

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
EMBTE.(S) : **HOSPITAL MARECHAL CÂNDIDO RONDON LTDA**
ADV.(A/S) : **GUILHERME BROTO FOLLADOR**
EMBDO.(A/S) : **SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS DE
MARECHAL CÂNDIDO RONDON - PR**
ADV.(A/S) : **GELCIR ANIBIO ZMYSLONY**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS -
CNM**
ADV.(A/S) : **PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA
SILVEIRA**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE
GRUPO- ABRAMGE**
ADV.(A/S) : **RICARDO RAMIRES FILHO**
AM. CURIAE. : **FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE
SUPLEMENTAR- FENASAÚDE**
ADV.(A/S) : **FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF**
ADV.(A/S) : **RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA**

**EMENTA: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ISSQN. ART.
156, III, CRFB/88. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS DE
QUALQUER NATUREZA. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.
CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DECLARADA PELO
ACÓRDÃO EMBARGADO, EM PROCESSO SUBMETIDO AO
REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DA MENÇÃO AO
SEGURO-SAÚDE DA TESE JURÍDICA FIXADA. POSSIBILIDADE.
NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS LIMITES OBJETIVOS E
SUBJETIVOS DA QUESTÃO JURÍDICA SUBMETIDA AO**

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

PLENÁRIO POR OCASIÃO DO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONCLUSÃO QUE NÃO AFASTA POSSÍVEL MUDANÇA FUTURA DE ENTENDIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O regime jurídico tributário das empresas operadoras de planos de saúde, tributadas pelo ISSQN, não se aplica às seguradoras de saúde, posto estarem submetidas ao IOF, razão pela qual a eventual imposição também do imposto sobre serviços às últimas implicaria dupla tributação.

2. A objetivação do controle difuso de constitucionalidade não permite a ampliação pela tese jurídica final do espectro da questão constitucional identificada na manifestação do Relator que reconhece a repercussão geral, porquanto tal atitude inviabilizaria o exercício do contraditório pelas partes e terceiros interessados.

3. Tese: **“As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88.”**

4. A incidência do ISSQN sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde, cuja constitucionalidade foi afirmada pela Corte, de acordo com o previsto pelos itens 4.22 e 4.23 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, em sede de repercussão geral, e com base nas premissas assentadas por esta Corte no julgamento dos RE's 547.245 e 592.905 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 02/12/09, DJ de 05/03/10), não acarretou alteração de entendimento apta a ensejar a revisão de enunciado sumulado.

5. Deveras, a referida conclusão não afasta a possibilidade de nova apreciação do tema pela Corte em casos futuros, em razão de ulterior alteração legislativa, notadamente no que concerne ao RE 116.121 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 25/05/01).

6. Embargos de declaração parcialmente providos.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em dar parcial provimento aos terceiros embargos de declaração apenas para corrigir a tese jurídica fixada no julgamento de 29.9.2016, dela excluindo-se a referência ao “seguro-saúde”, hipótese não contemplada pela presente repercussão geral, resultando na seguinte redação: “*As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88*”, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente).

Brasília, 28 de fevereiro de 2019.

Ministro LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
EMBTE.(S) : **HOSPITAL MARECHAL CÂNDIDO RONDON LTDA**
ADV.(A/S) : **GUILHERME BROTO FOLLADOR**
EMBDO.(A/S) : **SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS DE
MARECHAL CÂNDIDO RONDON - PR**
ADV.(A/S) : **GELCIR ANIBIO ZMYSLONY**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS -
CNM**
ADV.(A/S) : **PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA
SILVEIRA**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE
GRUPO- ABRAMGE**
ADV.(A/S) : **RICARDO RAMIRES FILHO**
AM. CURIAE. : **FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE
SUPLEMENTAR- FENASAÚDE**
ADV.(A/S) : **FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF**
ADV.(A/S) : **RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo HOSPITAL MARECHAL CÂNDIDO RONDON LTDA., então recorrente, contra acórdão proferido por este Plenário, nos autos do recurso extraordinário em referência, cuja ementa transcreve-se abaixo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. ART. 156, III, CRFB/88. CONCEITO

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ARTIGOS 109 E 110 DO CTN. AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (PLANO DE SAÚDE E SEGURO-SAÚDE) REALIZAM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SUJEITA AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA-ISSQN, PREVISTO NO ART. 156, III, DA CRFB/88. 1. O ISSQN incide nas atividades realizadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde (Plano de Saúde e Seguro-Saúde). 2. A coexistência de conceitos jurídicos e extrajurídicos passíveis de recondução a um mesmo termo ou expressão, onde se requer a definição de qual conceito prevalece, se o jurídico ou o extrajurídico, impõe não deva ser excluída, a priori, a possibilidade de o Direito Tributário ter conceitos implícitos próprios ou mesmo fazer remissão, de forma tácita, a conceitos diversos daqueles constantes na legislação infraconstitucional, mormente quando se trata de interpretação do texto constitucional. 3. O Direito Constitucional Tributário adota conceitos próprios, razão pela qual não há um primado do Direito Privado. 4. O art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional, posto inadmissível interpretação autêntica da Constituição encartada com exclusividade pelo legislador infraconstitucional. 5. O conceito de prestação de “serviços de qualquer natureza” e seu alcance no texto constitucional não é condicionado de forma imutável pela legislação ordinária, tanto mais que, de outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de estabilização com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo a gerar confusão entre os planos normativos. 6. O texto constitucional ao empregar o signo “serviço”, que, a priori, conota um conceito específico na legislação infraconstitucional, não inibe a exegese constitucional que conjura o conceito de Direito Privado. 7. A exegese da Constituição configura a limitação hermenêutica dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, por isso que, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer, para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISS e o ICMS, seja utilizada no âmbito do Direito Tributário, à luz do que dispõem os artigos 109 e 110, do CTN, novos critérios de interpretação têm progressivamente ampliado o seu espaço,

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

permitindo uma releitura do papel conferido aos supracitados dispositivos. 8. A doutrina do tema, ao analisar os artigos 109 e 110, aponta que o CTN, que tem status de lei complementar, não pode estabelecer normas sobre a interpretação da Constituição, sob pena de restar vulnerado o princípio da sua supremacia constitucional. 9. A Constituição posto carente de conceitos verdadeiramente constitucionais, admite a fórmula diversa da interpretação da Constituição conforme a lei, o que significa que os conceitos constitucionais não são necessariamente aqueles assimilados na lei ordinária. 10. A Constituição Tributária deve ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que vão desde o literal até o sistemático e teleológico, sendo certo que os conceitos constitucionais tributários não são fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua interpretação, como a Ciência das Finanças, Economia e Contabilidade. 11. A interpretação isolada do art. 110, do CTN, conduz à prevalência do método literal, dando aos conceitos de Direito Privado a primazia hermenêutica na ordem jurídica, o que resta inconcebível. Consequentemente, deve-se promover a interpretação conjugada dos artigos 109 e 110, do CTN, avultando o método sistemático quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados pela Constituição, e, de outro, o método teleológico quando não haja a constitucionalização dos conceitos. 12. A unidade do ordenamento jurídico é conferida pela própria Constituição, por interpretação sistemática e axiológica, entre outros valores e princípios relevantes do ordenamento jurídico. 13. Os tributos sobre o consumo, ou tributos sobre o valor agregado, de que são exemplos o ISSQN e o ICMS, assimilam considerações econômicas, porquanto baseados em conceitos elaborados pelo próprio Direito Tributário ou em conceitos tecnológicos, caracterizados por grande fluidez e mutação quanto à sua natureza jurídica. 14. O critério econômico não se confunde com a vetusta teoria da interpretação econômica do fato gerador, consagrada no Código Tributário Alemão de 1919, rechaçada pela doutrina e jurisprudência, mas antes em reconhecimento da interação entre o Direito e a Economia, em substituição ao formalismo jurídico, a permitir a

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

incidência do Princípio da Capacidade Contributiva. 15. A classificação das obrigações em “obrigação de dar”, de “fazer” e “não fazer”, tem cunho eminentemente civilista, como se observa das disposições no Título “Das Modalidades das Obrigações”, no Código Civil de 2002 (que seguiu a classificação do Código Civil de 1916), em: (i) obrigação de dar (coisa certa ou incerta) (arts. 233 a 246, CC); (ii) obrigação de fazer (arts. 247 a 249, CC); e (iii) obrigação de não fazer (arts. 250 e 251, CC), não é a mais apropriada para o enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, pelo que deve ser apreciada cum grano salis. 16. A Suprema Corte, ao permitir a incidência do ISSQN nas operações de leasing financeiro e leaseback (RREE 547.245 e 592.205), admitiu uma interpretação mais ampla do texto constitucional quanto ao conceito de “serviços” desvinculado do conceito de “obrigação de fazer” (RE 116.121), verbis: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o leasing operacional, [ii] o leasing financeiro e [iii] o chamado leaseback. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço. A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil (leasing financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do leasing financeiro e do leaseback. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (grifo nosso)(RE 592905, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2009). 17. A lei complementar a que se refere o art. 156, III, da CRFB/88, ao definir os serviços de qualquer natureza a serem tributados pelo ISS a) arrola serviços por natureza; b) inclui serviços que, não exprimindo a natureza de outro tipo de atividade, passam à categoria de serviços, para fim de incidência do tributo, por força de

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

lei, visto que, se assim não considerados, restariam incólumes a qualquer tributo; e c) em caso de operações mistas, afirma a prevalência do serviço, para fim de tributação pelo ISS. 18. O artigo 156, III, da CRFB/88, ao referir-se a serviços de qualquer natureza não os adstringiu às típicas obrigações de fazer, já que raciocínio adverso conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o Direito Privado, o que contrasta com a maior amplitude semântica do termo adotado pela constituição, a qual inevitavelmente leva à ampliação da competência tributária na incidência do ISSQN. 19. A regra do art. 146, III, "a", combinado com o art. 146, I, CRFB/88, remete à lei complementar a função de definir o conceito "de serviços de qualquer natureza", o que é efetuado pela LC nº 116/2003. 20. A classificação (obrigação de dar e obrigação de fazer) escapa à ratio que o legislador constitucional pretendeu alcançar, ao elencar os serviços no texto constitucional tributáveis pelos impostos (v.g., serviços de comunicação – tributáveis pelo ICMS, art. 155, II, CRFB/88; serviços financeiros e securitários – tributáveis pelo IOF, art. 153, V, CRFB/88; e, residualmente, os demais serviços de qualquer natureza – tributáveis pelo ISSQN, art. 156, III, CRFB/88), qual seja, a de captar todas as atividades empresariais cujos produtos fossem serviços sujeitos a remuneração no mercado. 21. Sob este ângulo, o conceito de prestação de serviços não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil, mas relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador. 22. A LC nº 116/2003 imbricada ao thema decidendum traz consigo lista anexa que estabelece os serviços tributáveis pelo ISSQN, dentre eles, o objeto da presente ação, que se encontra nos itens 4.22 e 4.23, verbis: "Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. (...) 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

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.” 23. A exegese histórica revela que a legislação pretérita (Decreto-Lei nº 406/68) que estabelecia as normas gerais aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza já trazia regulamentação sobre o tema, com o escopo de alcançar estas atividades.

24. A LC nº 116/2003 teve por objetivo ampliar o campo de incidência do ISSQN, principalmente no sentido de adaptar a sua anexa lista de serviços à realidade atual, relacionando numerosas atividades que não constavam dos atos legais antecedentes. 25. A base de cálculo do ISSQN incidente tão somente sobre a comissão, vale dizer: a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros prestadores dos serviços, conforme assentado em sede jurisprudencial. 27. Ex positis, em sede de Repercussão Geral a tese jurídica assentada é: “As operadoras de planos de saúde e de seguro-saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88”. 28. Recurso extraordinário DESPROVIDO.”

Sustenta a Embargante, em síntese, a existência de erro material, contradição e omissão no v. acórdão embargado. Em relação à alegação de erro material e contradição, a embargante esclarece que a tributação do “seguro-saúde” não foi objeto da demanda, de forma que a tese jurídica fixada ao final do julgamento, além de não corresponder à hipótese dos autos, contraria a competência privativa da União para tributar as operações de seguro, nos termos do art. 153, V, da Constituição Federal e do próprio voto condutor do acórdão. Já em relação às omissões apontadas, a embargante aduz a necessidade de manifestação desta Corte acerca da competência residual da União, prevista pelo art. 154, I, da Constituição Federal, bem como a necessidade de enfrentamento da questão relativa à superação ou não do entendimento consubstanciado pela Súmula Vinculante nº 31 do STF.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

Com base nisso, requer a correção do enunciado da tese de repercussão geral para dele expurgar a referência ao “seguro-saúde”, sanando a contradição e o erro material apontados, além da expressa manifestação do Colegiado acerca das alegadas omissões.

Em contrarrazões, o Município de Marechal Cândido Rondon-PR, o Município de São Paulo e a Confederação Nacional dos Municípios – CNM alegam que a tese fixada em sede de repercussão geral não deve ser alterada, eis que reflete a adequada interpretação constitucional do conceito de serviços dada pela Corte. Ademais, não haveria qualquer omissão no v. Acórdão a ser sanada pela Corte.

É o relatório.

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Primeiramente, conheço os embargos de declaração opostos pelo HOSPITAL MARECHAL CÂNDIDO RONDON LTDA. e, quanto ao mérito, observo desde já que o pleito efetuado pela Embargante merece ser acolhido em parte, pelas razões de fato e de direito que passo a expor.

Com efeito, os embargos de declaração foram opostos visando sanar (i) o erro material e a contradição apontados e caracterizados pela dissonância entre a tese fixada para fins de repercussão geral e as razões de decidir expostas no voto condutor do acórdão, de minha lavra, que resultaria na apreciação de questão constitucional que não fora submetida à análise da Corte pelo presente recurso extraordinário. Em adição, a Embargante pretende ver sanadas as supostas (ii) omissões quanto à competência residual da União, prevista pelo art. 154, I, da Constituição Federal e quanto à superação ou não do entendimento consubstanciado pela Súmula Vinculante nº 31 do STF.

Em relação ao primeiro ponto, a Embargante suscita a inadequação do enunciado da tese ao caso concreto julgado pela Corte em 29/09/16, sob dois fundamentos: i.1) inobservância aos limites objetivo e subjetivo da questão constitucional submetida à análise do Plenário; e i.2) ausência de competência do Município para a tributação da atividade de seguro-saúde.

Em relação ao primeiro fundamento, aduz que a questão constitucional afetada à repercussão geral faz referência apenas às atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde e não às atividades de seguro privado de assistência à saúde, razão pela qual as operadoras de seguro-saúde não poderiam ter sido incluídas na tese

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

jurídica final, não tendo participado do feito em momento algum.

Por sua vez, em relação ao segundo fundamento, alega que a competência para tributar as atividades ligadas ao seguro-saúde seria da União, por meio do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF, razão pela qual o Município não poderia tributá-las pelo ISSQN.

A fim de subsidiar a presente análise, destaco que a tese jurídica fixada pelo Plenário na ocasião foi a seguinte: *“As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88”* (Tema nº 581).

Aprecio, então, a adequação da tese fixada para fins de repercussão geral sob os dois prismas suscitados, bem como as supostas omissões apontadas pela Embargante, as quais ao final reputo improcedentes.

i) Adequação da tese jurídica final fixada pelo v. acórdão.

i.1) Delimitação objetiva e subjetiva da questão constitucional apreciada.

O recurso extraordinário, objeto de apreciação por esta Corte na sessão plenária de 29/09/16, tem origem a partir da impetração de mandado de segurança preventivo em face do Secretário Municipal de Finanças de Marechal Cândido Rondon-PR, pelo contribuinte, Hospital Marechal Cândido Rondon LTDA., pessoa jurídica de direito privado que, dentre outras atividades, administra planos de saúde, mediante autorização da Agência Nacional de Saúde – ANS. Visava a Impetrante, basicamente, a obtenção de provimento jurisdicional para:

“a) determinar à Impetrada que se abstenham ela e seus subordinados de praticar qualquer ato no sentido da cobrança do ISS sobre as receitas que a Impetrante aufere em razão da administração de

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

planos de saúde;

b) sucessivamente, na hipótese de não acolhimento do pedido objeto do item 'a', supra, determinar a autoridade impetrada que se abstenham ela e seus subordinados de praticar qualquer ato no sentido de cobrar o ISS sobre as receitas que não correspondam à efetiva atividade administrativa desempenhada pela Impetrante ou, quando não, que se abstenham de cobrar o ISS sobre as receitas que a Impetrante utiliza para pagamento ou reembolso pelos serviços prestados por terceiros aos seus beneficiários, tais como os valores destinados ao pagamento de médicos, hospitais, laboratórios e clínicas especializadas."

Nesse sentido, aduziu que, embora diversos dos contratos de seguro-saúde, os contratos de planos de saúde que administra possuiriam verdadeira natureza securitária, razão pela qual deveriam ter o mesmo tratamento jurídico-tributário conferido àqueles. Sob essa ótica, defendeu não ser possível o enquadramento das suas atividades no conceito de serviço, definido pela Constituição como materialidade econômica sujeita à incidência do imposto sobre serviços, de competência municipal, eis que as atividades securitárias estariam sujeitas apenas ao IOF, de competência da União Federal.

Sucessivamente, alegou a necessidade de se excluir da base de cálculo do ISS os valores referentes ao pagamento ou reembolso pelos serviços prestados por terceiros.

Nas informações prestadas, a Autoridade Coatora destacou que a atividade da Impetrante se limitaria à administração de planos de saúde, nos termos da cláusula terceira do seu contrato social, cuja equiparação à atividade securitária não seria possível, não possuindo o contribuinte, ademais, autorização para a realização da atividade de seguro.

A r. sentença de 1º grau denegou a segurança, entendendo que a atividade desempenhada pela então Impetrante constituiria verdadeiro

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

serviço, sujeito à competência do Município, nos termos do art. 156, III, da Constituição Federal e da LC nº 116/03.

Em seguida, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manteve em parte o entendimento do Juízo singular, registrando que *“a atividade de administração de planos de saúde não se resume a repasses de valores aos profissionais conveniados, mas configura real obrigação de fazer em relação aos seus usuários, não podendo se negar a existência de prestação de serviço.”*

Em relação à base de cálculo, porém, acolheu o pleito sucessivo do mandado de segurança, assentando que ela não abrange o valor bruto entregue à empresa que intermedeia a transação, mas apenas a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros prestadores dos serviços.

Contra o v. acórdão, o contribuinte interpôs recursos especial e extraordinário, alegando, no primeiro, violação à LC nº 116/03 e ao art. 757 do Código Civil de 2002, que trata do contrato de seguro, e no segundo, violação aos arts. 156, III e 153, V, da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, da competência dos Municípios para tributar os serviços de qualquer natureza e da competência da União para tributar as operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Apenas o recurso extraordinário foi admitido, tendo em vista a discussão travada nos autos ser de índole eminentemente constitucional, já que em relação à base de cálculo a tese do contribuinte sagrou-se vencedora.

Veja-se que a manifestação da Procuradoria Geral da República nos autos do recurso extraordinário também evidencia o caráter constitucional da controvérsia e o ponto a ser enfrentado pela Corte no julgamento do mérito recursal, jungido ao conceito constitucional de

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

serviço e a respectiva abrangência da atividade das operadoras de planos de saúde:

“Com efeito, a aquisição de planos de saúde, pelos usuários, gera, para as operadoras, a obrigação de fornecer os serviços dispostos na cobertura contratual, a serem realizados por terceiros (médicos, clínicas, laboratórios, etc), ante o pagamento das mensalidades.

No entanto, a atividade a ser fornecida é o esforço mensal das operadoras (devedora da obrigação) de manter os convênios, pagamento aos terceiros, etc, tendente a produzir a utilização material pelo usuário (credor da obrigação), através de consultas, realizações de exames, hospitalizações, etc, que configura obrigação de fazer.

Nesse contexto, verifica-se que o contrato é essencialmente de garantia, não estando o risco, pois, inserido na prestação devida ao usuário.

Ademais, o fato gerador que faz surgir a obrigação tributária não ocorre com o serviço prestado pelo terceiro - que pode nem se realizar durante o prazo da contratação - mas aquele realizado por ela mesma, sobre o qual deve incidir o ISS.

Do exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo desprovimento do recurso.”

Por fim, transcrevo aqui parte da manifestação por mim levada ao Plenário Virtual, declarando a existência da repercussão geral do tema, bem como delimitando a questão constitucional a ser respondida oportunamente, quando da análise de mérito:

“A questão constitucional posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal, portanto, cinge-se na discussão, à luz dos artigos 153, inciso V, e 156, inciso III, da Constituição Federal, sobre a incidência, ou não, do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde.

A meu juízo, o recurso merece ter reconhecida a repercussão geral, haja vista que o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

Diante do exposto, nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 323, § 1º, do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.” (Grifos aditados)

Esse retrospecto é importante para o balizamento da discussão submetida à apreciação do Plenário, que se limitou efetivamente à **incidência ou não do ISSQN sobre as atividades realizadas pelas operadoras de planos de saúde, não tendo sido o seguro-saúde objeto da controvérsia travada nos autos.**

De fato, é inegável o processo de objetivação pelo qual tem passado o julgamento do recurso extraordinário, marcado pela convergência entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado. Como reflexo desse movimento de transição no ordenamento jurídico brasileiro, foi criado o instituto da repercussão geral, pela Emenda Constitucional nº 45/04, que, em linha com instrumentos existentes em outros ordenamentos, como o *writ of certiorari* do direito americano e a “*importância fundamental*” do direito alemão¹, inseriu o §3º no art. 102 da Constituição Federal (“Art. 102. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”).

Conforme pontuou o Min. Gilmar Mendes no julgamento da questão de ordem no RE 579.431:

“Quando a Constituição, na Emenda Constitucional nº 45, fez a

1 MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; FREIRE, Alexandre. “Da Repercussão Geral. Evolução e Críticas ao Instituto”. In: FUX, Luiz; FREIRA, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coords.). Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p. 351-376.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

opção pelo modelo da repercussão geral, a meu ver - isso já foi observado aqui em outros momentos -, deu-se um fenômeno, gostemos ou não, de certa dessubjetivação ou certa objetivação do recurso extraordinário. O Ministro Sepúlveda Pertence já vinha fazendo essa observação, mas esse passo foi ampliado com a repercussão geral. Conjugado com a súmula vinculante, obviamente isso se torna bastante claro. De modo que esse é um fenômeno que vem se experimentando. É claro que estamos muito longe, hoje, da construção segura da nova dogmática do recurso extraordinário. Estamos, aí, a fazer um pouco um experimentalismo institucional, não é? Estamos a tatear um pouco nesse universo.

É engraçado, Ministro Cezar Peluso, que Heinrich Triepel, numa famosa palestra de 1928, juntamente com Kelsen, celebrando esse modelo do certiorari americano, que era de 1927, dizia: os americanos objetivaram o processo constitucional. É um pouco isso; que de alguma forma nós estamos experimentando no que concerne, agora, ao recurso extraordinário com a repercussão geral." (Pleno, RE 579.431-QO, Rel. Min. Ellen Garcia, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ de 24/10/08)

Nesse ponto, a repercussão geral não apenas constitui um novo pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, que contribui sobremaneira para a racionalização da prestação jurisdicional, como consubstancia verdadeiro instituto da jurisdição constitucional, permitindo ao STF concentrar-se na análise de demandas cujo objeto ultrapassa os interesses subjetivos das partes, bem como lhe eximindo da tarefa de examinar repetidas vezes a mesma matéria, ante o efeito multiplicador das decisões de mérito que apresenta².

Esse modelo põe em destaque o importante papel da Corte de guardiã da Constituição, ao lado de outras funções que exerce, como a de Corte de Revisão e Tribunal da Federação³, possibilitando, ainda, o

2 FUCHS, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. Revista de processo, v. 35, n. 181, p. 9-37, mar., 2010.

3 Nesse sentido: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal,

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

desdobramento da prestação jurisdicional em dois momentos distintos: (i) o primeiro, quando o Tribunal Superior analisa a questão constitucional comum a diversos casos; e (ii) o segundo, quando o juiz da causa, aplicando o entendimento fixado pelo Tribunal quanto à questão comum, julga o caso concreto.

Ocorre que não é só a prestação jurisdicional que se divide em duas etapas, mas o próprio julgamento da controvérsia pela Corte passa pelo desmembramento em dois estágios: (i) o primeiro corresponde à identificação da questão constitucional a ser respondida, seguida da análise de sua repercussão geral pelo Plenário; (ii) já o segundo, que necessariamente pressupõe o reconhecimento da repercussão do tema a ultrapassar os interesses subjetivos da causa, corresponde à efetiva apreciação do mérito recursal.

Embora a repercussão geral se configure como instituto da jurisdição constitucional, isso não significa que ela não se submete ao regramento processual. Muito pelo contrário. Na medida em que o Direito Processual Civil reconhece a influência da Constituição na configuração de seus institutos, papel desempenhado com louvor pelo Novo Código de Processo Civil, emerge a necessidade do estabelecimento de um processualismo mais condizente com o ideal democrático, de forma a abandonar a concepção do processo como mero mecanismo de dominação, para percebê-lo sob uma nova perspectiva, garantidora de direitos fundamentais.

Passa-se, então, da ideia de que o processo é uma barreira, ou uma exclusiva formalidade a ser observada, para a ideia de que o processo representa uma garantia da implementação dos direitos, sobretudo, dos direitos fundamentais. Essa nova concepção, a que Dierle Nunes e Alexandre Bahia aludem como “*processualismo constitucional democrático*”, promove o resgate da importância do papel constitucional do processo,

como Corte Constitucional e Tribunal da Federação. Revista Jurídica Lemi, v. 11, n. 133, dez., 1978, p. 1-38.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

não apenas impondo uma limitação às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes, como garantindo, por outro lado, a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos na formação das decisões judiciais⁴.

Como a ideia dentro desse contexto de ascensão constitucional do processo é justamente a de que as decisões judiciais devem ser fruto de um debate em que devam participar todos os interessados na sua formação, ganha destaque a figura do contraditório, cuja visão também evolui para revelar-se como verdadeiro direito de influência perante o julgador. Por isso, inclusive, o Código de Processo Civil de 2015 reservou dispositivo específico para tratar do instituto do *amicus curiae* (art. 138), garantindo-lhe o direito de recorrer das decisões judiciais nos processos em que atua.

Tratando-se de processo judicial de controle difuso de constitucionalidade, mas cuja decisão final produzirá efeitos que extrapolam os limites subjetivos da demanda e vinculam todo Judiciário, como é o caso da repercussão geral em recurso extraordinário, o Princípio do Contraditório associado à concepção constitucional do processo adquire especial relevância. Afinal, na linha dos estudos desenvolvidos por Cássio Scarpinella Bueno, como alguém pode ser afetado de maneira tão intensa por um julgamento do qual não participou, do qual não podia participar e sequer sabe que existiu? E, prosseguindo, destaca a relevância da figura do *amicus curiae* como colaborador do juiz que encontra nesse contexto, desde as suas primeiras aparições, o melhor ambiente para desenvolvimento⁵. Confira-se, ainda, nesse sentido:

“As pessoas direta ou indiretamente afetadas não devem ficar

4 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos.” *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 101, jul./dez. 2010, p. 83-92.

5 Bueno, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36-38.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

alheias ao julgamento do recurso em que se decidirá matéria de seu interesse. Nem muito menos seria justo que fossem prejudicadas em virtude de um patrocínio deficitário, que por uma razão ou outra, pode não recorrer de um acórdão que não tenha examinado um dos pontos da controvérsia.

[...] ao contrário do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, o recurso extraordinário escolhido para servir como paradigma na aplicação da repercussão geral não necessariamente é aquele melhor aparelhado a tanto. A mesma consideração é válida quanto ao profissional da advocacia por ele responsável. Se este profissional, por exemplo, perder o prazo para a interposição de embargos declaratórios – e.g., para requerer a modulação dos efeitos da decisão do Supremo – pode resultar em prejuízo incalculável a toda a sociedade.

[...]

É nesse aspecto que a participação dos amici curiae ganha relevo. Se as discussões dentro de uma determinada lide ultrapassam os limites da causa para alcançar outros muitos processos, que aguardam sobrestados, por que não ampliar o grau de envolvimento da sociedade afetada? Qual a razão para obstar o concreto exercício processual dos interessados na medida em que o leading case escolhido não necessariamente representa o recurso mais bem aparelhado ao deslinde da controvérsia?”⁶

O cenário descrito acaba trazendo à tona, intimamente ligados à importância do contraditório para a legitimidade do julgamento sob o regime da repercussão geral, o dever de fundamentação das decisões e a regra da publicidade. A conexão aqui é evidente: para que os interessados na decisão judicial possam exercer em sua plenitude o direito de defesa, exercitando o contraditório, é necessário que a referida decisão seja fundamentada de forma clara e precisa com as razões que influenciaram

6 FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. “Amicus Curiae, Repercussão Geral e o Projeto de Código de Processo Civil.” FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Orgs.). Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Salvador: Editora Juspodium, 2013. p. 882-883 e 886-887.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

no convencimento do magistrado e, mais ainda, é preciso que tais fundamentos sejam conhecidos publicamente.

Trazendo a análise para a hipótese do julgamento da repercussão geral em sede de recurso extraordinário, como já mencionei anteriormente, tem-se que o mesmo se desmembra em dois momentos distintos: (i) o primeiro, em que a Corte analisa a existência da repercussão geral, delimitando os pontos objeto de controvérsia constitucional a ser sanada durante o julgamento de mérito; (ii) e o segundo, em que o mérito da questão identificada na etapa anterior será efetivamente analisado pelo Colegiado.

Assim, pode-se dizer que o julgamento do recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral tem início a partir da manifestação do Ministro Relator no sentido da existência da repercussão geral, com a conseqüente delimitação da questão constitucional controvertida, seja no Plenário Virtual, seja de forma presencial mediante questão de ordem, encerrando-se com o julgamento final de mérito pela Corte. Nessa linha:

“Inicialmente, a apreciação da repercussão geral criou uma perplexidade no STF, pois desdobrou o julgamento em duas fases: primeiro, a análise da existência de repercussão geral e, posteriormente, a apreciação do mérito da controvérsia caso reconhecida a repercussão geral.”⁷

Esse reconhecimento, tanto do papel essencial do exercício do contraditório no controle difuso de constitucionalidade em recursos submetidos à repercussão geral, quanto do desmembramento do julgamento em duas etapas (reconhecimento da repercussão geral e análise de mérito) é vital para o raciocínio que pretendo introduzir.

Afirmo isso porque, em atenção ao contraditório, à segurança

7 FUCK, Luciano Felício. Op. Cit. p.12.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

jurídica, à estabilidade das decisões e à própria ideia de democratização do processo, pode-se afirmar com segurança que os dois momentos mais importantes do julgamento de uma repercussão geral correspondem: **(i)** ao reconhecimento da repercussão geral com a respectiva delimitação da questão constitucional a ser respondida; e **(ii)** à fixação da tese que solucionará a questão constitucional analisada pela Corte, e que será aplicável aos casos futuros idênticos.

Explico. No momento em que o Relator reconhece a transcendência subjetiva do tema e submete à apreciação do Colegiado as razões pelas quais entende que a matéria merece o reconhecimento de sua repercussão geral, ele delimita o alcance objetivo e subjetivo da questão constitucional que será apreciada quando da análise de mérito.

Por isso, em sua manifestação, deve o Relator, a partir do caso concreto, identificar de forma precisa a questão ou as questões constitucionais que deverão ser respondidas pela Corte Suprema. Não por acaso, o art. 1.037, I, do CPC/2015 determina expressamente a necessidade de fixação dos pontos controvertidos pelo Relator logo no início do julgamento, ou seja, na manifestação pela afetação do recurso, *verbis*:

“Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;” (Grifos aditados)

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

Como bem destaca Luiz Guilherme Marinoni, a racionalidade do exercício da função da Corte demanda que, logo no início do julgamento, sejam delineados os fundamentos de direito que serão discutidos pelo Colegiado. Isso não apenas para que não haja dúvida sobre o objeto da deliberação. A delimitação dos fundamentos que devem ser enfrentados garante a racionalidade do desenvolvimento da discussão, inibindo o trato de questões irrelevantes, bem como a participação de apenas alguns membros do Colegiado na análise de pontos relevantes. Em outras palavras, a prévia definição do objeto do julgamento tem importância quando se almeja uma *ratio decidendi* precisa, com o consequente afastamento de eventuais *obiter dicta*.⁸

Contudo, o delineamento inicial e preciso dos fundamentos de direito que serão analisados pela Corte é importante não só para fins de identificação da *ratio decidendi* que orientará os casos futuros, separando-a das alegações em *obiter dictum*, como para fins de permitir ao Colegiado, às partes e aos terceiros possivelmente afetados pelo resultado final da lide o conhecimento prévio das questões jurídicas que serão debatidas durante o julgamento de mérito. São essas as razões de fundo que justificam o dever de fundamentação clara e precisa do Relator na afetação do recurso, bem como a publicidade da sua manifestação e da respectiva votação do Plenário acerca da repercussão geral.

A fundamentação, expressa pela identificação da questão constitucional a ser resolvida, aliada à publicidade da manifestação e da votação acerca da existência da repercussão geral, são, assim, os mecanismos que garantem a possibilidade de exercício do contraditório pelas partes e terceiros, em linha com a ideia democrática de processo. Do contrário, seria impossível saber de antemão quais as questões jurídicas que serão julgadas pela Corte e a extensão dos debates, impossibilitando, igualmente, a preparação das partes, de eventuais terceiros interessados e dos próprios Ministros que participarão do julgamento de mérito.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. "Julgamento colegiado e precedente." Revista de Processo, vol. 264, fev./2017, p.357-394.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

E mais: arrisco dizer que essa é a base para o sucesso do sistema de precedentes em relação à jurisdição constitucional exercida pelo STF, juntamente com a fixação da tese final, que nada mais é do que a essência do julgamento expressa em uma única sentença.

Então, se, por um lado, a objetivação do controle difuso de constitucionalidade confere ao recurso extraordinário a capacidade de produzir um julgamento cujos efeitos irão se irradiar por toda sociedade, por outro, não é possível perder de vista que ainda se trata de um processo subjetivo, com origem no conflito entre duas ou mais partes. Desse modo, a única forma de compatibilizar esse processo de objetivação com a ideia de um processualismo verdadeiramente democrático é garantindo a todos os interessados a possibilidade de acompanhar e de ao menos ter os seus interesses representados dentro daquela demanda, seja participando de audiências públicas, seja pela intervenção na qualidade de *amici curiae*.

Não obstante, só é possível aos terceiros que não fizeram parte da lide originária a identificação da existência de um interesse direto no julgamento final de mérito a partir do reconhecimento da repercussão geral da matéria em discussão, com a consequente publicização dos fundamentos de direito que serão analisados pelo Tribunal no momento devido.

Com isso, quero dizer que a convergência entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado pode até conduzir à possibilidade de extravasamento do quadro fático da lide representativa da controvérsia pela Suprema Corte, a fim de dar uma amplitude maior ao julgamento da questão constitucional no recurso extraordinário. Entretanto, essa amplitude deve ser delimitada no momento do reconhecimento da repercussão geral, que é justamente quando se dá o início do julgamento que formará o precedente. Quanto à possibilidade

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

de superação do quadro fático no julgamento da repercussão geral, confira-se:

*“Destaque-se que, nos termos do art. 102, § 3.º, da CF/1988 (LGL\1988\3), a repercussão geral é da questão constitucional discutida, não da causa, das partes ou do recurso extraordinário propriamente dito (DANTAS, 2008, p. 30). Essa vinculação à controvérsia constitucional acarreta a admirável objetivação do julgamento do recurso extraordinário, permitindo ao STF conhecer de fundamentos além dos expostos na petição de recurso extraordinário e apreciar de forma completa e aprofundada a questão constitucional. Em outras palavras, cuida-se de evidente elemento objetivo no modelo difuso de constitucionalidade, que permite a resolução de diversos casos concretos simultaneamente”.*⁹

É o caso, por exemplo, do RE nº 565.714 (Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 07/08/08), cujo contexto fático tratava da utilização do salário-mínimo como base para fixação de benefício recebido por policial militar do Estado de São Paulo, mas cuja amplitude da discussão foi reconhecida para além da questão específica relativa aos servidores públicos daquele Estado, tendo a Corte ao final fixado a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como indexador de qualquer vantagem, tanto para empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, quanto para servidores públicos municipais, estaduais, federais e distritais.

Observe-se que já na manifestação da Ministra Relatora, no sentido de reconhecer a repercussão geral da matéria, fica clara a amplitude que será dada à questão constitucional a ser apreciada pelo STF:

“6. Entendo, assim, configurada a relevância jurídica da matéria, dada a divergência jurisprudencial no próprio Supremo Tribunal Federal, além da transcendência aos interesses das partes, pois a solução a ser definida por este Tribunal balizará não

9 FUCK, Luciano Felício. Op. Cit. p. 08.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

apenas o regime remuneratório dos servidores públicos, como, também, a disciplina adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho para o adicional de insalubridade devido nas relações por ela regidas.

7. Pelo exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário, em razão do pleno atendimento do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil e submeto-a à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal.” (Grifos no original)

O que não pode ocorrer é o Tribunal ampliar a abordagem do tema por ocasião do julgamento de mérito do recurso extraordinário sem ter manifestado claramente essa intenção no momento do reconhecimento da repercussão geral. E isso se deve justamente ao fato de que, ao assim proceder, surpreende-se não apenas os demais julgadores, como as partes e, principalmente, aqueles que serão afetados pela extensão da abordagem da questão constitucional que não fora antes suscitada, sem a possibilidade de apresentação de seus argumentos ou de representação de seus interesses. Tal atitude, por certo, representa desrespeito não apenas ao Princípio do Contraditório e à Segurança Jurídica, como à própria estabilidade do precedente, na medida em que este último não expressará o debate democrático entre todos os atores do processo.

Daí a importância crucial desses dois momentos processuais distintos no julgamento das repercussões gerais pelo Supremo Tribunal Federal: **1)** o momento do reconhecimento da repercussão geral com a manifestação do Relator, em que se identificam as questões constitucionais que serão analisadas; e **2)** o momento da fixação da tese jurídica que representa a síntese do julgamento final de mérito pela Corte. Essas duas etapas devem estar indissociavelmente interligadas na visão processual mais moderna, diretamente influenciada pela força normativa do texto constitucional.

Com efeito, a conclusão a que se pode chegar é que **não pode a tese**

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

jurídica final do julgamento ampliar o espectro da questão constitucional identificada pela manifestação do Relator que reconhece a repercussão geral, pois isso subtrai a possibilidade de influir no debate dos terceiros interessados no julgamento, que passarão a ser afetados pela amplitude do resultado final. Caso se pretenda ampliar o debate constitucional acerca do tema, isso deve ser feito no início do julgamento, ou seja, no momento em que reconhecida a repercussão geral pelo Plenário.

Como bem sintetizou Sérgio Cruz Arenhart, não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros, o que não se tolera é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto ou que possam opor-se a esse comando. Enfim, o que não pode ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com estabilidade de coisa julgada).¹⁰

A partir dessa conclusão, aplicando-a ao caso concreto, observo que a tese jurídica fixada realmente ampliou o espectro da questão constitucional inicialmente delimitada por mim, quando do reconhecimento da repercussão geral do Tema nº 581.

Retomando o que expus no início, as partes da demanda originária eram apenas: o Hospital Marechal Cândido Rondon LTDA., pessoa jurídica de direito privado, que dentre outras atividades, administra planos de saúde; e o Secretário Municipal de Fazenda de Marechal Cândido Rondon-PR. Em nenhum momento nos autos houve a intervenção de entidade que opera seguros-saúde, de forma que qualquer menção às seguradoras de saúde e às atividades por elas desenvolvidas extrapola o quadro fático do caso julgado.

Ainda que se possa falar em superação dos limites fáticos da

10 ARENHART, Sérgio Cruz. “Os terceiros e as decisões vinculantes no Novo CPC”. Rev. TST, Brasília, vol. 82, nº 2, abr/jun 2016. p. 303-304.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

demanda, tendo em vista se tratar de julgamento em sede de repercussão geral, como já salientei, para que isso seja possível, é necessário que desde o início do julgamento a Corte reconheça a amplitude que pretende dar à questão constitucional discutida. O que significa dizer que a questão ou as questões constitucionais identificadas na manifestação do Relator pelo reconhecimento da repercussão geral, além de serem expostas de forma clara e precisa, devem efetivamente corresponder à tese jurídica deliberada ao final do julgamento, não podendo ficar nem além e nem aquém dos limites estabelecidos na manifestação inicial.

E na manifestação inicial que encaminhei, cuja deliberação pelo Plenário desta Corte resultou no reconhecimento da repercussão geral (Tema nº 581), não houve, igualmente, menção às operadoras de seguro-saúde e nem às atividades que tais empresas desempenham. Justamente em razão disso, não houve pedido nos autos para a intervenção como *amicus curiae* por parte de nenhuma entidade representativa do setor securitário, porquanto seria impossível prever a ampliação da questão jurídica ao final do julgamento para alcançar as empresas do respectivo ramo.

Desta feita, em homenagem à razoabilidade que se espera das decisões judiciais, à segurança jurídica, ao contraditório em sua mais moderna acepção, e à estabilidade do sistema de precedentes consolidado a partir da vigência do Novo Código, **reputo necessária a revisão da tese fixada por esta Corte, tão somente a fim de dela excluir a menção ao "seguro-saúde", cuja inserção desborda dos limites objetivos e subjetivos da questão jurídica submetida à análise do Plenário.**

i.2) Delimitação da competência constitucional para a tributação das atividades ligadas ao seguro-saúde.

Sendo o primeiro fundamento, por si só, suficiente para o acolhimento parcial dos presentes embargos com a correspondente

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

correção da tese jurídica fixada, nem por isso deixo de me manifestar acerca do segundo ponto suscitado pela Embargante. É que a sua análise vem apenas a corroborar a conclusão que se desenha, deixando claro que as demais operadoras de planos de saúde não se confundem com as seguradoras de saúde, de modo que não apenas as atividades econômicas são diversas, como o regime jurídico-tributário também o é. Senão, vejamos.

O sistema de saúde suplementar é atualmente formado pelas operadoras de assistência privada à saúde e é regido pela Lei nº 9.656/98, a qual em seu art. 1º, incisos I e II, e § 1º, dispõe:

“Art. 1o Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços 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 consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

[...]

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;*
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;*
- c) reembolso de despesas*
- d) mecanismos de regulação;*
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e*
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.”*

Como operadoras de assistência privada à saúde, deve-se entender tanto as seguradoras especializadas em saúde quanto as demais prestadoras de assistência à saúde, não havendo mais distinção entre elas **para fins regulatórios**. Entretanto, nem sempre foi assim. O quadro atual da assistência privada à saúde brasileira é fruto de uma convergência regulatória operada ao longo dos anos, mediante processo de alteração legislativa que acabou submetendo todas as prestadoras de serviços de assistência à saúde à fiscalização da Agência Nacional de Saúde - ANS.

Esse processo, contudo, não teve o condão de equiparar a natureza jurídica das atividades desempenhadas pelas seguradoras de saúde às atividades exercidas pelas demais operadoras de assistência privada à saúde, de forma que a unificação ocorreu apenas para fins de fiscalização e regulamentação da atividade.

Aliás, é importante frisar que os planos privados de assistência à saúde são operados por diversas entidades, além das seguradoras, sendo que cada qual se submete a disposições jurídicas específicas, a despeito da unificação regulatória. Assim é que a Lei nº 9.656/98 utiliza o termo **“Operadora de Plano de Assistência à Saúde”** para se referir, em sentido amplo, a uma gama de operadoras que compõem a estrutura empresarial do setor de saúde suplementar, apresentando diferentes

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

modalidades de atuação no mercado. São elas: as entidades de medicina de grupo; as seguradoras especializadas em saúde; as cooperativas médicas; as entidades filantrópicas; as entidades de autogestão; as odontologias de grupo; as cooperativas odontológicas; e as administradoras de benefício.

Nem todas essas entidades, porém, se submetem ao mesmo regime jurídico-tributário. Em relação ao seguro-saúde, inclusive, não havia sequer correspondência entre os regimes regulatórios, constando, na redação original da Lei nº 9.656/98, menção expressa às atividades desenvolvidas pelas operadoras de seguro-saúde (art. 1º, §1º), *verbis*:

Redação original

“Art. 1º. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se:

I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros;

II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.” (Grifos aditados)

Nesse contexto, as demais disposições da Lei nº 9.656/98 remetiam à ANS a regulação das atividades das demais operadoras de planos

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

privados de saúde e à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP a regulação das atividades das seguradoras de saúde. A diferença entre as atividades desenvolvidas é claramente observada na redação original do art. 2º:

Redação original

“Art. 2º. Para o cumprimento das obrigações constantes do contrato, as pessoas jurídicas de que trata esta Lei poderão:

I - nos planos privados de assistência à saúde, manter serviços próprios, contratar ou credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano;

II - nos seguros privados de assistência à saúde, reembolsar o segurado ou, ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores, livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos, nos limites da apólice.

Parágrafo único. Nos seguros privados de assistência à saúde, e sem que isso implique o desvirtuamento do princípio da livre escolha dos segurados, as sociedades seguradoras podem apresentar relação de prestadores de serviços de assistência à saúde.” (Grifos aditados)

Enquanto as demais operadoras de planos privados de saúde devem manter serviços próprios ou uma rede de pessoas físicas ou jurídicas credenciadas e legalmente habilitadas, reembolsando o beneficiário das despesas referentes a eventos cobertos pelo plano, as seguradoras de saúde não possuem serviços próprios de saúde e nem uma rede credenciada.

A atividade primordial das seguradoras de saúde é justamente o reembolso do segurado em relação às despesas de saúde até o limite da apólice ou o pagamento direto aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado. A seguradora pode, no máximo, possuir uma rede referenciada de profissionais e estabelecimentos de saúde, mas não uma rede

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

credenciada.

No seguro-saúde, portanto, o reembolso é a regra, enquanto para demais as operadoras de planos de saúde o reembolso é excepcional. Aliás, é a obrigação de ressarcimento de despesa decorrente de evento futuro e incerto relativo à saúde que confere ao seguro-saúde um caráter aleatório, caracterizando-o como típico contrato de seguro, na esteira do disposto no art. 757 do Código Civil. Essa modalidade de seguro, inclusive, já possuía previsão legal antes mesmo da vigência da Lei nº 9.656/98, nos termos dos arts. 129 e seguintes do Decreto-Lei nº 37/66 (Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências).

Logo após a vigência da Lei nº 9.656/98, foi editada a Medida Provisória nº 1.908/99, suprimindo todas as referências da lei ao seguro-saúde e regulamentando a transição da competência regulatória da SUSEP para o Ministério da Saúde, em relação às operadoras de seguro-saúde. Na sequência, foram editadas a Lei nº 10.185/01 e a Medida Provisória nº 2.177-44/01, tendo a primeira o objetivo de dispor especificamente acerca das sociedades seguradoras especializadas em assistência à saúde.

Já no art. 1º, a Lei nº 10.185/01 vedou a atuação das seguradoras especializadas em assistência à saúde em outros ramos ou modalidades, submetendo-as, no § 2º, à fiscalização da ANS e não mais da SUSEP. No art. 2º, por sua vez, enquadrou o seguro-saúde como espécie de “*Plano Privado de Assistência à Saúde*” e a sociedade seguradora especializada em assistência à saúde como “*Operadora de Plano de Assistência à Saúde*”.

A MP nº 2.177-44/01, a seu turno, promoveu alterações na Lei nº 9.656/98, conferindo-lhe a redação atual, que considera as seguradoras especializadas em saúde e as demais prestadoras de assistência à saúde como “*Operadoras de Planos de Assistência à Saúde*”. O mesmo observa-se

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

em relação à definição de “*Plano Privado de Assistência à Saúde*”, que engloba tanto as atividades das seguradoras de saúde, quanto as atividades de todas as demais prestadoras de assistência privada à saúde. Com isso, todas as sociedades atuantes no ramo, independentemente da forma de organização e ainda que se qualifiquem como seguradoras, passaram a se submeter à regulação da ANS.

Ainda assim, embora as seguradoras de saúde também se submetam à competência regulatória da ANS no que concerne à gestão da política de assistência à saúde, o tratamento jurídico dado às seguradoras não é o mesmo dado a outras empresas prestadoras de assistência privada à saúde. **E aqui, com o intuito de separar as empresas prestadoras de assistência privada à saúde sujeitas à incidência do ISSQN das seguradoras especializadas em saúde, denominarei as primeiras apenas como “*demais operadoras de planos de saúde*”, dada a amplitude conferida pela legislação ao termo “*Operadora de Plano de Assistência à Saúde*”.**

Como tais (“*demais operadoras de planos de saúde*” sujeitas à incidência do ISSQN), há, por exemplo, as cooperativas médicas e odontológicas quando prestam serviços a terceiros e também as empresas de medicina de grupo. Não me refiro, portanto, nem às seguradoras especializadas em saúde, nem às entidades de autogestão, ou de filantropia.

Nesse ponto, observo que as seguradoras, ainda que especializadas em saúde, dada a peculiaridade da atividade que desenvolvem, devem cumprir as diretrizes específicas editadas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, órgão integrante do Sistema Financeiro Nacional, no que concerne à aplicação dos ativos garantidores das reservas técnicas. É o que determina o §5º, do art. 1º, da própria Lei nº 10.185/01, *verbis*:

“Art. 1º. § 5º As sociedades seguradoras especializadas em seguro saúde, nos termos deste artigo, continuarão subordinadas às

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

normas sobre as aplicações dos ativos garantidores das provisões técnicas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.”

As reservas técnicas garantem os riscos assumidos junto aos segurados, cujo investimento, assim como o dos recursos das provisões e fundos, deve seguir as diretrizes do Banco Central do Brasil. Ademais, as seguradoras são obrigadas a constituir uma “Margem de Solvência” com recursos próprios para lastrear suas operações, formando uma poupança interna de longo prazo.

As demais entidades que integram o sistema de saúde suplementar também têm que constituir reservas técnicas, contudo, a regulamentação da constituição e de outros aspectos a elas inerentes cabe somente à ANS, que, atualmente, disciplina a matéria através da Resolução Normativa nº 392/15, cujo art. 33 excepciona expressamente as seguradoras de seu âmbito de aplicação, tal como faz o §2º, do art. 1º, em relação às entidades de autogestão:

“Art. 33. A aplicação dos ativos garantidores das provisões técnicas das seguradoras especializadas em seguro-saúde continuará a ser feita de acordo com as normas expedidas pelo CMN, observando-se, no que couber, o disposto nesta resolução.”

Logo, a despeito da convergência normativa regulatória em relação à assistência à saúde prestada pelas seguradoras de saúde e por todas as entidades integrantes do sistema de saúde suplementar, não há uma identidade de tratamento em outros segmentos jurídicos, devido às diferenças próprias de cada atividade.

O próprio regramento contratual é diverso, já que o seguro-saúde corresponde a um contrato de seguro típico, apenas podendo figurar como seguradora a entidade legalmente autorizada para tanto, na forma do Decreto-Lei nº 73/66, que não só determina que as seguradoras devam ser constituídas sob a forma de sociedade anônima ou cooperativa, como

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

veda a acumulação da assistência financeira com a assistência médico-hospitalar. Aliás, a atuação concomitante das seguradoras de saúde em outros ramos econômicos também não é permitida, devendo tal vedação constar em seu estatuto social, nos termos do disposto no art. 1º da Lei nº 10.185/01. A especialização da atuação das seguradoras de saúde, portanto, só permite que elas se dediquem exclusivamente ao seguro-saúde e nada mais.

Ademais, no seguro-saúde, os segurados possuem livre escolha de profissionais, hospitais e laboratórios, estando a seguradora obrigada a reembolsar as despesas efetuadas com a ocorrência do sinistro até o limite da apólice. Como se trata de um contrato de seguro típico, os segurados realizam pré-pagamentos relativos aos serviços médico-hospitalares e, posteriormente, solicitam o respectivo reembolso à seguradora, comprovando a ocorrência do evento.

O mesmo, contudo, não ocorre com as aqui denominadas “*demais operadoras de planos de saúde*”, que têm a obrigação de disponibilizar a prestação do serviço ao beneficiário, seja por intermédio de profissionais e estabelecimentos próprios, seja através de uma rede credenciada, não havendo, assim, a livre escolha por parte do beneficiário e nem a obrigatoriedade de reembolso, salvo em hipóteses determinadas pela legislação. Observe-se que a operadora pode ela própria prestar os serviços médico-hospitalares ou manter uma rede de credenciados que prestarão os serviços de saúde, o que é vedado às seguradoras especializadas, cuja dedicação ao seguro-saúde deve ser exclusiva.

No âmbito tributário, a disciplina conferida aos contratos de seguro também é diversa da disciplina conferida aos demais serviços. E, nesse aspecto, frise-se que a atividade securitária igualmente corresponde a um serviço, não se tratando, pois, de um *tertium genus* que não se enquadraria como comércio de bens e mercadorias e nem como prestação de serviços.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

Quando se fala que o objeto do contrato de seguro-saúde é o reembolso do segurado em relação às despesas de saúde até o limite da apólice ou o pagamento direto aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado, evidentemente, está-se utilizando uma definição simplificada da operação de seguro, a qual envolve outros elementos além da mera obrigação de pagar o valor ajustado em caso de sinistro. Um contrato de seguro, por exemplo, envolve a análise de risco do mercado, a constituição e a manutenção de reservas para a garantia dos riscos assumidos por parte da seguradora, a avaliação dos riscos seguráveis e não seguráveis, dentre outras atividades que não se resumem ao reembolso, embora essa característica básica seja relevante para diferenciar o seguro-saúde das demais formas de assistência privada à saúde. Não por acaso, o Código de Defesa do Consumidor considera a atividade securitária como prestação de serviço¹¹.

Por isso, é preciso deixar claro que, na Constituição de 1988, há serviços cuja competência para a tributação é da União, como é o caso dos seguros e de outras atividades ligadas ao mercado financeiro, sujeitas ao IOF; há serviços cuja competência para tributação é dos Estados, como é o caso dos serviços de comunicação e do transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, que se sujeitam ao ICMS; e há serviços cuja competência para a tributação é dos Municípios, que correspondem justamente àqueles serviços não compreendidos na competência dos demais entes, assumindo um caráter residual, cuja concretização depende de previsão por parte do legislador complementar.

Com isso, não se trata de buscar a tributação de toda e qualquer atividade econômica, como fiz questão de frisar ao julgar o mérito do recurso extraordinário, mas sim, de buscar a correta interpretação para a

11 Código de Defesa do Consumidor

“Art. 3º § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

expressão “*serviços de qualquer natureza*”, constante no art. 156 da Constituição Federal, cuja amplitude semântica denota o intento do constituinte de alcançar atividades cuja complexidade não permite a distinção clara entre os elementos inerentes ao “*dar*” e ao “*fazer*”, exigindo que o intérprete vá além dessa dicotomia reducionista na tarefa que lhe incumbe.

Técnica semelhante foi usada pelo constituinte ao atribuir competência à União para a instituição do imposto de renda e “*proventos de qualquer natureza*”. A inserção da expressão “*de qualquer natureza*” deixa claro o alcance interpretativo que deve ser dado a “*proventos*”, a fim de abarcar também outros acréscimos patrimoniais além dos benefícios que os servidores públicos recebem por ocasião de sua aposentadoria.

Desse modo, a presença da expressão “*qualquer natureza*” no dispositivo que atribui competência constitucional aos Municípios para a tributação de serviços possibilita a compreensão de que todas as atividades econômicas que se enquadrem nessa definição estarão potencialmente sujeitas à incidência do imposto municipal. Tanto é assim que a própria Constituição faz questão de excepcionar atividades específicas enquadráveis nesse conceito, como é o caso dos serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual (art. 155, II), bem como dos serviços financeiros (art. 153, V), sujeitos, respectivamente, ao ICMS e ao IOF. Nesses casos, o próprio texto constitucional excepcionou a competência municipal, seja por características inerentes à atividade, que extrapola os limites territoriais do Município, seja por se tratar de setor estratégico, cujo manejo da tributação com outros objetivos que não a mera arrecadação impõe o deslocamento da competência tributária para o ente central.

Essa última hipótese corresponde justamente aos serviços ligados a operações de crédito, câmbio, títulos ou valores mobiliários e seguros, resumidamente denominados como serviços financeiros, dada a sua

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

integração ao sistema financeiro nacional (art. 192 da Constituição Federal). Por representarem operações inerentes ao mercado financeiro, cuja tributação atua como relevante instrumento de intervenção na economia nacional - a exemplo dos impostos incidentes sobre a importação e a exportação -, desde a EC nº 18/65, responsável pela configuração atual do sistema tributário brasileiro, coube à União a competência para a imposição de exações incidentes sobre as materialidades econômicas inerentes ao setor.

Seguindo a lógica constitucional de atribuir aos Municípios a competência para o exercício e a regulação de atividades de interesse local, cuja prestação não extrapole os seus limites territoriais, seria, inclusive, incongruente atribuir competência municipal para a tributação de atividades relevantes do mercado financeiro. Corroborando essa afirmação, confira-se a lição de Luís Eduardo Schoueri:

“[...] deve-se considerar que o artigo 153, V, do texto constitucional, reuniu num único imposto as ‘operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários’. Diante da clareza de que se extraem, da redação constitucional, cinco núcleos diversos, deve o intérprete indagar a razão de eles estarem reunidos. [...] São, em síntese, áreas sensíveis, que exigem a intervenção a qualquer momento por parte do Poder Público, não podendo, então, dobrar-se a restrições como a legalidade ou a anterioridade.

Ora, se isso é verdade, claro também que a expressão ‘crédito’ deve ser interpretada no contexto visado pelo constituinte, i.e., uma área sensível, que exige, a qualquer momento, a intervenção do Poder Público. Daí a pergunta seguinte: o mercado de crédito privado é de tal sensibilidade, a ponto de merecer intervenção constante do Poder Público, à semelhança dos mercados de câmbio, seguros, títulos e valores mobiliários? Diante da resposta negativa, deve-se entender que o ‘crédito’ a que se refere o Constituinte é apenas o concedido no mercado financeiro. Em síntese: inexistindo razão para se incluir o mercado de crédito privado entre as áreas que receberam tratamento diferenciado pelo Constituinte, não está aquele mercado compreendido

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

no campo de competência da União.”¹²

Logo, a tributação da atividade de seguro compete exclusivamente à União, através do IOF, não havendo que se cogitar a incidência de ISSQN sobre tais atividades, ainda que ligadas à assistência privada à saúde.

Especificamente nos subitens 4.22 e 4.23¹³, que tratam dos serviços relacionados à saúde e à assistência médica, há referência apenas aos planos de medicina, individual ou de grupo, convênios para a prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres, bem como a outros planos de saúde que possuam uma relação de pessoalidade com o serviço prestado, seja como contratante do prestador, seja como pagador do prestador credenciado e por ele indicado.

Porém, conforme expus, essa relação de pessoalidade com o serviço prestado não caracteriza a atividade de seguro-saúde, cujo telos contratual precípua é o reembolso do beneficiário e não a disponibilização do serviço mediante profissionais contratados ou por intermédio de rede credenciada, de modo que os subitens 4.22 e 4.23 da lista anexa à LC nº 116/03 não autorizam a tributação dessa atividade.

Por tais razões é que reputo necessário o acolhimento em parte do pleito da Embargante, tão somente para excluir da tese jurídica final a menção à atividade de “*seguro-saúde*”, mantendo no mais a proposição tal como fixada pela Corte, na sessão plenária de 29/09/16.

12 SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 263-264.

13 “4 – Serviços de saúde, assistência médica e congêneres.

[...]

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 operador do plano mediante indicação do beneficiário.”

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

ii) Inocorrência de omissão pelo v. acórdão recorrido: desnecessidade de manifestação acerca da competência residual da União e ausência de alteração jurisprudencial.

No tocante às omissões apontadas, não há que se acolher o pleito da Embargante. Primeiramente, porque ao assentar a amplitude semântica da expressão “*serviços de qualquer natureza*”, o que já havia sido feito no julgamento dos RE’s 547.245 e 592.905, explicitou-se apenas que não se enquadrando a atividade na competência estadual, ou até mesmo na competência federal - já que, ainda que não mencionado expressamente no inciso III, do art. 156, o conflito de competência aparente pode envolver também a União -, deve-se guardar relativa deferência à opção feita pelo legislador complementar quando prevê que determinada atividade se enquadra como serviço, para fins de incidência de ISS.

Isso não significa que o legislador complementar é livre para determinar a tributação de toda e qualquer atividade econômica, como fiz questão de frisar ao julgar o mérito do recurso extraordinário, mas sim, de buscar na teleologia do texto constitucional a interpretação que melhor se amolde ao contexto atual, reconhecendo que a realidade é mais complexa do que as categorias tradicionalmente identificadas pela doutrina. Com isso, busquei apenas esclarecer que a inserção de “*qualquer natureza*” ao lado de “*serviços*” teve justamente o condão de permitir o alcance daquelas atividades cuja complexidade não permite a distinção clara entre os elementos inerentes ao “*dar*” e ao “*fazer*”, fazendo com que o intérprete vá além dessa dicotomia reducionista no desempenho da tarefa que lhe incumbe.

Esse é, pois, exatamente o caso das atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde, tal qual o caso do *leasing*, também objeto de profundo debate por esta Corte. Com efeito, os contratos realizados com as operadoras de planos de saúde envolvem a prestação de serviços

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

médico-hospitalares, seja através de profissionais contratados diretamente, seja por intermédio de profissionais integrantes da rede credenciada mantida pela operadora e mediante a sua indicação. Observe-se que aqui o reembolso ao beneficiário é excepcional, sendo obrigatório somente nos casos determinados pela legislação, de modo que nem sempre haverá reembolso.

Ainda assim, quando há reembolso, o núcleo do contrato com a operadora do plano de saúde continua sendo a disponibilização do serviço médico-hospitalar através da respectiva manutenção de uma rede credenciada; é isso que se busca quando se contrata um plano de saúde. Está-se diante, portanto, de um contrato que envolve elementos inerentes ao “fazer” indissociavelmente ligados a elementos inerentes à “obrigação de dar”, sem que isso o descaracterize como contrato de prestação de serviço.

Portanto, uma vez assentada a competência municipal para a tributação das atividades das operadoras de planos de saúde, posto enquadrarem-se no conceito de “serviços de qualquer natureza”, previsto pelo art. 156, III, da Constituição Federal, não há que se falar em competência residual da União para tributá-las, nos termos do art. 154, I, do mesmo diploma. Inclusive, nas manifestações apresentadas nos autos, a ora Embargante a todo momento equipara a atividade das operadoras de planos de saúde às atividades securitárias, essas sim sujeitas à tributação da União, porém não com base na competência residual, mas por expressa determinação do art. 153, V.

Desse modo, afigura-se absolutamente desnecessário para o deslinde da presente controvérsia a apreciação do disposto no art. 154, I, da Constituição Federal, visto que a atividade desempenhada pela Embargante compreende efetivamente um “serviço” à luz do entendimento desta Suprema Corte, encontrando-se, assim, dentro dos limites da competência municipal.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

Por último, é de se destacar que, assim como não houve alteração jurisprudencial, mas apenas a aplicação dos critérios interpretativos fixados no julgamento dos RE's 547.245 e 592.905, não houve igualmente superação do entendimento esposado pela Sumula Vinculante nº 31 deste Egrégio Tribunal (*"É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis."*), porquanto **este Colegiado limitou-se a identificar a prevalência de verdadeira prestação de serviço nas atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde, nas quais os aspectos inerentes ao "dar" e ao "fazer" encontram-se indissociavelmente ligados, o que, como já dito, não impossibilita o seu enquadramento nos termos do art. 156, III, da Constituição Federal.**

E aqui tomo a liberdade de fazer um importante esclarecimento em respeito à confiança que se espera da atuação judicial. Apesar de ressaltar o meu ponto de vista pessoal durante o julgamento de mérito, no sentido de que a classificação dicotômica entre *"obrigação de dar"* e *"obrigação de fazer"*, com o pretense objetivo de recortar a realidade econômica em duas categorias estanques, possui cunho eminentemente civilista e não corresponde à classificação efetuada pelo constituinte ao atribuir competências aos entes federados, assumo que essa não foi a *ratio decidendi* de todos os votos proferidos na sessão de 29/09/16.

Esse é o principal ponto que denota a não superação **ainda** do precedente do RE 116.121 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 25/05/01), relativo à incidência do ISSQN sobre a atividade de locação de guindastes, bem como da Súmula Vinculante nº 31, editada por esta Corte com amparo no mencionado julgamento.

Dos excertos abaixo, extraídos do voto que proferi na ocasião do julgamento de mérito do RE 651.703, fica clara a inclinação pelo

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

reconhecimento da necessidade de superação da linha de pensamento que se criou no âmbito desta Corte a partir do julgamento do RE 116.121:

“Com efeito, a classificação das obrigações em ‘obrigação de dar’, de ‘fazer’ e ‘não fazer’, tem cunho eminentemente civilista. De fato, a disposição no Título ‘Das Modalidades das Obrigações’, no Código Civil de 2002 (que seguiu a classificação do Código Civil de 1916), em: (i) obrigação de dar (coisa certa ou incerta) (arts. 233 a 246, CC); (ii) obrigação de fazer (arts. 247 a 249, CC); e (iii) obrigação de não fazer (arts. 250 e 251, CC), não é a mais apropriada para o enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, pelo que deve ser apreciada cum grano salis.

[...]

A finalidade dessa classificação (obrigação de dar e obrigação de fazer) escapa totalmente àquela que o legislador constitucional pretendeu alcançar, ao elencar os serviços no texto constitucional tributáveis pelos impostos (por exemplo, serviços de comunicação – tributáveis pelo ICMS; serviços financeiros e securitários – tributáveis pelo IOF; e, residualmente, os demais serviços de qualquer natureza – tributáveis pelo ISS), qual seja, a de captar todas as atividades empresariais cujos produtos fossem serviços, bens imateriais em contraposição aos bens materiais, sujeitos a remuneração no mercado.”

Reconheci, ademais, a existência de diferentes correntes na doutrina quanto ao tema e, conscientemente, segui o entendimento que reputo mais adequado às transformações tecnológicas atuais, que necessariamente se refletem no campo do Direito, sobretudo do Direito Tributário, concluindo que **o conceito de serviço, para fins tributários, está relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador**¹⁴.

14 “Assim, embora seja possível verificar a existência de corrente doutrinária a identificar o conceito de serviços com obrigação de fazer, há também categorização no

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

Não obstante, essa opção clara pela superação completa da classificação civilista não foi debatida pela Corte e não representa a posição externada pela maioria dos Ministros presentes à sessão de julgamento de 29/09/16. Por isso, digo que o Colegiado entendeu que prevalece no caso o elemento inerente ao “fazer”, devido às características específicas dos contratos de assistência privada à saúde celebrados pelas operadoras de planos de saúde, de natureza complexa. É que o se observa pelo trecho a seguir, extraído do voto proferido pelo Eminente Min. Edson Fachin:

“Nessa linha de compreensão doutrinária, não apenas os contratos cuja obrigação de fazer está claramente especificada e identificada imediatamente ou que se enquadrem na definição do artigo 594 do Código Civil, mas também outros tipos contratos escondem uma prestação de serviços especial, como é o caso, ao meu ver, dos contratos de prestação de serviços de saúde.

No caso, tanto a atividade-meio quanto a atividade-fim são obrigações de fazer: as operadoras de planos de saúde, como bem salientou a Procuradoria-Geral da República, tem obrigação fornecer os serviços dispostos na cobertura contratual, a serem realizadas por terceiros, mediante o pagamento de mensalidades. Salienta, ademais, que o fato gerador da obrigação tributária não se realiza com o serviço prestado pelo terceiro (médicos, clínicas ou hospitais), mas com a administração do plano realizada pela própria operadora, serviço sobre qual deve incidir o ISS.

Não há, como assevera a Recorrente e os amici curiae que a sucederam em suas manifestações, uma obrigação de dar, pois não entregam um bem ou uma coisa aos usuários. A obrigação de dar se dá entre a operadora do plano de saúde e os médicos, clínicas e hospitais a ela credenciados, no momento da restituição ou reembolso das despesas que estes tiveram no atendimento dos clientes a ela vinculados. Assim, o núcleo do contrato entre a operadora de

sentido de que o conceito econômico de prestação de serviço não se confunde com o conceito de prestação de serviço de Direito Civil.”

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

planos de saúde e os seus clientes é a disponibilidade, ao usuário contratante, da rede credenciada e a garantia da cobertura dos infortúnios previstos no contrato, e não uma prestação de dar. E essa atividade de disponibilização da rede de atendimento é serviço, sobre o qual pode incidir o ISS.”
(Grifos no original)

O mesmo pode ser constatado a partir do seguinte trecho, agora extraído do voto do Eminentíssimo Min. Ricardo Lewandowski:

“Então, assim como já foi dito agora pelo eminente Ministro Luiz Fachin, penso que os planos de saúde se destinam a prestar um serviço a seus clientes, que consiste exatamente na intermediação dos serviços médicos prestados por terceiros, e esse serviço constitui a base de cálculo do tributo.”

Já o Eminentíssimo Min. Luís Roberto Barroso parece comungar do mesmo entendimento que manifestei na ocasião:

“3. Em primeiro lugar, a amplitude semântica do termo ‘qualquer natureza’ denota a intenção do constituinte de incluir todas as atividades empresariais cujos produtos tenham características semelhantes a serviços e que não estejam englobadas no conceito de serviço de comunicação e serviço de transporte interestadual ou intermunicipal (tributáveis pelo ICMS, nos termos do art. 155, II, CF/88) ou serviços financeiros e securitários (tributáveis pelo IOF, nos termos do art. 153, V, CF/88). [...]

5. Não há como interpretar a regra de competência do ISSQN de maneira a conduzir a resultado tão restritivo, uma vez que tanto a Constituição quanto a Lei Complementar nº 116/2003 buscaram englobar todas as complexas relações econômicas atualmente existentes no mercado, com a manifesta intenção de impedir que determinadas atividades simplesmente ficassem imunes a qualquer tipo de tributação.”

Entretanto, isso não é suficiente para se concluir que o entendimento

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

do STF, expresso pela Súmula Vinculante nº 31, estaria definitivamente superado. Para tanto, é indispensável o debate no âmbito desta Corte acerca da superação ou não da classificação civilista das atividades econômicas para fins de tributação pelo ISSQN.

Ressalvada a minha opinião pessoal já externada, e considerando que a jurisdição é um importante fator de estabilização do direito, penso ser de suma relevância frisar que, embora o debate supramencionado não tenha ocorrido na sessão de julgamento de 29/09/16, a ele esta Corte não poderá se furtar muito em breve. O crescente avanço tecnológico tem colocado os Estados diante de diversas questões tributárias que se originam a partir da desmaterialização dos fluxos de renda, da volatilidade do capital e da intangibilidade das operações negociais, que caracterizam o estágio atual da economia mundial.

Nesse contexto, os movimentos de adaptação a essa nova ordem econômica devem partir não apenas do Legislativo, a fim de adequar as legislações aos novos institutos ou mesmo de enquadrá-los em categorias já existentes, mas, igualmente, devem advir do Judiciário, como intérprete do Direito, sobretudo, desta Suprema Corte, como intérprete máximo da Constituição, envidando todos os esforços para acompanhar a evolução em curso e trazer a norma à realidade. Se a atividade judicial é voltada para o passado, é certo, porém, que não pode ignorar o futuro. Daí a importância de estarmos atentos às mudanças e, mais do que isso, de estarmos preparados para elas.

Em razão disso é que, valendo-se da técnica jurisdicional *“preventiva”* como forma de garantir a continuidade jurídica, **deixo o alerta de que poderá ocorrer uma possível mudança no entendimento da Corte em relação ao assunto, pois não tardará para que este Tribunal se manifeste acerca das novas atividades tecnológicas que tem surgido, com o objetivo de descortinar-lhes a natureza jurídica para fins de incidência tributária.**

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

Valho-me, aqui, da lição de Antonio do Passo Cabral na definição da técnica germânica do “*juízo-aviso*” (*warnurteil*), que corresponde ao anúncio público de possível revisão de entendimento pelo Tribunal:

“Através desta técnica, o tribunal veicula a informação de que estará revendo, reavaliando, reapreciando, em casos futuros, o posicionamento até então mantido e reiterado. O anúncio equivale a uma pronúncia de que a corte ‘duvida’ da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e portanto se afigura possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema.

Este tipo de decisão não é um pressuposto para a modificação da jurisprudência, e tampouco poderia ser enxergado como uma obrigatoriedade para os tribunais, até porque as próprias características deste tipo de comunicação mostram que a corte ainda considera haver necessidade de alguma reflexão adicional antes que a mudança seja implementada, caso contrário já o teria feito. Assim, o conteúdo do anúncio não é vinculativo, nem para as instâncias inferiores, nem para o próprio tribunal. Vale dizer, pode haver o anúncio sem que posteriormente a mudança de jurisprudência se verifique.

Mas ainda que o anúncio público não seja vinculativo, esta técnica tem importantes aspectos de harmonia e continuidade sistêmica, e empresta à jurisdição uma ‘abordagem voltada à regra futura’ (‘future-law approach’), reduzindo-se o impacto da mudança de entendimento nos comportamentos humanos.”¹⁵

Dessa forma, suscito a avaliação da Corte quanto à necessidade de anunciar uma possível – e não provável – alteração de entendimento consolidado pela Súmula Vinculante nº 31 na análise de casos futuros, em atenção à tutela da confiança legítima do jurisdicionado.

15 A técnica do Juízo-aviso foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo Tribunal Trabalhista: BVerfGE 34, 9 (26) e BAGE 21, 237 (245). CABRAL, Antonio do Passo. “A Técnica do Juízo-aviso na Alteração de Jurisprudência Consolidada”. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 56, abr./jun. 2015. p. 33 e 36-37.

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

Não obstante, não havendo até o momento modificação jurisprudencial hábil a embasar a alegada superação do verbete sumular, não há que se falar em omissão por parte do v. acórdão também quanto a essa questão.

Ex positis, **voto pelo provimento parcial dos presentes embargos declaratórios**, apenas para corrigir a tese jurídica fixada no julgamento de 29/09/16, dela excluindo-se a referência ao “seguro-saúde”, hipótese não contemplada pela presente repercussão geral, resultando na seguinte redação: “*As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88.*”

É como voto.

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, Vossa Excelência me permite? Apenas para permitir que nós reflitamos um pouco melhor, na linha que Vossa Excelência está sugerindo, eu verifico da minuta que preparei para a discussão que esse RE dizia respeito à repercussão geral do Tema 581, que se restringia a decidir que “a incidência ou não de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de plano de saúde”.

Portanto, eu quero crer - embora precisemos talvez aprofundar no futuro a natureza jurídica destas duas instituições - parece-me que uma coisa são operadoras de planos de saúde, outra coisa são operadores de seguros de saúde.

De qualquer maneira, adiantando o meu voto, se os Colegas me permitirem, mas, na direção enunciada por Vossa Excelência, eu estaria acompanhando Vossa Excelência para corrigir, digamos assim, o acórdão, acolher parcialmente os embargos para excluir as atividades de seguro-saúde, tendo em conta, sobretudo, que a repercussão geral do Tema 581 restringe-se apenas a planos de saúde.

É como me manifesto.

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -

Foi essa a distinção que eu verifiquei e que entendi de esclarecer, mas não só esclarecer, porque, no fundo, esse esclarecimento leva a um problema parcial dos embargos de declaração. A tese, realmente, acabou abarcando, sem que fosse o objeto da repercussão geral, o seguro. E o seguro-saúde sofre incidência de IOF. Esse é um caso claríssimo de bitributação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, surge esse elemento complicador. As expressões são sinonímias, ou seja, plano de saúde e seguro-saúde. Não se tem seguro propriamente dito. O seguro, no sentido de assegurar assistência, está compreendido no plano de saúde.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -

Como Vossa Excelência conviveria com essa bitributação? Porque o seguro recebe IOF!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, não admito a tributação. Não admito, no caso, a tributação pela União, considerado o IOF, presente plano de saúde gênero.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -

É porque não consta da LC nº 116, e nós também não declaramos inconstitucional a LC nº 116. Então essa figura escapa completamente à repercussão geral. Eu entendi de corrigir por meio dos embargos de declaração que foram opostos pela ABRAMGE, pela Fenasaúde e pelo Hospital Marechal Cândido Rondon.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -

Presidente, eu tenho a impressão de que nós temos um encontro marcado relativamente à tributação do seguro-saúde. Isso é alguma coisa que vamos cogitar, talvez, no futuro. Nós não estamos nem dizendo, afirmando ou negando que incide o ISS conjuntamente com o IOF, ou não incide o IOF. Por ora, de acordo com a solução que Vossa Excelência está

RE 651703 ED-TERCEIROS / PR

propondo, nós simplesmente estamos solucionando a questão que foi proposta neste RE.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -

Nos embargos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -

Exatamente, nos embargos, de acordo com a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -

Porque a tese acabou abrangendo o tema extrapolante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -

Exatamente. Atendendo até a preocupação do nobre Advogado que foi à tribuna, em primeiro lugar, que trouxe um esclarecimento à Corte, eu não quero adiantar um pronunciamento. Eu acho que não seria conveniente de nossa parte, nem excluindo, nem incluindo qualquer tipo de tributo sobre essa atividade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E por que não dar provimento apenas para esclarecer que, no caso, tem-se a incidência do ISS, considerado plano de saúde, muito embora o plano de saúde assegure alguma coisa ao contratante?

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, apenas para fixar a compreensão que aqui veio ao debate, que também tive a oportunidade de trazer à colação, eu estou acompanhando Vossa Excelência no sentido de excluir a referência "seguro-saúde". E o acolhimento é apenas para isso. Há outros debates relevantes, como a questão da lucratividade ou não, que não se colocam do ponto de vista da conclusão daquilo que está assentado. Nem está em julgamento, até porque caberia verificar se esta matéria é infraconstitucional ou não.

Portanto, estou acompanhando Vossa Excelência tal como Vossa Excelência traz à colação, apenas para fazer este ajuste excluindo a expressão.

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -

A parte conclusiva não fala especificamente em autogestão. Apenas fiz um *obter dictum*, porque reconheço que essas entidades são deficitárias e têm como clientes pessoas idosas e carentes. Então, apenas em *obter dictum*, eu mencionei também que, *mutatis mutandis*, o raciocínio se aplicaria às entidades de autogestão que não tem fins lucrativos. Não decidi isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Como foi anotado pelo Ministro Lewandowski e por outros, fica claro que não estamos antecipando qualquer direção jurisprudencial ou deste caso em uma determinada direção, ou seja, incluindo ou não a questão dos outros tributos, certo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -

Então, os embargos de declaração, segundo a vontade da maioria do Colegiado, é no sentido de provimento dos embargos de declaração para esclarecer que não se enquadra na tese do caso submetido à repercussão geral o seguro-saúde que pode vir apreciado em...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, eu entendo que não se coloca se enquadra ou não na tese. Como foi dito aqui, a tese em relação ao que vai ser excluído não foi discutida ainda. Os embargos devem ser providos simplesmente para excluir porque não foi discutido. Não que a tese não se aplica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não foi objeto do julgamento. Nós não discutimos isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não foi objeto do julgamento, simplesmente. Não é que a tese não se aplica.

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, esvazia-se totalmente o pronunciamento do Colegiado a partir do momento em que há confusão entre plano de saúde e seguro. Não se trata de seguro propriamente dito.

Então – apenas para expressar o convencimento sobre a matéria –, assentamos a incidência, tendo em conta o plano de saúde. O que é o plano de saúde a não ser algo que assegura ao contratante certo conforto ante o infortúnio? Não posso, sob pena de esvaziar o ato embargado, dizer que o denominado – que não é propriamente seguro –, seguro-saúde não está compreendido na decisão do Plenário.

Por isso peço vênia para, nesse ponto, divergir, com esse esclarecimento.

28/02/2019

PLENÁRIO

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, acompanho Vossa Excelência na exclusão das seguradoras, porque acho que são atividades efetivamente distintas. As seguradoras não têm, nem prestam diretamente serviços, nem têm rede credenciada. É um sistema de reembolso. É diferente a lógica das duas atividades. Portanto, eu acho que é legítima a diferenciação na tributação, como fez a legislação: IOF num caso e ISS no outro.

De modo que eu acho que a nossa tese disse mais do que deveria dizer e que a exclusão está correta. Também não estou dando a modulação, tal como Vossa Excelência.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

TERCEIROS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 651.703

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

EMBTE.(S) : HOSPITAL MARECHAL CÂNDIDO RONDON LTDA

ADV.(A/S) : GUILHERME BROTO FOLLADOR (40517/PR)

EMBDO.(A/S) : SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS DE MARECHAL CÂNDIDO RONDON - PR

ADV.(A/S) : GELCIR ANIBIO ZMYSLONY (0029755/PR)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM

ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (33940/RS)

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE GRUPO- ABRAMGE

ADV.(A/S) : RICARDO RAMIRES FILHO (257509/SP)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR- FENASAÚDE

ADV.(A/S) : FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA (69114/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA (81438/RJ)

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu parcial provimento aos terceiros embargos de declaração apenas para corrigir a tese jurídica fixada no julgamento de 29.9.2016, dela excluindo-se a referência ao "seguro-saúde", hipótese não contemplada pela presente repercussão geral, resultando na seguinte redação: "As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88", nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente). Presidência do Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente). Plenário, 28.2.2019.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, Presidente.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário