



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

DECISÃO MONOCRÁTICA

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0047769-41.2011.815.2001

RELATOR : Desembargador João Alves da Silva

ORIGEM : Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital

APELANTE : Município de João Pessoa (Adv. Daniel Sampaio de Azevedo)

APELADO : Unidentis Assistência Odontológica Ltda. (Adv. José Germano Filho)

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. REJEIÇÃO. MÉRITO. ILEGALIDADE DE EXAÇÃO FISCAL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA. INCIDÊNCIA PREVISTA NA LC 116/2003. BASE DE CÁLCULO. TOTALIDADE DAS RECEITAS ORIUNDAS DO PAGAMENTO DAS MENSALIDADES. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA ADMITIDA SOBRE A DIFERENÇA DA RECEITA COM AS MENSALIDADES PAGA PELOS ASSOCIADOS EXCLUÍDAS AS QUANTIAS REPASSADAS AOS TERCEIROS CREDENCIADOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO PRIMEVA. PRECEDENTES DO STJ. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO AOS RECURSOS.

- "No que se refere à base de cálculo, mostra-se ilegítima a incidência do ISS sobre o total das mensalidades pagas pelo titular do plano de saúde à empresa gestora, pois, em relação aos serviços prestados pelos profissionais credenciados, há a incidência do tributo, de modo que a nova incidência sobre o valor destinado a remunerar tais serviços caracteriza-se como dupla incidência de um mesmo tributo sobre uma mesma base imponível. Por tal razão, o valor repassado aos profissionais credenciados deve ser excluído da base de cálculo do tributo devido pela empresa gestora" (REsp 783.022/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 16/03/2009). No mesmo sentido: REsp 1.237.312/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/10/2011; REsp 1.137.234/RS, Rel. Ministro

Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/09/2011; AgRg no Ag 1.288.850/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 06/12/2010. (...) (AgRg no AREsp 218.161/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)''

Trata-se de apelação interposta pelo Município de João Pessoa contra sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, que, a propósito de mandado de segurança impetrado por Unidents Assistência Odontológica Ltda, concedeu a segurança para determinar a ilegalidade da cobrança de ISS em relação a totalidade de ingresso das mensalidades autorizando a impetrante a deduzir da base de cálculo do imposto os valores despendidos com os prestadores de serviços e demais atividades de saúde que trata o item 4 da lista de serviços.

Inconformado, o Município manejou o presente recurso, alegando, preliminarmente, a ausência dos pressupostos processuais, sob o pálio de que a existência do direito da parte recorrida é duvidosa, portanto não dando ensejo à segurança, já que está amparado na Lei Complementar nº 116/2003.

Quanto ao mérito, sustenta que a natureza da atividade prestada pela parte recorrida deveria ter sido observada pelo magistrado de primeiro grau. Aduz que o contrato social indica que a atividade do impetrante não é meramente securitária, presta serviços de atendimento clínico em consultório odontológico, de rede credenciada e comercializa planos odontológicos, com a cobertura de custos assistenciais.

Afirma que a incidência do ISS sobre os serviços de plano de saúde encontra respaldo na Lei Complementar nº 116/2003 e que o art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, que estabelecia a regra de base de cálculo do ISS era exatamente o preço do serviço, o que fora mantido pela norma retrocitada.

Nessa linha, afirma que o preço do serviço, que é a base de cálculo, deve corresponder à exata medida da receita auferida pelo contribuinte em razão de sua atividade.

Pugna pelo provimento do recurso, para que seja denegada a segurança perseguida.

Contrarrazões (fls. 167/176)

O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso (fls. 183/186).

É o relatório.

Decido.

Não merece retoques a decisão atacada.

Inicialmente, rechaço a preliminar de ausência de pressupostos processuais, vez que há viabilidade em se apreciar a demanda deduzida nos autos, tendo em vista que o direito invocado pode ser amparado através do presente writ.

Assim, rejeito a preliminar.

No mérito, consoante entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de operadora de plano de saúde, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS os valores atinentes aos serviços prestados pelos terceiros credenciados (médicos, hospitais, clínicas e etc.), sob pena de violação ao princípio do ne bis in idem.

Nesse sentido, calha transcrever jurisprudência da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. PLANO DE SAÚDE. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS VALORES REPASSADOS AOS PROFISSIONAIS CREDENCIADOS. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELOS VALORES REMANESCENTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. "No que se refere à base de cálculo, mostra-se ilegítima a incidência do ISS sobre o total das mensalidades pagas pelo titular do plano de saúde à empresa gestora, pois, em relação aos serviços prestados pelos profissionais credenciados, há a incidência do tributo, de modo que a nova incidência sobre o valor destinado a remunerar tais serviços caracteriza-se como dupla incidência de um mesmo tributo sobre uma mesma base imponible. Por tal razão, o valor repassado aos profissionais credenciados deve ser excluído da base de cálculo do tributo devido pela empresa gestora" (REsp 783.022/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 16/03/2009). No mesmo sentido: REsp 1.237.312/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/10/2011; REsp 1.137.234/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/09/2011; AgRg no Ag 1.288.850/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 06/12/2010. 2. A tese de que a execução fiscal poderia prosseguir pelo valor remanescente, fundada na alegação de que o decote na base de cálculo depende de meros cálculos aritméticos, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial, nesse particular, do requisito do prequestionamento, nos termos da

Súmula 211/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 218.161/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. EMPRESA GESTORA DE PLANO DE SAÚDE. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. MENSALIDADE PAGA PELOS ASSOCIADOS EXCLUÍDAS AS QUANTIAS REPASSADAS AOS TERCEIROS CREDENCIADOS, PRESTADORES DO ATENDIMENTO MÉDICO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, nos serviços de plano de saúde, a base de cálculo do ISS é o valor líquido recebido, ou seja, o valor bruto pago pelo associado deduzidos os pagamentos efetuados aos profissionais credenciados, pois, em relação aos serviços prestados por esses profissionais, há a incidência do tributo, de modo que a nova incidência sobre o valor destinado a remunerar tais serviços caracteriza-se como dupla incidência do ISS sobre o preço pago por um mesmo serviço. Assim, o valor repassado aos profissionais credenciados deve ser excluído da base de cálculo do tributo devido pela empresa gestora. Precedentes: AgRg no Ag 1.288.850/ES, 1ª Turma Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 6.12.2010; REsp 783.022/MG, 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 16.3.2009; REsp 1.041.127/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.12.2008; EDcl no REsp 227.293/RJ, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ de 19.9.2005. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1137234/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 13/09/2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ISSQN. SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. EMPRESA GESTORA DE PLANO DE SAÚDE. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. PREÇO DO "SERVIÇO" PRESTADO PELA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. RECEITA AUFERIDA SOBRE A DIFERENÇA ENTRE O VALOR RECEBIDO PELO CONTRATANTE E O QUE É REPASSADO PARA OS TERCEIROS. 1. Decididas as questões suscitadas, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida ou dirimida, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito ou à revisão do julgado sob outros fundamentos. 2. "A base de cálculo do ISS incidente sobre as operações decorrentes de contrato de seguro-saúde não abrange o valor bruto entregue à empresa que intermedeia a transação, mas, sim, a comissão, vale dizer: a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido

pelo contratante e o que é repassado para os terceiros efetivamente prestadores dos serviços (EDcl no REsp 227.293/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 09.08.2005, DJ 19.09.2005)." (REsp nº 1.041.127/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, in DJe 17/12/2008). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1288850/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 06/12/2010)

Aliás, a matéria em discussão foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, no leading case EDcl no REsp 227293 / RJ, no qual o Min. Francisco Falcão, relator para o acórdão, teceu as seguintes considerações acerca da questão, a saber:

"Na hipótese dos autos as operações aptas a ensejar a cobrança de ISS são divididas em duas etapas, sendo a primeira a contratação e recebimento pela empresa dos valores contratados pelo segurado, e a segunda a efetivação da prestação de serviços propriamente ditos na ocorrência de sinistro.

Ao impor a cobrança do ISS tendo como base o valor pago pelo segurado e igualmente os valores recebidos pelos profissionais da saúde, hospitais e laboratórios, a Fazenda Municipal estará impondo sobre uma mesma base imponible uma dupla tributação.

Nesse passo, faz-se necessária a exclusão dos valores que foram repassados pela empresa de seguro-saúde aos terceiros acima referidos, garantindo que a base de cálculo reflita a parte que ficou como receita para a recorrente.

Observe que tal situação não irá gerar para o Município qualquer prejuízo, uma vez que a quantia não tributada em desfavor da seguradora será incluída quando do cálculo do ISS devido pelos profissionais da saúde, hospitais e laboratórios."

Em recente julgado, assim perfilhou a Jurisprudência do TJRS.

In verbis:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. SERVIÇOS PRESTADOS POR PLANOS DE SAÚDE. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS VALORES REPASSADOS AOS CONVENIADOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. As operações de planos de saúde não se confundem com o serviço prestado pelos profissionais da área médica, em ambos incidindo o ISSQN. A assistência mediante o pagamento

de mensalidade pelo associado para usufruir de serviços hospitalares em geral, médicos e ambulatoriais, configura obrigação de fazer. O imposto deve incidir sobre o montante pago pelos usuários, deduzidos os valores repassados aos profissionais e clínicas credenciados, pois sobre o preço dos serviços por eles prestados também incide o ISSQN, sendo vedado o bis in idem. REPETIÇÃO. Os documentos de arrecadação acostados demonstram recolhimento mensal de 2% de ISS, aparentemente sobre a renda bruta. Necessidade de liquidação de sentença para apurar eventuais repasses financeiros e valor a repetir, respeitada a prescrição quinquenal. **APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70061792420, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 12/11/2014)

Portanto, assim como perfilhado na decisão primeva, a cobrança de ISS sobre a atividade de administração de planos de saúde contraria a disposição da Lei Complementar 116/2003, vez que acaba por implicar em bitributação.

Dessa forma, os valores decorrentes da comercialização dos planos de saúde não podem se sujeitar ao ISS pela receita bruta obtida pela operadora e sim pelo valor líquido, decorrente da dedução dos pagamentos efetuados aos profissionais e estabelecimentos de saúde que prestaram atendimento médico coberto pelo plano.

Pelas razões acima expostas, e considerando que é entendimento pacificado no STJ, em sua Súmula 253¹, que a decisão monocrática prevista no art. 557, *caput*, do CPC, também alcança o reexame necessário, **nego-lhes seguimento, por tratar de matéria em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte e da Superior.**

Publique-se. Intime-se.

João Pessoa, 08 de janeiro de 2015.

Desembargador João Alves da Silva
Relator

¹ **Súmula 253 do STJ** – O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.