



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 Praça José Bonifácio, s/nº, Salas 503 e 521 - Centro
 CEP: 11013-190 - Santos - SP
 Telefone: (13) 3222-4919 - E-mail: santos1faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0013480-57.2013.8.26.0562**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Suspensão da Exigibilidade**
 Requerente: **Plano de Saúde Ana Costa Ltda**
 Requerido: **Municipalidade de Santos**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **José Vitor Teixeira de Freitas**

VISTOS ETC.

PLANO DE SAÚDE ANA COSTA LIMITADA ajuizou ação ordinária contra a **MUNICIPALIDADE DE SANTOS**, alegando, em síntese, que é pessoa jurídica de direito privado e tem como atividade a operação de planos privados de assistência à saúde, através da garantia da cobertura de custos de assistência médica, hospitalar e ambulatorial, mediante o credenciamento de terceiros devidamente habilitados. Afirmou que sofre tributação em relação ao imposto sobre serviços de qualquer natureza pela requerida, o que seria indevido, pois sua atividade não configura obrigação de fazer, mas sim obrigação de dar. Informou que atua como seguradora, sendo que os serviços de assistência são prestados por médicos ou hospitais credenciados. Pleiteou a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, bem como a repetição dos valores indevidamente recolhidos de 2009 a 2013. Juntou documentos.

A tutela antecipada foi deferida (fls. 237).

Devidamente citada, a requerida agravou da decisão que antecipou os efeitos da tutela e apresentou contestação, arguindo a validade da tributação em virtude da descrição do serviço no item 4.22 (planos de medicina em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
Praça José Bonifácio, s/nº, Salas 503 e 521 - Centro
CEP: 11013-190 - Santos - SP
Telefone: (13) 3222-4919 - E-mail: santos1faz@tjsp.jus.br

grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres) e 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) da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n. 116/03. Sustentou, ainda, que a autora presta serviços que são realizados em instalações próprias ou em seu nome, pelos profissionais a ela associados. Juntou documentos.

Houve manifestação em réplica.

É o relatório. **DECIDO.**

Desnecessária a dilação probatória, consoante o artigo 330, inciso I, do CPC.

A autora propõe ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária, em desfavor da requerida, a fim de que, com base na alegação de que todas as suas receitas estão sendo consideradas como base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) e que se trata de típica atividade securitária e não de prestação de serviços, seja desobrigada do recolhimento do referido imposto.

Ao contestar, a requerida aduz que os serviços de administração de planos de saúde se enquadram no item 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/03 e que sua atividade não pode ser reconhecida como comercialização de seguros porque não se verifica, na prática, a livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço.

Cumpra anotar que assiste razão à autora, uma vez que a tese que defende encontra amparo em precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, principalmente do Órgão Especial, a teor do seguinte aresto (no qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da Lei do Município de São Paulo-SP):

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei municipal nº 10.423/1987 - ISSQN - Incidência - Prestação de serviços - Conceito - Direito privado - Art. 110 do CTN - Plano de Assistência Médica Seguro - Empresa que não se enquadra como prestadora de serviços - Inconstitucionalidade do art. 1º, item 6, da Lei nº 10.423/87 reconhecida - Arguição de inconstitucionalidade procedente. (...) Feitas essas considerações, infere-se que as operadoras de planos de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTOS

FORO DE SANTOS

1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Praça José Bonifácio, s/nº, Salas 503 e 521 - Centro

CEP: 11013-190 - Santos - SP

Telefone: (13) 3222-4919 - E-mail: santos1faz@tjsp.jus.br

saúde não prestam serviços, mas apenas asseguram a sua prestação. E, sendo assim, a Omint Assistencial Serviços de Saúde S/C, como administradora de plano de saúde, não pode ser incluída dentre os entes tributáveis pelo imposto sobre serviços, sob pena de inconstitucionalidade. Pelo exposto, acolhe-se a presente arguição para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º, item 6, da Lei nº 10.423/87. (Arguição de Inconstitucionalidade n. 9039730-89.2005.8.26.0000 Relator Ademir Benedito Acórdão de 16 de junho de 2010, publicado em 19 de agosto de 2010).

A Constituição Federal não definiu o que pode ser enquadrado no conceito de “prestar serviços”, para fins de tributação. E não havendo definição na legislação tributária, ela deva ser buscada no direito privado, por força do que dispõe o artigo 110 do Código Tributário Nacional.

No direito privado, a prestação de serviços pode ser vista como sinônimo de obrigação de fazer algo em benefício de outrem, mediante contraprestação em pecúnia.

Com essas considerações, as operadoras de planos de assistência à saúde não se obrigam a prestar atividade médica em benefício de seus clientes, mas apenas funcionam como intermediárias entre os prestadores de serviços médicos, *lato sensu*, e os tomadores desses serviços.

Assim entendeu o Ministro Néri da Silveira no Recurso Extraordinário n. 115.308/RJ em que foi relator: *“a natureza jurídica da relação das operadoras com os conveniados muito se aproxima da securitização, em que os titulares de planos de saúde (segurados) pagam as mensalidades às administradoras (prêmio), na expectativa de que, caso advenha o eventual infortúnio da doença (álea), e necessitem da efetiva prestação dos serviços médicos (sinistro), esses sejam feitos pelos profissionais de saúde sob sua responsabilidade”* (Acórdão de 17 de maio de 1988, publicado em 1º de julho de 1988).

Invocam-se, ainda, os seguintes julgados que fazem, todos, referência à decisão do Órgão Especial: **a)** 15ª Câmara de Direito Público Apelação n. 9216874-79.2007.8.26.0000 - Relator Erbeta Filho - Acórdão de 8 de março de 2012, publicado no DJE de 21 de março de 2012; **b)** 15ª Câmara de Direito Público - Agravo de Instrumento 0006490-87.2013.8.26.0000 - Relator Rezende Silveira - Acórdão de 25 de julho de 2013, publicado no DJE de 9 de agosto de 2013; e **c)** 18ª



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
Praça José Bonifácio, s/nº, Salas 503 e 521 - Centro
CEP: 11013-190 - Santos - SP
Telefone: (13) 3222-4919 - E-mail: santos1faz@tjsp.jus.br

Câmara de Direito Público - Apelação 0000451- 98.2011.8.26.0435 - Relator Carlos Giarusso Santos - Acórdão de 11 de abril de 2013, publicado no DJE de 24 de abril de 2013.

Cumpre-se anotar que, **intermediação**, no caso das operadoras de planos de assistência à saúde, tem conotação diversa, qual seja: “(...) a referida expressão deve ser compreendida como “a viabilização do pagamento dos honorários dos profissionais da saúde (prestadores de serviço), por conta e ordem dos clientes contratantes do plano (tomadores de serviço), mediante reembolso ou pagamento direto, em caso de eventual necessidade, configurando, portanto, típica obrigação de dar (ressarcimento de despesas decorrentes de tratamento médico), vinculada ao tipo de cobertura contratada. (Embargos de Declaração n. 0000451-98.2011.8.26.0435/50000 - Rel. Des. Carlos Giarusso Santos).

Ressalte-se que essa orientação jurisprudencial encontra eco na doutrina. De acordo com Aires F. Barreto, “a obrigação assumida pela empresa de planos de saúde consiste em ressarcir gastos, vale dizer, em repor certa soma de dinheiro que deveria ser despendida pelos seus clientes. Não se obriga, em nenhum momento a fazer alguma coisa. Ao contrário, limita-se a um dar. E, como se sabe, só cabe ISS diante de obrigação de fazer; nunca de dar”. O autor acrescenta que “a natureza jurídica das atividades dos planos de saúde já foi, várias vezes, submetida ao exame do Poder Judiciário, que, caudalosamente, concluiu no sentido de configurar seguro-saúde, sendo incogitável atribuir-lhe o caráter de contrato de prestação de serviços”. (Curso de Direito Municipal. São Paulo, Editora Saraiva, 2009, página 405).

Vê-se, ainda, que a questão foi dirimida pelo C. Órgão Especial no sentido da inconstitucionalidade da lei que estabelece a incidência de ISS sobre o que se concluiu não se tratar de serviço.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE A AÇÃO** para declarar a inexistência de relação jurídico tributária que obrigue a autora ao recolhimento do imposto sobre serviços sobre a sua atividade de operadora de planos de saúde, com o levantamento dos valores depositados a título de ISS, confirmando-se a tutela antecipada.

Pela sucumbência, arcará a requerida com honorários



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
Praça José Bonifácio, s/nº, Salas 503 e 521 - Centro
CEP: 11013-190 - Santos - SP
Telefone: (13) 3222-4919 - E-mail: santos1faz@tjsp.jus.br

advocatícios, que fixo em dois mil reais, com base no artigo 20, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça para o reexame necessário.

P.R.I.C.

JOSE VITOR TEIXEIRA DE FREITAS

Juiz de Direito

Santos, 08 de novembro de 2013.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME
IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**