



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 44.905 - DF (2011/0214258-0)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE : CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL
ADVOGADO : SANDRO ROBERTO DOS SANTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADORA : PAOLA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO(S)

EMENTA

ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE. SERVIÇO OU OBRIGAÇÃO DE DAR. INADMISSIBILIDADE. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRETENSÃO DEMANDA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N.º 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBITENS 4.22 E 4.23 DA LC 116/2003, LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE CABE A ESTA CORTE PRESERVAR.

I - Violação ao art. 535 do CPC inócurre, porquanto o Tribunal *a quo*, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pela parte vencida, adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

II - Noutro giro, abserve-se que a incidência ou não de ISSQN sobre a atividade de prestação de assistência médica por operadores de planos de saúde demanda exame de matéria constitucional, cujo conhecimento revela-se insindicação ao STJ, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. E não poderia ser diferente, pois, caso se entenda que a citada atividade não é um serviço, estar-se-ia, de forma indireta, declarando a inconstitucionalidade dos subitens 4.22 e 4.23 da LC 116/2003, que são expressos na previsão da incidência, o que é inadmissível, conforme dispõe a Súmula Vinculante n.º 10 do Pretório Excelso: viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

III - Ademais, quanto à atividade exercida, se serviço ou obrigação de dar, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que *a atividade de Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres e outros planos de saúde que se cumprem através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano, mediante indicação do beneficiário é fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN (itens 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços Anexa à LC 116/2003) (REsp nº 1.108.861/PB, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 08/09/2009).*

IV - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília (DF), 06 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 44.905 - DF (2011/0214258-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Trata-se de agravo regimental interposto pela CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL, contra a decisão de fls. 600/603, pela qual conheci do agravo para negar seguimento ao recurso especial.

Naquela oportunidade, ao analisar a suposta omissão presente no acórdão recorrido, afirmei que o Tribunal *a quo*, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pelo vencido, adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida. Quanto à admissibilidade, apontei que o recurso especial seria incabível, visto que o Tribunal *a quo* teria motivado seu julgamento com base em dispositivos constitucionais, o que ensejaria no cabimento do recurso extraordinário, não do apelo especial. Noutro giro, a título de observação, apontei que a controvérsia de mérito decidida pela instância de segundo grau estaria em consonância com o que tem sido decidido por este Tribunal Especial, no sentido de que incide ISSQN sobre atividade de prestação de assistência médica por operadoras de plano de saúde.

Sustenta a agravante que a omissão e a contradição restaram efetivamente demonstradas. Aponta que a matéria objeto do recurso especial não foi debatida no acórdão recorrido na medida necessária para o deslinde da controvérsia, nem mesmo sucintamente. Por fim, aduz, em síntese, que afirmou que a atividade exercida não pode ser considerada como um serviço, pois ela consiste em uma obrigação de dar e não de fazer. Apontou que os subitens 4.22 e 4.23 da LC 11./03 descrevem atividades que não podem ser caracterizadas como serviço.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 44.905 - DF (2011/0214258-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR): A decisão não merece reparos.

Preliminarmente, não vislumbro a apontada omissão, porquanto o Tribunal *a quo*, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pelo vencido, adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

Quanto à questão de fundo, observo que a incidência ou não de ISSQN sobre a atividade de prestação de assistência médica por operadores de planos de saúde demanda exame de matéria constitucional, cujo conhecimento revela-se insindicável ao STJ, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso.

E não poderia ser diferente, pois, caso se entenda que a citada atividade não é um serviço, estar-se-ia, de forma indireta, declarando a inconstitucionalidade dos subitens 4.22 e 4.23 da LC 116/2003, o que é inadmissível, conforme dispõe a Súmula Vinculante n.º 10 do Pretório Excelso: viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Destaco os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. SERVIÇOS DE PLANO DE SAÚDE. ISSQN. LISTA DE SERVIÇOS DA LC 116/03. ITENS 4.22 E 4.23. VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE CUNHO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. ART. 459 DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. "A incidência ou não de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN sobre a atividade de prestação de assistência médica por operadores de "planos de saúde" (lei municipal que repetiu os Itens 4.22 e 4.23, da lista de serviços da Lei Complementar 116/2003) encerra quaestio iuris de cunho eminentemente constitucional, cujo conhecimento revela-se insindicável ao STJ, em sede de recurso especial, sobressaindo a imprescindível manifestação da Corte Suprema sobre o *thema iudicandum*" (REsp 1.041.127/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/12/2008).

2. Tema concernente ao art. 459 do CPC não foi apreciado, nem sequer implicitamente pelo Tribunal de origem.

3. O prequestionamento é requisito essencial à apreciação do recurso especial e torna inadmissível o recurso extraordinário quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Tal exigência decorre da Constituição Federal, que, em seu artigo 105, inciso III, dispõe que ao STJ compete



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgar, em sede de recurso especial, causas decididas em única ou última instância.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag nº 1.323.903/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 02/02/2011).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. ATIVIDADE DESENVOLVIDA POR OPERAÇÃO DE "PLANO DE SAÚDE". ITENS 4.22 E 4.23, DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. NATUREZA JURÍDICA DE SEGURO-SAÚDE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCEITO PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO QUE EXTRAVASA O ÂMBITO DA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA INFIRMAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 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. A incidência ou não de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN sobre a atividade de prestação de assistência médica por operadores de "planos de saúde" (lei municipal que repetiu os Itens 4.22 e 4.23, da lista de serviços da Lei Complementar 116/2003) encerra questão iuris de cunho eminentemente constitucional, cujo conhecimento revela-se insindicável ao STJ, em sede de recurso especial, sobressaindo a imprescindível manifestação da Corte Suprema sobre o thema iudicandum.

2. Conseqüentemente, as conclusões e premissas de índole notadamente constitucional, sem as quais não sobreviveria o aresto recorrido, impõem timbrar seu fundamento constitucional para, na forma da jurisprudência cediça na Corte, não conhecer do recurso especial (Precedentes da Primeira Turma: REsp 885.530/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 28.08.2008; REsp 912.036/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.09.2007, DJ 08.10.2007; e AgRg no REsp 467.138/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 20.04.2006, DJ 15.05.2006).

3. Subjaz o exame do recurso especial no que pertine à base de cálculo do ISSQN, incidente sobre a atividade de prestação de assistência médica por operadores de planos de saúde, a despeito de qualquer discussão acerca da constitucionalidade do critério material da hipótese de incidência prevista na lei complementar federal e na lei municipal.

4. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

09.08.2005, DJ 19.09.2005).

5. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido* (REsp nº 1.041.127/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 17/12/2008).

Mesmo que ultrapassado esse óbice, a jurisprudência desta Corte caminha no sentido de que a referida atividade exercida pela ora agravante é considerada como fato gerador do ISSQN.

Confira-se o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO - ISSQN - SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR - OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE - INCIDÊNCIA - ART. 1º E ITENS 4.22 E 4.23 DA LISTA DE SERVIÇOS - ART. 109 DO CTN - OPERADORA - PARTE LEGÍTIMA: CONTRIBUINTE - DISSÍDIO INTERPRETATIVO PREJUDICADO - ENTENDIMENTO DA 1ª. TURMA DESTA CORTE - SÚMULA 83/STJ.

1. *A atividade de Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres e outros planos de saúde que se cumprem através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano, mediante indicação do beneficiário é fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN (itens 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços Anexa à LC 116/2003).*

2. *A Lei 9.656, de 1998, conceitua as aludidas atividades como prestação de serviço continuado 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 consumido.*

3. *É contribuinte do ISSQN incidente sobre as atividades descritas nos itens 4.22 e 4.23 o operador de plano de saúde, definido no inciso II do art. 1º da Lei 9.656/98.*

4. *Divergência jurisprudencial entre Tribunais de Justiça prejudicada pelo entendimento da 1ª. Turma do STJ, no mesmo sentido do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 83/STJ.*

5. *Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido* (REsp nº 1.108.861/PB, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 08/09/2009).

Não tendo a agravante conseguido infirmar os motivos da decisão agravada, não vejo como reformá-la.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É o meu voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0214258-0

AgRg no
AREsp 44.905 / DF

Números Origem: 20080110057908 20080110057908AGS

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL
ADVOGADO : SANDRO ROBERTO DOS SANTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADORA : PAOLA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL
ADVOGADO : SANDRO ROBERTO DOS SANTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADORA : PAOLA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.