunidade do art. 146, II, "c". Fora daí, porém, há competência tributária municipal para tributar prestação de serviço de qualquer natureza, qualquer que seja a qualidade do prestador do serviço.

É fato que não se tributam serviços gratuitos. Mas isso decorre não do fim (econômico ou não) do prestador de serviço. Tanto assim que, a nosso ver, é tributável serviço prestado por entidade assistencial ou educacional, se não-

abrangido na órbita de suas atividades específicas. De igual modo, a pessoa que presta serviços profissionalmente não se sujeitará à tributação quando o fizer, em um caso concreto gratuitamente. A razão de ser assim é a de que a hipótese de incidência do ISS não é condicionada pela natureza ou situação do prestador do serviço e envolve cada prestação de serviço. Não é possível considerar que basta a situação de usualidade de prática de serviços tributáveis para que incida a tributação sobre determinado serviço efetivado sem remuneração.

Quando, porém, há uma remuneração, como se passam as coisas, se não há intuito lucrativo?

Isso se dá, muito comumente, no âmbito dos serviços prestados por cooperativas a seus cooperados e de associações civis constituídas com objeto específico de prestar serviços determinados a pessoas determinadas (integrantes do mesmo grupo a que detêm o controle).

Há que se afastar, antes do mais, o argumento fático de que inexistente lucro. Não se resolve o problema jurídico desse modo.

Por coerência, só podemos afirmar o cabimento da tributação em tais ocorrências. A Constituição atribui competência para tributação de serviço (de prestação de serviço), não circunscrevendo essa competência à tributação do serviço prestado com intuito lucrativo. Havendo remuneração, configura-se o fato imponible e torna-se quantificável o quanto devido tributariamente." (grifos nossos)

Igualmente explica BARRETO (2003, p. 35 *et seq.*):

"... de alguma forma, a atividade configuradora do serviço tributável há de ser apreciável economicamente. Deve ter um conteúdo ou significação econômica. Se se tratar de uma atividade sem valor, sem nenhum conteúdo econômico, sem nenhuma expressão mensurável, embora corresponda ao conceito de serviço, não será serviço tributável."

"Em virtude, pois, da consagração constitucional da isonomia, só fato com conteúdo econômico (isto é: mensurável, de alguma forma, em termos financeiros) pode ser posto no núcleo de hipótese de incidência de impostos.

Entre outros, fatos como os de conteúdo moral, estético, ético, histórico não podem exercer tal função. (...)

(...)

Basta atentar para o dia a dia, para identificar-se, comumente, o serviço desinteressado, é dizer, aquele desempenhado em caráter afetivo, ou por razões religiosas, ou caritativas, ou, ainda, em virtude de impulsos de solidariedade ou altruísmo. Tais hipóteses são comuns: basta atentar para os múltiplos serviços prestados no plano afetivo, seja familiarmente, seja em relação a amigos. Todos eles correspondem rigorosamente ao núcleo do conceito de serviço, mas, entretanto, jamais poderiam ser alçados à categoria de serviços tributáveis. É que não são, nem podem ser remunerados. São inestimáveis por sua própria natureza. Têm valor ético, afetivo, caritativo, humano, mas jamais têm valor material ou econômico.”

“(...) convém ressaltar que o imposto é devido mesmo que a pessoa física ou jurídica prestadora dos serviços não tenha finalidade lucrativa. É dizer, o ter lucro ou não, é irrelevante; também não tem relevo o fato de o prestador visar lucro. Basta, tão-só que se trate de prestação de serviço com conteúdo econômico. Não é correto supor que o ISS incida apenas sobre situações em que se objetive lucro.” (grifos nossos)

Das lições doutrinárias e jurisprudenciais, há de se concluir que as atividades prestadas pelas autogestões não patrocinadas possuem conteúdo econômico, mensurável em termos financeiros, não se caracterizando como atividade de conteúdo moral, estético, ético, caritativo, desinteressada ou altruística, até porque essas estariam imunizadas constitucionalmente, o que é pouco provável que venha a acontecer, face ao precedente análogo das operadoras de previdência privada.

Assim, quando o plano de saúde é custeado pelos usuários, existe um conteúdo econômico nas relações entre usuário e operadora, mesmo que esta não possua fins lucrativos; relações comerciais se estabelecem entre operadora e usuário, mesmo que sejam, respectivamente, Associação e associado.

De fato, a Lei 9.656/98 desconsidera a forma constitutiva da operadora, submetendo qualquer pessoa jurídica à lógica de sua regulamentação, que incorporou a lógica de consumo, na qual a operadora vende o produto – plano de saúde – a um indivíduo ou grupo de indivíduos.

Portanto, sendo planos de saúde onerosos, é possível a incidência do ISS, mesmo que a operadora não tenha fins lucrativos.

## **2.2) Auto-serviços x serviços prestados para o mercado de consumo nos termos do CDC**

Grande parte dos autores indica como condição para a incidência do ISS que o serviço seja prestado para terceiros, embora o alcance de tal definição tampouco seja preciso.

CARVALHO, R. (2.006, p. 30 *et seq.*) discorre que os serviços tributáveis são aqueles que compreendem a produção e circulação do seu prestador para alguém em cujo favor reverta, afastando a possibilidade de serem tributados os serviços que alguém pratique para si mesmo ou para ente jurídico de que faça parte, como os praticados pelos empregados para seus empregadores, pelos sócios de sociedade com relação ao trabalho que façam para a mesma e dos diretores e gerentes de empresas para aquelas por eles geridas. Afastadas também ficam as pessoas jurídicas que apenas prestam serviços a seus próprios sócios ou associados ou cooperativados, como os clubes, associações ou grêmios sindicais ou de proteção mútua e as cooperativas. Segundo o autor, nesse tipo de ente coletivo a prática dos serviços se dá de maneira totalmente interna, sem exteriorização, caracterizando um “auto-serviço”, ou seja, sendo uma sociedade composta por associados e apenas a estes prestando serviços, na realidade os associados prestam serviços a si mesmos, por intermédio do ente coletivo por eles próprios organizados para tal.

Prossegue o autor explanando que, nas sociedades cooperativas, os atos *interna corporis* por elas praticados com seus associados são denominados atos cooperativos. Por analogia, nas associações sem fins lucrativos, os atos previstos como seu objetivo social e praticados pela associação com seus associados podem ser denominados atos associativos. Tanto os atos cooperativos como os associativos não transcendem os limites internos das respectivas entidades, o que significa não circularem.

Do ponto de vista da jurisprudência, vimos que os julgados se prendem muito mais à discussão da finalidade lucrativa, não abordando, especificamente, a questão de serem “auto-serviços” ou serviços prestados para terceiros, com exceção para o caso das cooperativas, em que ficou claro que o serviço tributável é aquele prestado para os não-cooperativados, ou seja, os terceiros que adquirem planos de saúde.

Ocorre que a jurisprudência já pacificou o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor – CDC - (Lei 8.078/90) se aplica às relações entre operadoras de planos de saúde e seus associados, inclusive quando se trata de autogestões não patrocinadas.

“PLANO DE SAÚDE. Limitação de dias de internação. Inadmissibilidade. O fato de se tratar de uma associação não modifica a conclusão de abusividade. Recurso não conhecido.

(...)

VOTO

(...)

O fato de se tratar de uma associação, com estatutos aprovados em assembléia-geral, não desonera a ré da obrigação de prestar serviços a seus associados, e nessa prestação deve ela atender ao mínimo que se exige de quem atua na área. A forma assumida pela empresa que se dispõe a oferecer plano de saúde a seus clientes, sejam estes chamados de contribuintes, associados, beneficiários, ou que outro nome tenham, não a dispensa da exigência de oferecer, em contraprestação ao pagamento das mensalidades, o mínimo de segurança que a própria lei hoje prevê.” (REsp 254.467-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar da 4ª Turma do STJ. DJ 05/03/01) (grifos nossos)

“EMENTA: PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE OPERADORA FECHADA. SUBMISSÃO AO REGIME JURÍDICO DO CODECON.

É indiscutível a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais mantidas junto a operadoras de planos de saúde, sendo indiferente se a operadora é fechada, restrita a um grupo determinado de pessoas, normalmente empregados de uma determinada empresa ou participantes de associações, sindicatos ou entidades e classes

profissionais. Isto porque as operadoras de planos de saúde, prestando o objeto contrato de maneira reiterada e mediante remuneração, enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedores, conforme dispõe o art. 3º, parágrafo 2º, do CODECON. Deve-se ressaltar, contudo, que nos contratos de planos e seguros saúde a Lei n. 8.078/1990 atua como lei geral, ao passo que a Lei n. 9656/1998 é que atua como lei especial in rationae materiae.

(...)

VOTO

(...)

O que o legislador visou foi submeter todos aqueles que promovem a oferta de produtos e serviços, de forma remunerada, visando satisfazer às necessidades dos consumidores, àquelas normas protetivas. O mercado de consumo, a que alude o parágrafo 2º, do art. 3º, do CDC, nada mais é, então que a totalidade das operações relativas à oferta de produtos ou à prestação de serviços disponibilizados ao destinatário final daqueles produtos ou serviços, sendo indiferente o fato deste público destinatário ser restrito a um determinado grupo.

A não ser assim, os serviços públicos prestados em regime de exclusividade pelo Poder Público (p. ex., serviços de correios e telégrafos) também estariam excluídos das disposições do CDC, porque se trataria de atividade não disponibilizada 'no mercado'. Nesse exemplo, estar-se-ia diante de interpretação manifestamente contra legem, já que estas atividades expressamente se submetem às normas do CDC (...).

Ressalte-se que, em caso análogo, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a Caixa de Previdência dos Militares, entidade igualmente restrita a um grupo de pessoas (militares), é fornecedora de serviços e, portanto, está sujeita ao regime jurídico do CDC (STJ, Quarta Turma, AgRgAg 80671/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.16.4.1996, v.u., pub. DJ 20.5.1996, p. 16.717).” (Apelação Cível 340.273-1. Rel. Des. Brandão Teixeira da 5ª Câmara Civil do TAMG. Acórdão publicado em 26/09/01).

“EMENTA: APELAÇÃO – COBRANÇA DE PLANO DE SAÚDE – APLICABILIDADE DO CDC – LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO – CLÁUSULA ABUSIVA – LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS – IMPOSSIBILIDADE.

- Aplicável é o CDC nos contratos de plano de saúde, uma vez que a administradora do plano se enquadra na figura de fornecedora, já que presta serviços médico-hospitalares de forma direta ou indireta, mediante remuneração.

(...)

VOTO

(...)

Alega a apelante que inaplicável ao caso o CDC, vez que não se trata de uma relação de consumo, já que a administradora do plano de saúde não pode ser enquadrada na categoria de fornecedora de serviço (...).

Todavia, tal raciocínio não pode prosperar, vez que confrontante com o mais moderno entendimento jurisprudencial, senão vejamos.

Certo é que os contratos de plano de saúde são típicos pactos por adesão, nos quais a parte contraente não participa da formulação do conteúdo contratual.

Assim, a administradora de planos de saúde elabora o contrato à sua maneira, sendo que a outra parte somente adere ao pacto, sem a possibilidade de discutir ou alterar seu conteúdo.

Portanto, visando a administradora prestar de forma direta ou indireta serviços de natureza médico-hospitalar, mediante remuneração, aplicável é o CDC a essa espécie de contrato, já que aquela se enquadra na figura de fornecedora prevista por esse diploma legal, pouco importando se destinam os serviços que oferece a grupo seletivo de pessoas, selecionadas em virtude de vínculo laboral com o Bemge.” (grifos nossos) (Apelação Cível 393.813-2. Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula da 6ª Câmara Civil do TAMG. Acórdão publicado em 22/10/03).

“EMENTA: CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - ASSOCIAÇÃO - PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - COBRANÇA DE MENSALIDADES - RELAÇÃO DE CONSUMO - ASSINATURA DO CONTRATO ANTERIOR À LEI 9.656/98 - ATO JURÍDICO PERFEITO - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – CLÁUSULA CONTRATUAL - OBSCURIDADE - ABUSIVIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.A ASSOCIAÇÃO que tem como fim precípua a prestação de serviços de assistência médica e cobra para tanto mensalidade de seus associados qualifica-se como fornecedora nos termos do CDC, configurando-se relação de consumo aquela existente entre contratante e contratado. Não se aplicam as disposições da Lei 9.656/98 aos contratos de planos de saúde firmados anteriormente à edição desta lei, eis que trata-se de ato jurídico perfeito, constitucionalmente protegido. Tratando-se de relação consumerista, e não dispondo claramente o contrato de adesão firmado entre as partes sobre a não-cobertura para a implantação de stent, não pode ser imputado ao consumidor assumir tal ônus, revelando-se manifesta a abusividade de tal cláusula. (“APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.801283-2/002 – Rel. Des. Fernando Caldeira Brant da 11ª Câmara Cível do TJMG. Publicação 25/10/06).

Em princípio, tal argumento causa estranheza, pois, o que a aplicação do CDC tem a ver com a tributação pelo ISS? Deve-se destacar, entretanto, que, enquanto a legislação tributária não define ‘serviço’, o CDC traz um conceito de serviço muito semelhante àquele defendido pela doutrina tributária, especialmente a corrente civilista:

“Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (grifos nossos).

O conceito de consumidor introduzido pelo CDC é de todo coerente com a definição no Direito Tributário:

“CONSUMIDOR. No sentido amplo, consumidor designa a pessoa que consome uma coisa.

Mas, no sentido do Direito Fiscal, possui o vocábulo significado próprio: entende-se como consumidor toda pessoa que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso ou consumo, sem intenção de revenda.” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1991, p. 533)

Se existe relação de consumo e, por conseguinte, produção de serviço para um mercado de consumo, está caracterizado o caráter negocial e comercial das relações entre fornecedores e consumidores. Fica caracterizada também a inexistência da figura do auto-serviço, ou prestação de serviços para si mesma, uma vez que a relação de consumo necessariamente pressupõe uma aquisição de terceiros, uma relação entre fornecedor e consumidor, que são distintos entre si.

Temos, assim, que tanto a Lei 9.656/98, específica para a regulamentação dos planos de saúde, como a Lei 8.078/90, lei geral aplicável às relações de consumo, entendem haver uma relação de consumo, e, por conseqüência, uma produção (da operadora) para um mercado de consumo (constituído por pessoa física ou jurídica, individual, ou uma coletividade de pessoas), independentemente da natureza da operadora (empresa, associação, sindicato, entidade de classe) ou do usuário (empregado, associado, sindicalizado).

Ora, se duas Leis no ordenamento jurídico brasileiro definem que as relações entre operadora de plano de saúde e seu usuário são relações de consumo, em que a primeira é fornecedora de serviços e o segundo é consumidor, relações essas que independem da natureza jurídica e constitutiva da operadora ou do associado, aplicando-se, portanto, às relações entre as autogestões não patrocinadas e seus associados, tais conceitos têm de ser levados para o Direito Tributário.

Assim, há de se entender que a operadora de planos de saúde, inclusive na modalidade de autogestão não-patrocinada, é aquela que fornece um serviço no mercado de consumo, mediante remuneração. Portanto, estão presentes, em suas atividades, as condições necessárias para a sujeição ao ISS.

## CONCLUSÃO

Em resumo, observa-se que estão presentes todas as condições necessárias para a incidência do Imposto sobre Serviços sobre os planos de saúde operados por autogestões não patrocinadas:

1) configuram serviços porque:

- proporcionam utilidade material ou imaterial a terceiros;
- são prestados em regime de direito privado;
- não são prestados em relação de emprego ou subordinação;
- são prestados sob regime de Direito Privado;
- envolvem prestação de fazer, quais sejam, organização das atividades indispensáveis à colocação dos serviços de saúde à disposição do beneficiário do plano e administração da participação financeira do participante, que se cumprem por diversas outras prestações de fazer.
- possuem conteúdo econômico e oneroso;

2) não se confundem com o seguro-saúde, porque este visa apenas ao ressarcimento financeiro das despesas incorridas pelo segurado, enquanto que no plano de saúde o usuário busca a assistência e colocação à disposição do usuário de serviços de saúde;

3) não configuram meros contratos que futuramente poderão se concretizar em prestação de serviço, mas envolvem, em si mesmos, as prestações de fazer já descritas;

4) possuem conteúdo econômico, já que prestados apenas mediante contraprestação dos usuários, ainda que não haja finalidade lucrativa, já que o ISS não grava a realização do lucro ou a finalidade lucrativa;

5) não são sujeitos à imunidade tributária, porque as operadoras de planos de saúde não são entidades de assistência social;

6) não configuram auto-serviços, porque as relações entre operadora e usuário são relações de consumo, e, sendo o Direito Tributário um direito de superposição, há de levar em conta os conceitos advindos do Direito do Consumidor, no qual a operadora de planos de saúde é fornecedora de serviços no mercado de consumo, independe de sua natureza jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação de Saúde Suplementar*. beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro, dez. 2006.

BAHIA, L. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pósregulamentação. In: *Brasil: radiografia da saúde* (Negri, B. & Di Giovanni, G., org.), pp. 325-361, Campinas: IE/UNICAMP. 2001. apud GAMA, Anete Maria. *Caracterização da Autogestão no Processo de Regulamentação do Setor Suplementar de Saúde*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, 2003. (Dissertação, Mestrado em Saúde Pública).

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARREIRINHAS, Robinson S. Definição de “Serviços” para Fins de Tributação pelo ISS. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n.104, p.74-87. mai. 2004.

BARRETO, Aires Fernandino. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo, Dialética, 2003.

BORGES, José Souto Maior, ISS – Seguro Saúde. *Revista de Direito Tributário*. v. 61. São Paulo, Malheiros. apud MELO, José Eduardo Soares de. *ISS – Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª ed. São Paulo, Dialética, 2005.

CARVALHO, Cristiano. Artigos 71 ao 73. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães & LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005.

CARVALHO, Rubens Miranda de. ISS. *A Lei Complementar n° 116/03 e a Nova Lista de Serviços*. São Paulo: APET/MP Editora, 2006.

CASTRO, Raphael Velly de. Tributação dos Fundos de Pensão: Conveniência ou Equívoco? In: *Direito Tributário Atual*, n. 16, 2001. p. 223 e 224.

COMITÊ DE INTEGRAÇÃO DE ENTIDADES FECHADAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - CIEFAS. Pesquisa Nacional 2000. São Paulo, 2000.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 533.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMA, Anete Maria. *Caracterização da Autogestão no Processo de Regulamentação do Setor Suplementar de Saúde*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, 2003. (Dissertação, Mestrado em Saúde Pública).

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Imposto Sobre Serviços na Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

MANGIERI, Francisco Ramos. *ISS Teoria, Prática e Questões Polêmicas*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do Imposto sobre Serviços*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MELO, José Eduardo Soares de. *ISS Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11ª ed. Vol. III. Atualizador: Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WANICK, A. *Incentivos no Mercado de Saúde Suplementar*. In.: BRASIL, Ministério da Saúde. Estudo de Reestruturação de Mercado de Saúde Suplementar. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro, 2000. apud CAMPOS, Carla da Costa. *Um Estudo das Relações entre Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Prestadores de Serviço*. Porto Alegre: Escola de Engenharia da UFRS, 2004. 187p. (Dissertação, Mestrado em Engenharia).

ZILVETI, Fernando Aurélio. O ISS, a Lei Complementar nº 116/03 e a Interpretação Econômica. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n.104, p.34-46. mai. 2004.