

**OS DESAFIOS DA TELEMEDICINA: UM DEBATE SOBRE TRIBUTAÇÃO E
TECNOLOGIA***

**THE CHALLENGES OF THE TELEMEDICINE: A DEBATE ON TAX LAW AND
TECHNOLOGY**

Paulo Caliendo**
Flaviana Rampazzo Soares***

RESUMO

Atualmente, o tema “telemedicina” tem sido debatido como forma de auxiliar no melhor atendimento e na redução de custos com a área da saúde. Em que pese o fato da telemedicina ser exercida ao menos desde a invenção do telefone, foi com o desenvolvimento da internet que essa modalidade se disseminou como uma opção viável e economicamente eficiente de atendimento. Nesse universo, surge a necessidade do adequado estudo de alguns aspectos tributários que envolvem essa modalidade, bem como o papel que a tributação pode exercer incentivando ou prejudicando a adoção e difusão de novos modelos tecnológicos. Assim, esse texto tem o objetivo de explorar os principais contornos da telemedicina, bem como de abordar o cenário brasileiro e identificar possíveis questões de natureza tributária que podem ser objeto de questionamento.

Palavras-chave:

Telemedicina. Tecnologia. Saúde. Tributação. Extrafiscalidade.

Abstract:

Currently, the theme "telemedicine" has been discussed to assist in better care and reduction of costs with the health area. Although telemedicine has been practiced since at least the invention of the telephone, it was with the development of the Internet that this modality was disseminated as a viable and economically efficient service. The need arises for the adequate study of some tax aspects that involve this modality, as well as the role that the taxation can stimulating or harming the adoption and diffusion of new

* Artigo recebido em: 01.05.2016

Artigo aceito em: 27.06.2017

Fomento: CAPES/CNPq.

** Professor Permanente do PPGD da PUCRS. Doutor em Direito pela PUCSP. Coordenador do GTAX – Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Tributário da PUCRS. Advogado. E-mail: p.caliendo@terra.com.br.

*** Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Professora em cursos de Pós-Graduação em Direito *lato sensu*. Bolsista Capes na linha de pesquisa: eficácia e efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado. E-mail: frampazzo@hotmail.com.

technological models. Thus, this article aims to explore the main contours of telemedicine, as well as to approach the Brazilian scenario and identify possible tax issues that may be the subject of questioning.

Keywords:

Telemedicine. Technology. Health. Taxation. Extrafiscalidade.

INTRODUÇÃO

A prática da medicina foi estruturada a partir da experimentação, com componentes de observação¹. Para isso, o elemento físico sempre foi considerado como essencial, vale dizer, somente concebia-se a medicina tendo como ponto de partida o exame do paciente e como ponto de chegada o seu atendimento, tudo isso norteado pelo elemento presencial.

Com os avanços tecnológicos, essa lógica passa a ser alterada, pois torna-se possível um atendimento em que médico e paciente não se vinculam diretamente, mas, sim, coligam-se por um meio tecnológico², ou, ainda que o liame direto ocorra entre um médico e um paciente, pode-se ter a interveniência de um outro médico, este de forma remota, para complementar ou realizar seu trabalho técnico.

Como visto, a telemedicina é um meio remoto de atendimento, realizado com o uso de meios tecnológicos³, e cabe ao direito investigá-la e regulamentá-la, com o propósito de apresentar respostas que conjuguem o aproveitamento dos benefícios que essa modalidade proporciona, e a necessária previsão legislativa relacionada a essa atividade, inclusive quanto a tributação incidente.

Este artigo investiga esse universo, ao explorar os principais contornos da telemedicina, com ênfase na experiência dos Estados Unidos da América; ao abordar o cenário brasileiro, e ao identificar possíveis soluções que possam ser construídas a partir das informações coletadas.

¹ Vide, a respeito, CAMPANA, Álvaro Oscar. Metodologia da investigação científica aplicada à ciência biomédica. *Jornal Brasileiro de Pneumologia*. Botucatu, SP. Vol. 25, n. 1. Jan-fev. 1999. p. 25-34, especialmente na p. 29.

² Para melhor compreensão desse texto, a expressão *cibermedicina* é entendida como o uso da *web* para a realização das práticas da medicina; a *telemática em saúde* (ou *e-saúde*) expressa um gênero, que representa o uso de meios tecnológicos na área da saúde, do qual a telemedicina é espécie.

³ "The use of technology to provide health care to patients where distance separates the participants is generally referred to as telemedicine". ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine. *Journal of Health Care Law & Policy*. 2011, V. 14. p. 1. Assim, pode-se afirmar que a e-saúde tem uma vasta aplicação, desde a disponibilização de aplicativos de celular na área, até o atendimento psíquico através de redes sociais ou programas de computador, exames médicos feitos por máquinas e intervenções cirúrgicas realizadas por robôs, manuseados à distância por médicos.

Segundo a doutrina, o telefone foi a primeira forma de aplicação da telemedicina (FERRER-ROCA, Olga; SOSA-IUDICISSA, Marcelo. *Handbook of telemedicine*. Amsterdam: IOS Press, 1998. p. 2).

1 LINEAMENTOS DA TELEMEDICINA

Partindo-se da premissa que a telemedicina é uma forma de prática médica à distância, mediante o emprego de tecnologia de informação e de comunicação, o uso de meios tecnológicos para a troca de informações úteis ao diagnóstico, ao tratamento e à prevenção de doenças, pesquisa e avaliação e para a educação continuada dos profissionais da saúde, torna-se importante aliado no tratamento de saúde.

Quanto ao aspecto temporal, o atendimento em telemedicina pode ser continuado, ocasional ou periódico, e o seu exercício pode ocorrer de forma assíncrona (*store and forward*), em tempo real ou na modalidade mista, sendo que pode ser feito uso de um meio de atendimento único ou conjugá-lo com outro ou outros, sucessiva ou simultaneamente, caracterizando essa última hipótese como uma forma mista de prestação de serviços em saúde.

Na modalidade assíncrona, não há a troca imediata de informações e correlatas análises entre as partes na relação médica, tal como ocorre na medicina diagnóstica (por exemplo, as imagens radiológicas e leituras de exames para um médico especialista fazer uma avaliação *off-line*).

Na modalidade tempo real, o elemento central do atendimento é a instantaneidade (por exemplo, nas consultas remotas por videoconferência ou no monitoramento domiciliar à distância).

Na telemedicina, pode ocorrer a teleconsulta (consulta remota ao médico, através de meios tecnológicos), a tele-expertise (um médico requisitante solicita a opinião de um especialista, designado como médico requisitado), o teleacompanhamento (o médico trabalha remotamente no atendimento contínuo do paciente), a teleassistência médica (um médico assiste um colega, à distância, no desempenho de um ato médico), e o teleatendimento (quando um médico fornece orientações em casos de urgência ou emergência, ou prévias à chegada do atendimento presencial).

Nessa formatação, a telemedicina atende ao propósito tanto preventivo quanto de tratamento em saúde, cuja abrangência pode ser local, regional, nacional ou internacional.

A vantagem da telemedicina é de que ela pode ser implementada, em maior ou menor escala, em qualquer local que tenha acesso a algum meio tecnológico, até

mesmo por ser uma modalidade racional e mais econômica de atendimento (por exemplo, atendimento a presos, a pessoas em aeronaves, navios, plataformas petrolíferas, sendo que a telemedicina também é utilizada em missões espaciais)⁴.

A doutrina aponta algumas vantagens dessa modalidade⁵, que são:

(a) difundir a medicina em áreas longínquas, alcançando pessoas que, normalmente, teriam dificuldade ou não seriam atendidas pelos meios tradicionais⁶;

(b) diminuir custos ao paciente, ao Estado, aos planos e seguros de saúde, pela redução do uso da estrutura e pela racionalização e melhor organização no atendimento e otimização do tempo⁷);

(c) viabilizar um atendimento mais especializado, permitindo a um *expert* que está fisicamente distante, atender um paciente que precisa de um profissional específico de determinada área;

(d) oportunizar um diagnóstico de exames mais preciso, em laboratórios de excelência em ramo determinado;

(d) criar um banco de dados integrado e mais acessível aos médicos que assistem o paciente, permitindo um atendimento mais adequado e abrangente.

Esses são os principais aspectos relacionados à prática da medicina.

A seguir, será visto o tratamento da questão nos EUA, como um “olhar sobre o outro”, afeito ao direito comparado, com a finalidade de identificar eventual experiência que possa ser aproveitada.

2 A REGULAMENTAÇÃO DA TELEMEDICINA – BREVE CENÁRIO NOS EUA E NO BRASIL

Os EUA tem um histórico profícuo de investimentos em pesquisa e

⁴ Os itens ns. 1 e 2 deste texto têm como base o seguinte artigo: SOARES, Flaviana Rampazzo. Percurso jurídico da telemedicina: um debate sobre tecnologia e direito comparado. p. 262 a 282. In: PONA, Éverton W. e outros (coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

⁵ ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. 2011, V. 14. p. 2.

⁶ Presídios, plataformas de petróleo, pessoas em localidades remotas, atendimento em casos de catástrofes, etc. Há inclusive a possibilidade de um atendimento associado entre o presencial e o remoto (por exemplo, um atendimento na ambulância do SAMU em que outro médico remotamente analisa dados obtidos do paciente em tempo real, auxiliando no tratamento prestado até a chegada do paciente ao hospital.

⁷ FREUDENHEIM, Milt. The doctor will see you now. Please log on. *NYTimes*, edição de 28 de maio de 2010). In: <http://www.nytimes.com/2010/05/30/business/30telemed.html>, acesso em 2 de outubro de 2016.

tecnologia, e isso refletiu na telemedicina.

As pesquisas não se limitam à formação e aplicação da Telemedicina, mas, igualmente, tratam da regulamentação e obrigações a ela relacionadas. Em 1993, por exemplo, foi criada a *American Telemedicine Association* (ATA), uma entidade sem fins lucrativos, que promove estudos e pesquisas no campo da telemedicina, enquanto que o Estado de Maryland trabalha em um projeto de atendimento por telemedicina em áreas rurais e, em nível federal, a pesquisa e desenvolvimento da telemedicina é alvo de financiamento específico⁸.

Ganham igual relevância os estudos promovidos em universidades, tal como ocorre com a *University of Maryland Baltimore*, que implementou um programa de atendimento a gestantes de alto risco e a pacientes vítimas de acidente vascular cerebral ou trauma cerebral, que contempla exames e consultas utilizando computadores, telefones celulares e *internet*, para permitir que médicos especialistas diagnostiquem e tratem pacientes em locais distantes⁹.

Em que pese o avanço da telemedicina e dos estudos quanto as suas repercussões jurídicas, o tema ainda suscita debates quando se trata de tributação e direitos obrigacionais.

Em 2010, a *Federal Communication Commission* (FCC) divulgou o *National Broadband Plan* (NBP), no qual realça a importância da banda larga como ferramenta útil aos cuidados de saúde, além de traçar diretrizes cuja implementação é desejável - como o registro eletrônico de saúde e o uso compartilhamento de dados de saúde -, e incentivar o governo federal a expandir reembolsos de atendimentos em telemedicina e viabilizar um amplo perfilhamento a essa modalidade¹⁰.

No plano normativo, a *Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act* (HITECH) foi promulgada, na sequência da *American Recovery and Reinvestment Act* (ARRA) e na recente reforma do sistema de saúde (*Health Care Reform*)¹¹, que cria o *Center for Medicare and Medicaid Innovation* (CMI), para explorar

⁸ FREUDENHEIM, Milt. 2010, nota n. 16, acesso em 2 de outubro de 2016.

⁹ ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. 2011, p. 6.

¹⁰ O American Recovery and Reinvestment Act de 2009 (Pub. L. 111-5 [2/17/09]) dispôs sobre a necessidade de preparação de um plano de ação para melhorar o acesso à internet de banda larga em todo os EUA. O plano está disponível em: <http://www.broadband.gov/plan/>, acesso em 2 de outubro de 2016.

¹¹ Disponíveis em: <https://www.healthit.gov/policy-researchers-implementers/health-it-legislation>, acesso em 2 de outubro de 2016.

o uso da telemedicina na área de saúde mental, AVC's e doenças crônicas, sem prejuízo da competência estadual, sendo possível identificar que diferentes estados dos EUA promulgaram suas próprias regulamentações, estruturando o atendimento na área da saúde e organizando o exercício da medicina dentro de suas fronteiras, incluindo o licenciamento (desde os 1900).

Esse federalismo acentuado tem suas vantagens e desvantagens, pois, ao mesmo tempo que permite que cada estado organize e gerencie sua estrutura física, seu pessoal de apoio e seu atendimento na área da saúde, também impede (ou ao menos dificulta) a atuação de médicos em outros Estados, pois cada licença é estadual e o exercício da medicina em estado diferente daquele em que consta o registro pode ser dificultado em razão da complexidade ínsita a esse sistema federalista.

Assim, ou o médico não tem licença para trabalhar fora do estado em que é licenciado¹², ou ele providencia a obtenção de licença que permita a sua atuação em outro Estado (licenças múltiplas), o que é caro e toma bastante tempo, pois o profissional acaba tendo que se familiarizar com diferentes prontuários, disposições sobre confidencialidade do paciente, regras (inclusive de notificações obrigatórias), diferentes atos de prática médica, e deve ser organizado o suficiente para aplicá-las conforme o estado em que estiver atuando¹³, sob pena de ser responsabilizado, o que acaba desencorajando a obtenção da licença múltipla.

Assim, os primeiros desafios da telemedicina nos EUA seriam o de unificar o licenciamento médico (para admitir que a habilitação permita a atuação do médico em todo o território dos EUA)¹⁴; o de promover uma fiscalização uniforme e o de aplicar os critérios unificados. Porém, as propostas nesse sentido não são consensuais.

O forte federalismo nos EUA, antes referido, aliado ao temor de concorrência

¹² Há setenta e um conselhos aptos ao licenciamento médico nos EUA e seus territórios (<http://www.fsmb.org/state-medical-boards/contacts>, acesso em 2 de outubro de 2016).

¹³ Mas pode, ao transferir seu domicílio para outro estado, solicitar a transferência de licença, para poder atuar no estado de seu novo domicílio, embora esse procedimento seja caro e demorado. ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. 2011, p. 12.

¹⁴ BASHSHUR, Rashid. Telemedicine and State-Based Licensure in the United States, Revisited. *Telemedicine and e-Health* (Vol. 14, n. 4, Maio, 2008, p. 310). A dificuldade de uma portabilidade permanece na atualidade, como relatam [ROGOVE, Herbert J.](#); [AMOATENG, Benjamin](#); [BINNER, Jennifer](#); [DEMAERSCHALK Bart M.](#); [SANDERS, Richard B.](#) A survey and review of telemedicine license portability. *Telemedicine and e-Health*. 2015 Maio Vol. 21(n. 5). p. 374-81.

Mas a doutrina adverte que alterações no licenciamento médico terão de considerar os princípios subjacentes ao sistema federalista, ou seja, um padrão uniforme de cuidados médicos e proteção da população. ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. 2011, p. 9 e 20.

entre médicos pela prática da telemedicina, e, ainda, a resistência dos estados de abrir mão da elevada arrecadação com as taxas de licenciamento médico¹⁵, também prejudicam a difusão da telemedicina.

De toda forma, diz-se que o ideal seria que os hospitais fossem responsáveis pelo controle de qualidade sobre os profissionais de e-saúde que ali prestam serviços remotamente¹⁶, até mesmo para facilitar a cobrança e arrecadação de tributos, quando incidente.

No Brasil, a regulamentação existente a respeito da telemedicina está fora do âmbito do Poder Legislativo. Em 2007, o Ministério da Saúde implantou o Programa Nacional de Telessaúde, com o objetivo de integrar universidade e municípios de regiões carentes, para melhorar os serviços prestados em saúde e, 2012, editou o Manual de telessaúde no qual¹⁷ reconhece que a falta de infraestrutura é um entrave à execução programa¹⁸.

Na Resolução n. 1.643/2002, o Conselho Federal de Medicina (CFM) define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina¹⁹, e, em seu art. 5º, prevê a possibilidade da telemedicina ser exercida por pessoas físicas ou jurídicas, desde que inscritas nos cadastros da entidade.

A resolução CFM nº 1931/2009, que institui o Código de Ética Médica, proíbe que o médico, sem exame direto, prescreva tratamento ou procedimentos, exceto nos casos de "urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo", devendo, nessa hipótese, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento (art. 37),

¹⁵ ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. 2011, p. 17-18 e 21.

¹⁶ ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. 2011. p. 24-25 e 28.

¹⁷ Disponível em: <http://www.telessaudebrasil.org.br/>, acesso em 1º de outubro de 2016, especialmente na p. 87.

¹⁸ O programa é regulamentado principalmente pelas seguintes Portarias: Portaria n. 2.013, de 14 de setembro de 2012, que Institui Grupo de Trabalho, no âmbito do Ministério da Saúde, com a finalidade de avaliar, discutir e propor critérios e ações para expansão do Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes (Telessaúde Brasil Redes); Portaria n. 2.554, de 28 de outubro de 2011, que Institui, no Programa de Requalificação de Unidades Básicas de Saúde, o Componente de Informatização e Telessaúde Brasil Redes na Atenção Básica, integrado ao Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes; Portaria n. 2.546, de 27 de outubro de 2011, que Redefine e amplia o Programa Telessaúde Brasil; Portaria n. 452, de 04 de março de 2010, que institui, no âmbito do Ministério da Saúde, a Comissão Permanente de Telessaúde; Portaria n. 402 de 24 de fevereiro de 2010, que institui, em âmbito nacional, o Programa Telessaúde Brasil para apoio à Estratégia de Saúde da Família no Sistema Único de Saúde e a Portaria n. 35, de 04 de janeiro de 2007, que institui, no âmbito do Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Telessaúde.

¹⁹ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1643_2002.htm, acesso em 6 de outubro de 2016. A Resolução n. 2.107/2014 do CFM é mais específica, e trata da Telerradiologia.

embora permita o teleatendimento, no que for regulamentado.

A Portaria no. 2.546, de 27 de outubro de 2011, que definiu o Programa Telessaúde Brasil, determinou o fornecimento, aos profissionais e trabalhadores das redes de atenção à saúde no SUS, dos seguintes serviços (art. 2º):

I - Teleconsultoria: consulta registrada e realizada entre trabalhadores, profissionais e gestores da área de saúde, por meio de instrumentos de telecomunicação bidirecional, com o fim de esclarecer dúvidas sobre procedimentos clínicos, ações de saúde e questões relativas ao processo de trabalho, podendo ser de dois tipos:

a) síncrona - teleconsultoria realizada em tempo real, geralmente por chat, web ou videoconferência; ou

b) assíncrona - teleconsultoria realizada por meio de mensagens off-line;

II - Telediagnóstico: serviço autônomo que utiliza as tecnologias da informação e comunicação para realizar serviços de apoio ao diagnóstico através de distâncias geográfica e temporal;

III - Segunda Opinião Formativa: resposta sistematizada, construída com base em revisão bibliográfica, nas melhores evidências científicas e clínicas e no papel ordenador da atenção básica à saúde, a perguntas originadas das teleconsultorias, e selecionadas a partir de critérios de relevância e pertinência em relação às diretrizes do SUS; e

IV -Tele-educação: conferências, aulas e cursos, ministrados por meio da utilização das tecnologias de informação e comunicação.

Assim, será considerado como Unidade de Telessaúde o estabelecimento autônomo e não vinculado ao Telessaúde Brasil Redes, que utiliza as tecnologias de informação e comunicação para realizar serviços de Teleconsultoria e de Apoio ao Diagnóstico através de distâncias geográficas e temporais.

Embora esse panorama, bem como os problemas de infraestrutura no país não sejam muito favoráveis, a telemedicina é uma realidade inexorável, e será, cada vez mais, utilizada.

3 O REGIME TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, EM MATÉRIA DE TELEMEDICINA

A telemedicina representa uma possibilidade promissora, embora suscite

diversos questionamentos em matéria tributária. Será que essa nova figura ensejará alguma mudança no modelo de tributação vigente? Os tributos serão um estímulo a esse novo modelo, deverão ser neutros ou desestimularão essa nova forma tecnológica de atendimento?

Dentre as principais questões e desafios a serem superados, listam-se:

- a) a incidência do ISS sobre o serviço de telemedicina;
- b) o problema do local da execução do serviço, da sujeição passiva e da atribuição de responsabilidade tributária;
- c) a composição da base de cálculo e o cumprimento de obrigações acessórias e fiscalização.

Este artigo tratará tão somente das duas primeiras e cruciais questões.

Os desafios tributários da telemedicina assemelham-se a diversos outros, decorrentes do impressionante desenvolvimento tecnológico nos últimos anos. Várias são as acepções para esse novo salto produtivo: sociedade da informação, Indústria 4.0, manufatura inteligente (*smart factory*), *internet* das coisas (IoT), entre outros. Dentre os impactos vislumbrados por esse novo modelo, pode-se listar a repercussão sobre os serviços tradicionalmente ofertados, que, cada vez mais, serão revistos e aprimorados. A área da saúde e a telemedicina serão diretamente afetadas por esses novos melhoramentos, tornando-se necessário ajustar o sistema jurídico tributário a esse cenário inexorável.

3.1. O Fato Gerador do ISS, na telemedicina

A busca pelo fato gerador do ISS passa necessariamente pela análise da *Lista Anexa da Lei Complementar (LC) n. 116/2005*, que discrimina as seguintes atividades sujeitas à incidência do Imposto sobre Serviços (ISS) e que trata dos serviços de *saúde e assistência médica* em seu item n. 4, abaixo transcrito:

4 – Serviços de saúde, assistência médica e congêneres.

4.01 – Medicina e biomedicina.

4.02 – Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultra-sonografia, ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres.

4.03 – Hospitais, clínicas, laboratórios, sanatórios, manicômios, casas de saúde, prontos-socorros, ambulatórios e congêneres.

- 4.04 – *Instrumentação cirúrgica.*
- 4.05 – *Acupuntura.*
- 4.06 – *Enfermagem, inclusive serviços auxiliares.*
- 4.07 – *Serviços farmacêuticos.*
- 4.08 – *Terapia ocupacional, fisioterapia e fonoaudiologia.*
- 4.09 – *Terapias de qualquer espécie destinadas ao tratamento físico, orgânico e mental.*
- 4.10 – *Nutrição.*
- 4.11 – *Obstetrícia.*
- 4.12 – *Odontologia.*
- 4.13 – *Ortótica.*
- 4.14 – *Próteses sob encomenda.*
- 4.15 – *Psicanálise.*
- 4.16 – *Psicologia.*
- 4.17 – *Casas de repouso e de recuperação, creches, asilos e congêneres.*
- 4.18 – *Inseminação artificial, fertilização in vitro e congêneres.*
- 4.19 – *Bancos de sangue, leite, pele, olhos, óvulos, sêmen e congêneres.*
- 4.20 – *Coleta de sangue, leite, tecidos, sêmen, órgãos e materiais biológicos de qualquer espécie.*
- 4.21 – *Unidade de atendimento, assistência ou tratamento móvel 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.*

A lista acima reproduzida não cita nominalmente a telemedicina como sendo um serviço tributável pelo ISS. Assim, caberia questionar se há base para a cobrança dos serviços de telemedicina pelos municípios e se a telemedicina seria considerada como um serviço novo ou estaria abrangida pela materialidade descrita no item “4.01 – *Medicina e biomedicina*”, da lista de serviços.

Se for considerado que a telemedicina está prevista na lista, estará sujeita ao pagamento do ISS, e, se não estiver, toda a cobrança será indevida e somente uma lei complementar poderá acrescentar o serviço. Não será possível a sua incidência por analogia, em virtude de vedação expressa do art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), o qual restringe a aplicação da analogia, impedindo que o seu uso sirva para exigir tributo que não esteja previsto em lei. O Direito Tributário nacional estabeleceu de modo

contínuo e consistente uma sólida dogmática tributária, de modo a afastar a ambiguidade conceitual. Conceitos tributários claros e bem definidos são uma garantia de uma repartição rígida de competências tributárias, e nesse ponto há convergência das mais diversas escolas tributárias²⁰.

A identificação da previsão do serviço de telemedicina decorre da interpretação da natureza da lista anexa da LC n. 116/05 e pela análise do tipo do serviço prestado e, quanto a esse aspecto, o STF decidiu que a lista mencionada possui natureza taxativa²¹, ou seja, o texto constitucional somente outorga legitimidade para a instituição de normas de competência para cobrança de tributos nos casos expressamente enunciados nessa lista de serviços.

Embora a lista seja taxativa, ela não é fechada, dado que a interpretação dos itens deve ser realizada de modo sistemático. Assim expressou o STF no enunciado da Súmula n. 42, a qual enfatiza a legitimidade da “*incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC*”. A Súmula tinha por paradigma o julgamento do RE n. 784439, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que discutia à luz dos artigos 150, I; e 156, III, da Constituição Federal, o caráter taxativo, ou não, da lista de serviços sujeitos ao ISS e a constitucionalidade da cobrança do ISS sobre serviços bancários não arrolados no Decreto-lei n° 406/68, com a redação da Lei Complementar n° 56/87.

Note-se que no texto da Lista Anexa não aparece a expressão “*serviços congêneres*” na redação do dispositivo, tal qual no caso paradigma julgado pelo STF, sobre os serviços bancários. De tal modo, a conclusão que se impõe é de que não há autorização para o uso de interpretação extensiva do conceito de medicina abranger o conceito correlato de serviços de telemedicina.

A interpretação é prevista no art. 107 do CTN e o seu objetivo é definir o conteúdo, alcance e sentido dos conceitos presentes no texto legal (“*art. 109. Os princípios gerais de Direito Privado utilizam-se para pesquisas de definição, do conteúdo*”).

²⁰ Nesse sentido ver ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001; CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário: três modos de pensar a tributação*. Elementos para uma teoria sistemática do direito tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito - uma visão crítica*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2016 e TÔRRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

²¹ BARRETO, Aires. *Curso de Direito Tributário Municipal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 337.

e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”).

Estaria abrangido o alcance do conceito de telemedicina ao gênero “*serviços de medicina*”? O conceito de telemedicina está expresso na Resolução CFM n. 1.643/2002, publicada no D.O.U. de 26 de agosto de 2002, que define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina.

Art. 1º. - definir a Telemedicina como o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audio-visual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde.

Um exemplo de prática médica de telemedicina é a telerradiologia, definida pela Resolução CFM n. 2107 DE 25/09/2014, publicado no DO em 17 dez 2014, da seguinte forma:

Art. 1º. Definir a Telerradiologia como o exercício da Medicina, onde o fator crítico é a distância, utilizando as tecnologias de informação e de comunicação para o envio de dados e imagens radiológicas com o propósito de emissão de relatório, como suporte às atividades desenvolvidas localmente.

Um argumento contrário à incidência do ISS seria de que não há um conceito normativo de telemedicina, como se explicou anteriormente, bem como esta aparece muitas vezes confundida com a telessaúde. Aquela seria uma espécie desta, atuando como uma forma à distância de práticas médicas.

Outro argumento contrário à incidência do ISS sobre a telemedicina, poderia ser sobre a sua natureza atípica. Nesse argumento, parte-se do pressuposto que as atividades adicionais tornam o serviço qualitativamente distinto da prática médica tradicional, exigindo regulamentação legal, profissional, ética, internacional, contábil, fiscal e contratual distinta. Dessa forma, poder-se-ia inferir que a telemedicina não estaria completa e perfeitamente subsumida ao conceito de medicina. Entender o contrário seria o mesmo que afirmar que a correspondência eletrônica se subsume ao conceito de correspondência tradicional; de que a ligação por *ip (voip)* se subsume ao conceito de telefonia, dentre tantos outros exemplos similares. Haverá um elemento novo, original e

que crie uma atividade preponderante claramente distinta da modalidade “*medicina*”?

A legislação tem reconhecido esta distinção entre serviços tradicionais e os prestados com auxílio das novas tecnologias da informação, em diversos casos. O exemplo mais notório se encontra na discriminação de *serviços de vídeos sob demanda (streaming)*. A LC n. 116/2005 previa somente os seguintes serviços: i) 1.03 – *Processamento de dados e congêneres* e ii) 1.04 – *Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos*. Havia a dúvida se estes enunciados contemplavam os novos casos e se entendeu contrariamente. O *serviços de vídeos sob demanda (streaming)* possui diferenças substanciais com o mero processamento de dados, havendo a agregação de serviços e meios distintos, o que se identifica no contrato realizado e na forma de remuneração realizada.

A LC n. 157/2016 acrescentou o seguinte item à Lista Anexa:

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

O item 1.03 teve a sua redação alterada para:

“1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres”.

E o item 1.04 foi alterado para:

“1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres”.

Para ilustrar as diferenças acima, apresenta-se o seguinte quadro comparativo:

LC 116/2005	LC 157/2016
<i>1.03 – Processamento de dados e</i>	<i>1.03 - Processamento, armazenamento ou</i>

<i>congêneres.</i>	<i>hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.</i>
<i>1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos.</i>	<i>1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres.</i>
	<i>1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).</i>

Para essa linha de argumentação, concluir-se-ia que não haveria, nesse momento, base legal para a cobrança distinta dos serviços de telemedicina, sendo necessária a alteração legislativa da LC n. 116/2005, com a inclusão dos dispositivos específicos de tal modalidade, para que seja possível tributar o imposto sobre serviços na telemedicina.

Apesar dos argumentos serem bastante fortes para excluir a incidência do ISS sobre a telemedicina, cremos que a materialidade desse serviço se subsume na hipótese prevista legalmente, na Lista de Serviços da LC n. 157/2006. A telemedicina se caracteriza pela prestação remota e à distância de serviços de observação, diagnóstico e monitorização de pacientes, mediante o uso de recursos tecnológicos, conforme o próprio Conselho Federal de Medicina já regulamentou. Não haveria sentido em dispor do contrário, se a própria classe médica assim entende. Desse modo, nos dois casos de atuação citados pela doutrina especializada (Teleconsultas e Telemonitorização) haverá a incidência do imposto. Por óbvio, que novas especialidades que possam surgir ou que não se enquadrem no já previamente estudado pela literatura médica devem ser investigadas com cuidado.

Por fim, caberia questionar a constitucionalidade dessa inclusão. Seria a telemedicina uma forma de obrigação distinta da obrigação de fazer? É possível afirmar

que não, tratando-se de uma incidência constitucionalmente prevista. A telemedicina, em todas as suas modalidades, seria uma forma de prestação de serviços, consubstanciada em obrigações de um fazer, sob o conceito de práticas médicas.

A incidência do ISS dar-se-á mesmo nos casos em que o serviço de telemedicina ocorra no âmbito de um Plano de Saúde. O entendimento do STF, por meio de decisão do seu plenário, no Recurso Extraordinário (RE) 651.703²², com repercussão geral reconhecida, reafirmou a incidência do imposto sobre a prestação de serviços por meio das operadoras de planos de saúde, em que foi deliberada a seguinte tese de repercussão geral: “*as operadoras de planos de saúde e de seguro saúde realizam prestação de serviço sujeito ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza previsto no artigo 156, inciso III da Constituição Federal*”.

Diante do exposto, apesar de o tema suscitar debates e de haver argumentos consistentes tanto pela incidência quanto pela não incidência, é possível considerar que o serviço de telemedicina traduz hipótese para incidência o ISS.

3.2. Local da execução do serviço da telemedicina

O local de execução do serviço é um dos temas mais controversos na legislação do ISS, especialmente, porque determinará qual será o município competente para a cobrança do tributo.

O art. 3º da LC n. 116/2005 estabelece a regra geral de determinação da competência territorial:

Art. 3º. O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local.

Assim, se o serviço não estiver regulado em uma das exceções previstas nos incisos I a XXII, o local de incidência ser *local do estabelecimento prestador*. Os serviços

²² Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 651.703. Rel. Min. Luiz Fux. J. em 29/09/2016. DJE 26/04/2017. In: www.stf.jus.br, acesso em 16 de agosto de 2017.

de medicina se subsumem nesse local, dado que a legislação médica, em regra, exige o exame direto do paciente. Agora, como determinar o local de prestação quando o serviço é realizado à distância, mediante teleconsulta ou telemonitoramento?

Duas alternativas podem ser vislumbradas, quais sejam, a tributação no local do prestador ou no local onde está o paciente. A alternativa de considerar o serviço prestado no *local do estabelecimento prestador* segue o modelo de tributação dos serviços médicos e pode ser justificada pelo fato de que as decisões médicas são tomadas nesse estabelecimento, independentemente de onde se encontre o utente do serviço.

A dúvida poderá surgir se a prestação do serviço de teleconsulta ou telemonitoramento contar com um equipamento fixo de apoio, nesse caso caberia perguntar se há o deslocamento do local de incidência para o aquele onde estão os mecanismos remotos, nos termos do art. 4º. da LC n. 116/2005, que assim determinam:

Art. 4º. Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Nesse caso, haveria o deslocamento da competência territorial do Município do prestador para o Município de localização do equipamento, equiparado a estabelecimento fixo? Esse tema ainda é objeto de muitas dúvidas, e outros exemplos semelhantes poderiam ser citados: serviços bancários realizados por meio de máquinas de autoatendimento, máquinas de fotografia ou máquinas de jogos. De toda forma, é possível afirmar que o correto seria a tributação no local do estabelecimento fixo de prestação do serviço.

No entanto, a matéria é objeto de decisões contraditórias por parte do STJ.

No REsp n. 1.060.210/SC²³, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, decidiu, no caso da incidência do ISS sobre as atividades do *leasing*, que a tributação deste dar-se-ia no local sede da empresa de *leasing*, considerada como o local

²³ Superior Tribunal de Justiça. 1a. Turma. REsp n. 1.060.210/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. J. em 28/11/2012. In: www.stj.jus.br, acesso em 16 de agosto de 2017.

do estabelecimento prestador.

O argumento principal decorre do fato que é nesse local em que se realiza o núcleo essencial do contrato de prestação, ou seja, onde o contrato é celebrado, administrado e finalizado. Os demais serviços auxiliares ou prévios não têm o condão de deslocar a competência tributária, tais como a intermediação para venda e captação de clientes. A atividade preponderante estaria caracterizada pelo poder de decisão mantido no estabelecimento prestador. Esse é o sentido do voto do Ministro Teori Zavaski sobre o tema, no referido julgado:

[...] é de se entender que a essência de serviço de leasing financeiro sujeito à tributação é o ato de financiar (=o financiamento), sendo irrelevantes os demais atos de execução do contrato a cargo do prestador, inclusive o da aquisição e o da entrega do bem. Se a prestação do serviço é, na essência, a concessão do financiamento, o que se tem é um serviço de natureza instantânea (e não continuada) que o seu prestador (=financiador) cumpre e exaure no limiar da relação contratual. Se assim é, têm razão os votos já proferidos nesse julgamento, que, revisando os precedentes da 1ª Seção do STJ sobre o tema, são no sentido da aplicação da norma estabelecida no art. 12 do Decreto-lei 406/68, segundo o qual 'Considera-se local da prestação do serviço: (...) o do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, o do domicílio do prestador'. As exceções a essa regra são apenas as hipóteses de construção civil e de exploração de rodovias (letras b e c do dispositivo) [...]

Em sentido contrário, julgou a mesma Corte no Resp n. 1.439.753/PE²⁴, o caso um laboratório com sede em Recife e filiais de coleta de material biológico em outras cidades pernambucanas, entendendo que a incidência deve ocorrer onde o consumidor contratou o serviço (município onde o laboratório coletou o material).

Como visto, a matéria ainda é controversa, embora seja possível afirmar que a melhor solução está em admitir a tributação no local da prestação, por duas razões principais. A primeira razão decorre da natureza dos tributos sobre o consumo, que devem onerar o consumo onde ele for realizado. Os serviços se incluem no conceito de consumo, em sentido amplo. Desse modo, a tributação deve ocorrer no local de destino, ou seja, no

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. 1a. Turma. RESp n. 1.439.753-PE. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. em 06/11/2014. In: www.stj.jus.br, acesso em 16 de agosto de 2017.

local da prestação.

A segunda razão é de ordem federativa. Sendo o ISS um tributo local, que pode ser prestado por agente econômico com abrangência nacional, não seria adequado tributar somente no local da sede do prestador, se este presta serviços em todo o país. Pensar o contrário permitiria a concentração de receitas em um único município e a guerra fiscal municipal.

Essa, contudo, não é a solução geralmente adotada pelos tribunais superiores, que interpretam a incidência do tributo no local da sede do estabelecimento onde se tomam as decisões mais importantes.

Cabe distinguir três relações jurídicas, que podem surgir com a telemedicina: entre o paciente e o médico, entre o médico e médico prestador e entre estes e o provedor de saúde. Este último pode ser identificado como a organização ou empresa intermediária dos fluxos de trabalho e informações entre os profissionais de saúde. Nesses três casos aplica-se a regra geral de tributação no local da sede do estabelecimento.

Situação diversa ocorrerá quando houver a presença de um equipamento fixo, fornecido por uma clínica médica, por exemplo, para a realização de teleconsulta ou telemonitoração. Nesse caso, seria o aparato médico um estabelecimento fixo do prestador no domicílio do utente, nos termos do art. 4º. da LC n. 116/2006.

Nesse caso, operar-se-ia uma mudança de competência da sede para o local da prestação? É possível afirmar que sim, nesse caso e pelas regras atuais, havendo o deslocamento da regra de competência do tributo da sede para o local de presença do equipamento fixo. Caberia perquirir, contudo, para o aperfeiçoamento legislativo e considerando razões de praticabilidade, se não seria mais apropriado definir, de plano, a tributação no destino em vez de se analisar, casuisticamente, se houve a atração da tributação para o local do destino ou se esta permanece na sede do prestador. Essa situação seria agravada pelas contínuas mudanças tecnológicas, capazes de afetar o conceito de equipamento médico. Contudo, por ora, a regra aplicável é o deslocamento da competência para o local de presença do estabelecimento físico ou econômico do prestador.

Cabe recordar que a locação do equipamento médico, por si só, não constitui fato gerador para incidência do ISS, conforme a Súmula Vinculante Súmula Vinculante n. 31 do STF, a qual dispõe ser " *inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços*

de Qualquer Natureza (ISS) sobre operações de locação de bens móveis". Por outro lado, a locação em conjunto com o contrato de prestação de serviços médicos impõe a tributação pelo ISS, em razão da unidade da prestação e da vinculação ao regime da atividade preponderante.

Feitas as considerações pertinentes sob o aspecto tributário, apresentam-se as considerações finais.

CONCLUSÕES

Este artigo demonstrou que a telemedicina, como modalidade de atendimento médico em que instrumentos tecnológicos são utilizados para conectar paciente e médico, é um passo inexorável e que transforma e ainda transformará diferentes institutos jurídicos, exigindo-se adaptações tanto do legislador quanto do jurista para um adequado tratamento da matéria.

Especialmente na seara tributária, a telemedicina desperta inquietudes e dúvidas. O exame empreendido nesse texto contemplou diferentes contextos interpretativos sobre o quanto a percepção quanto ao conteúdo e extensão dos serviços em telemedicina podem ou não ser encaixados na legislação que trata do ISS.

Há previsão, na LC n. 116/2005, para a cobrança do serviço de medicina, sendo possível afirmar que a telemedicina pode ser considerada, em uma primeira análise, como uma modalidade de prática da medicina, de modo que isso dispensaria uma alteração legislativa para permitir a cobrança de imposto sobre os serviços em telemedicina. A análise concreta de modalidades específicas dessa prática deverá ser realizada com muito cuidado e considerando as peculiaridades singulares, dessa nova atividade.

No tocante ao local da prestação de serviço, para determinar qual será o município beneficiado com o tributo, reconhecendo-se as controvérsias existentes quanto aos argumentos empregados para solução a respeito da matéria, que são distintos e diametralmente opostos, o que dificulta a tomada de posição, entende-se pela possibilidade de afirmar que a tributação da telemedicina deva dar-se no local da sede do estabelecimento prestador, salvo nos casos de presença de equipamento físico no lugar da prestação, caso em que irá se operar o deslocamento da competência para o local do estabelecimento físico.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARRETO, Aires. *Curso de Direito Tributário Municipal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASHSHUR, Rashid. Telemedicine and State-Based Licensure in the United States, Revisited. *Telemedicine and e-Health* (Vol. 14, n. 4, p. 310, Maio/2008).
- CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito - uma visão crítica*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008.
- _____. *Direito Tributário: três modos de pensar a tributação*. Elementos para uma teoria sistemática do direito tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAMPANA, Álvaro Oscar. Metodologia da investigação científica aplicada à ciência biomédica. *Jornal Brasileiro de Pneumologia*. Botucatu, SP. Vol. 25, n. 1. p. 25-34, Jan-fev. 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FERRER-ROCA, Olga; SOSA-IUDICISSA, Marcelo. *Handbook of telemedicine*. Amsterdam: IOS Press, 1998.
- FREUDENHEIM, Milt. The doctor will see you now. Please log on. *NYTimes*, edição de 28 de maio de 2010). In: <http://www.nytimes.com/2010/05/30/business/30telemed.html>, acesso em 2 de outubro de 2016.
- ROGOVE, Herbert J.; AMOATENG, Benjamin; BINNER, Jennifer; DEMAERSCHALK, Bart M.; SANDERS, Richard B. A survey and review of telemedicine license portability. *Telemedicine and e-Health*. 2015 Maio Vol. 21(n. 5). p. 374-81.
- ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. Legal Impediments to the Diffusion of Telemedicine. *Journal of Health Care Law & Policy*. 2011, p. 1-53, V. 14.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. Percurso jurídico da telemedicina: um debate sobre tecnologia e direito comparado. p. 262 a 282. In: PONA, Éverton W. e outros (coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- TÔRRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.