



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.312 - SP (2011/0019397-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : SAÚDE ABC PLANOS DE SAÚDE LTDA
ADVOGADOS : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR E OUTRO(S)
FLÁVIO MIFANO E OUTRO(S)
MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANILO DE ARRUDA GUAZELI PAIVA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS.

1. Discute-se a validade da cobrança do ISS sobre planos de saúde e sua base de cálculo.
2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou expressamente que "os Planos de Saúde foram incluídos na Lista de Serviços tributáveis pelo ISSQN, assim permanecendo na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, o que tornou possível aos municípios exercer sua competência tributária e exigir o imposto nos termos do **art. 156, III da CF**" (fls. 297-298 – grifei).
4. No caso em análise não existe, a rigor, discussão quanto à legislação federal, que prevê a exação nos itens 4.22 e 4.23 da Lista Anexa à LC 116/2003 (isso jamais é negado pela contribuinte). A pretensão principal da recorrente, na presente demanda, implica infirmar a análise feita pelo TJ no tocante ao conceito de serviço fixado pelo art. 156, III, da CF e declarar inconstitucionais os dispositivos da lei complementar federal, o que é inviável em Recurso Especial.
5. Ainda que impossível acolher integralmente o pedido principal da contribuinte (não incidência do ISS sobre planos de saúde), é preciso reconhecer parcialmente o seu pleito, no que se refere à base de cálculo da exação.
6. A Segunda Turma ratificou jurisprudência de que a base de cálculo do ISS sobre planos de saúde é o preço pago pelos consumidores, diminuído dos repasses feitos pela contribuinte aos demais prestadores de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios, médicos etc.). Com ressalva de meu entendimento, passo a acompanhar esses precedentes.
7. A empresa pretende afastar totalmente a tributação, pelo argumento de que a base de cálculo reconhecida pelo TJ-SP (preço pago pelo consumidor, sem abatimento) é incorreta. O pedido deve ser parcialmente provido, pois, embora devida a cobrança, o cálculo deve ser feito sobre base menor.
8. Não se trata de decisão *extra petita*, como aventado pelo Município, mas de deferimento, em parte, do pedido.
9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0019397-6 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.237.312 / SP**

Números Origem: 128004 1280053040210092 12802004 20041280 200900363190
5270345 5270345103 5270345600 5270345801
53040210092

PAUTA: 15/09/2011

JULGADO: 15/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SAÚDE ABC PLANOS DE SAÚDE LTDA
 ADVOGADOS : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR E OUTRO(S)
 FLÁVIO MIFANO E OUTRO(S)
 MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(S)
 RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
 ADVOGADO : DANILO DE ARRUDA GUAZELI PAIVA E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ARIANE COSTA GUIMARÃES, pela parte RECORRENTE: SAÚDE ABC PLANOS DE SAÚDE LTDA
PRONUNCIAMENTO ORAL DO SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

CERTIDÃO

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

"Após a sustentação oral, pediu vista regimental dos autos o Sr. Ministro-Relator."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.312 - SP (2011/0019397-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : SAÚDE ABC PLANOS DE SAÚDE LTDA
ADVOGADOS : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR E OUTRO(S)
FLÁVIO MIFANO E OUTRO(S)
MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANILO DE ARRUDA GUAZELI PAIVA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Ação declaratória de inexistência de relação jurídica - ISSQN - Planos de Saúde - Preliminares de inépcia da petição inicial e cerceamento de defesa afastadas - Operadora de planos de saúde - Atividade que não se confunde com seguro-saúde, ausentes os requisitos do Decreto-lei nº 73/66 - Caracterizada a prestação de serviço constante na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/03 - Imposto devido - Sentença reformada - Recurso provido (fl. 293).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 314).

A recorrente alega violação dos arts. 535, I e II, do Código de Processo Civil; 1º e 7º da Lei Complementar 116/2003. Afirma:

a) "O r. Acórdão ao dispor que a base de cálculo aplicável ao caso seria a 'totalidade do preço mensal pago pelos associados', omitiu-se quanto ao disposto no artigo 7º da LC nº 116/2003, que estabelece que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, ou seja, nunca pode incidir sobre as mensalidades pagas pelos associados" (fl. 345);

b) "sendo o ISS imposto que incide sobre a efetiva prestação de serviços (obrigação de fazer), fazê-lo incidir sobre pagamentos mensais (prêmios), que se destinam a garantir uma futura e incerta cobertura de despesas médicas/hospitalares, como quis o v. Acórdão recorrido, é sem dúvida alguma negar aplicação ao quanto disposto no artigo 1º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LC nº 116/2003, que determina que o fato gerador do ISS é, tão somente, a efetiva 'prestação de serviço'" (fl. 347);

c) "na operação de planos de saúde não há qualquer prestação de serviços, mas apenas uma garantia de colocar à disposição dos associados eventuais serviços médicos, o que não guarda relação com o fato gerador descrito na legislação de regência" (fl. 348).

Requer, ao final, seja reconhecida "a não incidência do ISS nas operações de plano de saúde, por não haver qualquer prestação de serviços que se amolde ao fato gerador previsto no artigo 1º da Lei Complementar 116/2003, sendo as mensalidades pagas pelos associados, critério quantitativo totalmente estranho no artigo 7º da Lei 116/2003" (fl. 351).

Contra-razões apresentadas às fls. 376-391.

Anulei a decisão monocrática, determinando a inclusão do processo em pauta, em vista da relevância da matéria e do recente debate na Segunda Turma.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.312 - SP (2011/0019397-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Discute-se a validade da cobrança do ISS sobre planos de saúde e sua base de cálculo.

O Tribunal de origem aferiu que a contribuinte efetivamente presta serviço de plano de saúde (e não simples seguro-saúde). Ademais, ratificou a base de cálculo adotada pelo Fisco, qual seja, os valores pagos pelos consumidores. Transcrevo trecho do acórdão recorrido (fls. 296-297):

De sorte que a empresa encontra-se adstrita à legislação que regulamenta a atividade de plano de saúde, e nesta condição, atua a autora como intermediária, disponibilizando seus serviços aos usuários que, na hipótese, caracterizam-se como obrigação de fazer, aptos a ensejar a incidência do ISSQN.

Assim, observam-se duas relações distintas: uma é a do consumidor com a empresa, que se obriga a prestar os serviços contratados, outra é a da empresa com o médico ou entidade hospitalar, que receberá um valor determinado pelo serviço prestado.

Cada qual tem a tributação prevista na norma, não podendo misturar as relações jurídicas para daí tirar conclusão que implique em escape à tributação.

(...)

De forma que a obrigação de fazer é imanente à atividade desenvolvida pela empresa de planos de saúde, tendo como base de cálculo a "totalidade do preço mensal pago pelos seus associados, isto é, pela receita bruta sem qualquer desconto".

A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

Em relação à incidência do ISS sobre os planos de saúde, inexistente, a rigor, discussão quanto à legislação federal, que prevê expressamente a exação, nos itens 4.22 e 4.23 da Lista Anexa à LC 116/2003:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operador do plano mediante indicação do beneficiário.

A contribuinte analisa a natureza jurídica do serviço com o intuito de desqualificar essa disposição legal específica. O TJ-SP afastou a inconstitucionalidade nos seguintes termos (fls. 297-298):

Fixando-se essas premissas, verifica-se que nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade existe em norma que exige o pagamento do ISSQN de empresa de plano de saúde, pois, a atividade por ela desenvolvida enquadra-se na condição de prestação de serviço.

Por fim, não se pode olvidar que desde a edição da Lei Complementar nº 56/87, os Planos de Saúde foram incluídos na Lista de Serviços tributáveis pelo ISSQN, assim permanecendo na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, o que tornou possível aos municípios exercer sua competência tributária e exigir o imposto nos termos do art. 156, III da CF.

Não compete ao STJ reexaminar a constitucionalidade da norma em Recurso Especial, à luz do conceito de *serviço*, sob pena de ofensa à competência do egrégio STF.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. EMPRESA FRANQUEADA QUE PRESTA SERVIÇOS POSTAIS E TELEMÁTICOS. PERÍODO POSTERIOR À EDIÇÃO DA LC 116/03. INCIDÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCEITO. PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(...)

3. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, inciso III, da Constituição Federal), descabendo a esta Corte, por meio da via recursal eleita, tal apreciação, sob pena de usurpação da competência conferida, tão-somente, ao Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1191465/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 10/03/2011)

Ainda que não seja possível acolher integralmente o pedido principal da contribuinte (não incidência do ISS sobre planos de saúde), é preciso reconhecer parcialmente o seu pleito, quanto à base de cálculo da exação.

No que se refere à base de cálculo, o TJ-SP a definiu como a "totalidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preço mensal pago pelos seus associados, isto é, pela receita bruta sem qualquer desconto" (fl. 297).

Esse entendimento foi por mim defendido na Segunda Turma, mas acabei vencido.

O Colegiado ratificou a jurisprudência da Primeira Turma, no sentido de que a base de cálculo do ISS sobre planos de saúde é o preço pago pelos consumidores, diminuído dos repasses feitos pela contribuinte aos demais prestadores de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios, médicos etc. – REsp 1.137.234/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.6.2011.

Cito precedentes:

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.

(...)

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)

TRIBUTÁRIO. ISS. PLANOS DE SAÚDE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DEMORA DOS SERVIÇOS DO JUDICIÁRIO NÃO PODE SER IMPUTADA À PARTE. SÚMULA 106/STJ. VERIFICAÇÃO DA INÉRCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OFERTA DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALAR. PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO. VALOR LÍQUIDO. PRECEDENTES.

(...)

5. O ISS deve ser calculado pelo valor líquido; ou seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devem ser excluídos da base de cálculo os valores repassados aos profissionais que efetivamente prestaram os serviços médicos.

6. Precedentes: REsp 1.211.002/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, decisão monocrática, julgada em 12.11.2010; REsp 885.944/MG, Rel. Min. Castro Meira, decisão monocrática, julgada em 12.4.2010; REsp 1.041.127/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.12.2008, DJe 17.12.2008.

Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no REsp 1122424/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011)

A contribuinte pretende afastar a tributação, pelo argumento de que a base de cálculo reconhecida pelo TJ-SP (preço pago pelo consumidor, sem abatimento) é indevida.

O pleito merece ser parcialmente provido, pois, embora devida a cobrança, o cálculo deve ser feito sobre base menor.

Saliento que não se trata de decisão *extra petita*, como aventado pelo Município (fl. 604), mas sim de deferimento em parte do pedido.

Diante do exposto, **conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.**

É como **voto**.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0019397-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.237.312 / SP

Números Origem: 128004 1280053040210092 12802004 20041280 200900363190
5270345 5270345103 5270345600 5270345801
53040210092

PAUTA: 20/10/2011

JULGADO: 20/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SAÚDE ABC PLANOS DE SAÚDE LTDA
 ADVOGADOS : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR E OUTRO(S)
 FLÁVIO MIFANO E OUTRO(S)
 MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(S)
 RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
 ADVOGADO : DANILO DE ARRUDA GUAZELI PAIVA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.