



Cobrança de ISS de planos de saúde e odontológicos incoerente

Tema que hodiernamente desperta e merece interesse na seara do Direito Tributário se encontra na tentativa desenfreada do fisco em utilizar bases de cálculo que elevam e tornam ilegal a exação correspondente à tributos previstos em leis de constitucionalidade e legalidade discutíveis.

Vejamos como as operadoras de planos de saúde e odontológicos recebem o tratamento tributário por parte dos municípios em relação ao Imposto Sobre Serviços.

Coube à Lei Complementar 116/03 — que regula o ISS no âmbito federal e serve de estribo aos municípios — nos itens 4.22 e 4.23 a catalogação legal das atividades em comento. Aqui reside uma grave mazela pela qual as legislações muitas vezes são acoimadas, pois se buscarmos a *ratio essendi* do tributo em comento e levarmos em cotejo com a descrição das atividades desempenhadas, veremos, *data vênia*, com certa clareza, que as mesmas enquadram-se em obrigações de dar e não de fazer, gerando uma dicotomia tributária.

Dessa banda, considerando que a regra matriz de incidência do Imposto Sobre Serviços reside em uma obrigação de fazer, é evidente que a norma pecou e contrariou o diploma constitucional em que se origina o “cordão umbilical” do tributo, bem como o Código Tributário Nacional, quando disciplina que a norma “não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado”.

Notemos que as operadoras de planos de saúde e odontológicos são definidas pela Lei 9.656/98 e classificam-se, segundo a doutrina especializada, como seguradoras atípicas, sendo sua atividade restrita à administração de planos que asseguram aos contratantes os serviços médicos e odontológicos, não prestando diretamente os serviços, que são realizados por profissionais e em locais capacitados para tanto.

Logo, não há que se falar em prestação de serviços médicos e odontológicos realizados pelas operadoras que efetivamente cobram valores dos segurados e repassam aos profissionais, hospitais e clínicas que prestam os serviços cuja cobertura prevê.

Nesse sentido, não nos parece concebível que as operadoras sejam tributadas com base em receitas que serão repassadas a terceiros, sendo que o valor que restar após deduzir o pagamento dos profissionais, clínicas e hospitais, que prestam os serviços, é o que realmente tocará às operadoras e somente sobre esse numerário poderia se pensar em utilização para fins de quantificação do valor do imposto.

Outrossim, mesmo que se consagre o entendimento pela legalidade e constitucionalidade da cobrança do tributo, o mesmo jamais poderá ser calculado utilizando como base de cálculo o valor correspondente a receita bruta auferida pelas operadoras, sob pena de manifesto desbordo da competência tributária concedida aos municípios ao desnaturar o fato gerador do ISS e utilizar valor que servirá para quantificação de outro tributo — *in casu* devido pelos profissionais, clínicas e hospitais que receberão os



repasses como remuneração dos serviços prestados —, gerando manifesta bitributação.

O tema vem sendo enfrentado pela jurisprudência, que acena com sinais de otimismo aos contribuintes que, se não virem reconhecida a inconstitucionalidade do tributo sobre as atividades das operadoras de planos de saúde e odontológicos, terão uma sensível e valiosa redução da base de cálculo do tributo em face da ilegalidade de utilização da receita bruta auferida pelos mesmos, conforme argumentos acima esposados.

Mister ressaltar, que em ambas hipóteses, para vislumbramos uma redução da carga tributária é necessário o embate jurídico com o fito de consagrar garantias fundamentais dos contribuintes e rechaçar as tentativas decorrentes da ânsia arrecadatória do fisco municipal, cabendo aos operadores do Direito pugnam ferreamente pelo direito à arrecadação correta e pleitearem a repetição do que foi pago de forma indevida.