

Belo Horizonte, 06 de dezembro de 2024.

Ref: 042/24 – S

Ilmo Sr

Rodrigo Rodrigues Tavares

Diretor Geral do DER – MG

Senhor Diretor Geral:

A ausência de repasse integral da elevação da carga tributária da exação indireta implica confisco inconstitucional do patrimônio do contratado. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Thomson Reuters, 2021 P. 1444).

O SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO PESADA DE MINAS GERAIS – SICEPOT-MG, vem, respeitosamente, expor e requerer a Vossa Senhoria que analise os pleitos adiante formulados, certos de que se trata de demanda relevante para o setor de obras públicas, e de interesse público.

DA ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ISSQN INCIDENTE NOS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA – CONSEQUENTE MAJORAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA

É entendimento consolidado que **o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN compõe a taxa de BDI** a ser acrescida aos custos diretos da obra ou serviço de engenharia para a formação do preço base da contratação. Por esta razão, a representação da forma de cálculo do BDI foi parametrizada pelo Tribunal de



SICEPOT MG

Sindicato da Indústria da Construção
Pesada no Estado de Minas Gerais

Contas da União¹ com **expressa referência à inclusão do referido imposto**, senão vejamos:

77. A fórmula para estipulação da taxa de BDI adotada no estudo de que tratam estes autos é a mesma que foi aplicada para a obtenção das tabelas contidas no Acórdão n. 2.369/2011 – Plenário, sendo que, no caso dos valores de BDI constantes nas amostras selecionadas que foram originalmente obtidos com base em diferentes fórmulas, foi efetuada a respectiva conversão dos componentes das taxas para a base única da fórmula adotada, a seguir explicitada:

$$BDI = \frac{(1 + AC + S + R + G)(1 + DF)(1 + L)}{(1 - I)} - 1$$

onde:

AC = taxa de administração central

S = taxa de seguros

R = taxa de riscos

G = taxa de garantias

DF = taxa de despesas financeiras

L = taxa de lucro/remuneração

I = taxa de incidência de impostos (PIS, COFINS e ISS)

Para fins de apuração da base de cálculo do ISSQN incidente sobre a prestação de serviços de engenharia, o Superior Tribunal de Justiça, **até o ano de 2010**², possuía entendimento bastante restritivo quanto ao direito à dedução dos materiais pelo contribuinte. Ou seja: de acordo com o posicionamento do Tribunal àquela época, a dedução somente seria possível caso os materiais fossem comercializados pelo construtor de forma apartada dos serviços e, cumulativamente, fossem objeto de incidência de ICMS na operação entre o construtor e o tomador dos serviços.

Não obstante, em 2010 sobreveio decisão da então Ministra Ellen Gracie nos autos do Recurso Extraordinário nº 603.497/MG (Tema 247) examinado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se deu provimento ao recurso do contribuinte ao argumento de que *“Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil”*.

Imediatamente após a edição desta decisão monocrática em 2010, **o Superior Tribunal de Justiça mudou seu entendimento** e passou a admitir, por ambas as Turmas de Direito Público, **a ampla dedutibilidade dos materiais incorporados pelo construtor à obra** (vide, por exemplo: AgRg nos EAREsp n. 113.482/SC, relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em

¹ TCU. Processo n. TC 036.076/2011-2. Acórdão nº 2622/2013. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Data da sessão: 25/09/2013.

² Representativo da época, o seguinte julgado: **EDcl no REsp n. 123.528/SP**, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 4/12/1997, DJ de 16/3/1998, p. 41.

7/2/2013, DJe de 12/3/2013 e AgRg nos Embargos de Divergência em REsp Nº 1.360.375 – ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJE de 16/12/2014.)

Ou seja, a partir de então **o STJ orientou todos** – Municípios e contribuintes – no sentido de que aquela interpretação era definitiva, fazendo com que as obras de engenharia, públicas ou privadas, tivessem seus orçamentos calculados considerando o direito subjetivo do contribuinte de excluir da incidência do ISSQN o valor dos materiais incorporados à obra, **ainda que não tenham sido objeto de incidência apartada de ICMS.**

Em razão deste posicionamento, diversos Municípios passaram a permitir que o ISSQN fosse calculado de acordo com um percentual estimado de incidência de serviços na obra. Por outro lado, conforme o **Acórdão do TCU nº 2.369/2011**, a orientação da Corte de Contas Federal foi no sentido de que "*de forma conservadora, é coerente a admissão da incidência do ISS em 50% do preço de venda (custo direto acrescido do BDI) para os tipos de obras e serviços de engenharia*", encampando, portanto, o pressuposto de que, em termos de obras, o imposto incidiria apenas sobre 50% do preço do serviço, já que aproximadamente metade do custo é com os materiais que são incorporados à construção. A seu turno, o Sistema de Custos Referenciais de Obras – SICRO, adotou “um valor referencial de 3,0% para o ISSQN em orçamentos de obras de engenharia, admitida alíquota máxima de 5,0% e **redução da base de cálculo em 40,0% em virtude da possibilidade de dedução dos materiais** produzidos pelo prestador dos serviços”.

Em 2020 o Supremo Tribunal Federal julgou Agravo Regimental contra a decisão de 2010 proferida no Recurso Extraordinário nº 603.497/MG, e, após este julgamento, o Superior Tribunal de Justiça continuou permitindo a ampla dedutibilidade dos materiais, como comprovam os seguintes precedentes: AgInt no AREsp n. 1.900.715/SP, relator Ministro **Herman Benjamin**, Segunda Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 15/3/2022;³ AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.579.411/MG, relator Ministro **Og Fernandes**,

³ “ISSQN. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS EMPREGADOS PELO PRESTADOR DE SERVIÇO. LEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA SÓLIDA DO STJ. JULGAMENTO DO RE 603.497/MG PELO PLENÓ DO STF”



SICEPOT MG

Sindicato da Indústria da Construção
Pesada no Estado de Minas Gerais

Segunda Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 22/6/2021;⁴ AgInt no AREsp n. 1.358.960/SP, relator Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, Primeira Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 1/10/2020; AgInt no AREsp n. 1.620.140/RJ, relator Ministro **Herman Benjamin**, Segunda Turma, julgado em 21/9/2020, DJe de 1/10/2020 e do AgInt no AREsp n. 1.892.536/RJ, relator Ministro **Mauro Campbell Marques**, Segunda Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021.

Sucedede que, **em abril de 2023**, a Primeira Turma do Superior Tribunal Justiça proferiu um primeiro acórdão no Recurso Especial n. 1.916.376/RJ, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, **RETOMANDO A TESE RESTRITIVA ADOTADA ANTES DE 2010**, no sentido de que **apenas** os materiais necessários à construção produzidos fora do local da obra e destacadamente comercializados em paralelo com o tomador poderão ser deduzidos da base de cálculo do ISSQN, uma vez que, nesta hipótese, o prestador do serviço de construção civil também será contribuinte do ICMS.

Deste julgamento isolado do ano passado, vários outros sucederam no mesmo sentido, e no ano de 2024 sobreveio posicionamento colegiado da Segunda Turma (AgInt no AREsp n. 2.486.358/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 29/5/2024), tornando evidente neste momento que houve uma efetiva mudança de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Este novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça **repercute diretamente nos preços contratados**, uma vez que, ampliando-se a base de cálculo do ISSQN, eleva-se a carga tributária que integra o BDI, e, conseqüentemente, **desequilibra-se a equação econômico-financeira da contratação**. Nesse sentido, veja-se o entendimento do TCU⁵:

311. No presente trabalho, entende-se que a incidência da remuneração ou de outras parcelas do BDI sobre o preço total da obra, com a sua inclusão no denominador da fórmula, resulta na incidência cumulativa dessas parcelas com as

⁴ “O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, sob a sistemática do art. 543-B do CPC, firmou posicionamento de que, mesmo após a entrada em vigor da Lei Complementar n. 116/2003, é legítima a dedução da base de cálculo do ISS do material empregado na construção civil”.

⁵ TCU. Processo n. TC 036.076/2011-2. Acórdão nº 2622/2013. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Data da sessão: 25/09/2013.



SICEPOT MG

Sindicato da Indústria da Construção
Pesada no Estado de Minas Gerais

alíquotas dos tributos sobre o faturamento. **Se um tributo tem sua alíquota aumentada, o preço de venda se altera para um novo patamar e, como os**

demais tributos e a remuneração também incidem sobre o preço de venda, eles também aumentam (em termos absolutos) na mesma proporção do novo patamar de preço, ocorrendo a chamada 'incidência cumulativa'. O inverso ocorre com a diminuição da alíquota de um determinado tributo.

312. **Em qualquer caso, a alteração sem causa da remuneração modificaria a equação econômico-financeira dos contratos administrativos em desfavor da Administração Pública ou do particular contratado, a depender de aumento ou diminuição da alíquota dos tributos. Essa situação configuraria uma afronta ao princípio constitucional da manutenção das condições efetivas da proposta de preços, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o que ensejaria a aplicação da regra prevista no art. 65, inciso II, alínea d da Lei 8.666/1993.**

Sob tais fundamentos é que **se impõe o reequilíbrio econômico-financeiro contratual em favor de todas as contratadas deste operoso órgão, além de alteração da forma de calcular o BDI de obras públicas nos próximos editais de novas licitações,** como se passa a demonstrar.

Como cediço, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato decorre de expressa previsão da Constituição Federal ao assegurar a manutenção das condições efetivas da proposta em seu artigo 37, inciso XXI:

Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta,** nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tratando-se especificamente da revisão dos preços contratados em virtude da **criação, alteração ou extinção de tributos,** a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/2021 também **possuem disposição expressa que garante o reequilíbrio em favor da parte contratada,** consoante se lê:

LEI Nº 8.666/93

Art. 65 (...)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

LEI Nº 14.133/2021

Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

Nos termos da então consolidada jurisprudência do STJ, as atuais contratadas deste órgão formularam suas propostas **amparadas em seu direito subjetivo** de excluir, da incidência do ISSQN, o valor dos materiais incorporados à obra, ainda que não fossem objeto de incidência apartada de ICMS.

Assim, a ***ampliação da base de cálculo do tributo*** em razão da alteração **recente e superveniente** do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça **acarretará o aumento dos custos dos serviços despendidos pela contratada**

Verifica-se, portanto, que, no caso em questão, há (i) **superveniente e imprevisível alteração do tributo que compõe o BDI**, uma vez que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi exarado **após a apresentação das propostas**, alterando a jurisprudência pacificada desde 2010; e (ii) **direta e comprovada repercussão sobre os preços contratados**, fazendo surgir o **DIREITO DAS CONTRATADAS AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS SEUS CONTRATOS**, consoante disposto no artigo 65, §5º, da Lei nº 8.666/93 e no artigo 134 da Lei nº 14.133/2021.

Mais do que isso, é relevante registrar que como aplicador autêntico do Direito brasileiro, este órgão público não pode desconsiderar o Direito Tributário em vigor no Brasil neste momento, para a elaboração de seus editais – sob pena de violação ao Princípio da Legalidade ao qual está adstrito. Por isso mesmo, uma vez verificada a alteração da norma tributária – ainda que por intervenção do Estado-Juiz –, se faz imprescindível que os novos editais observem esta alteração da carga tributária incidente sobre as obras no Brasil.

Por fim, registra-se que há uma presunção geral nos editais de licitação deste zeloso órgão, de que a alíquota média dos municípios mineiros seria de 3%. Todavia, não se sabe com base em quais dados se chegou a esta média e, ao contrário dela, a experiências das associadas demonstram na realidade que a alíquota média é de

5%, o que torna ainda maior a distorção na formação do BDI. Por isso, requer sejam disponibilizados os dados com base nos quais o Estado de Minas Gerais adota a presunção

de 3% para as alíquotas de ISSQN sobre obras e serviços de engenharia nos Municípios mineiros. Caso não exista tal levantamento, requer seja avaliado por esta Diretoria Geral a possibilidade de corrigir esta distorção, para adotar a alíquota média de 5%, como, aliás, já ocorre no plano federal no âmbito do DNIT.

Por todo o exposto, são os seguintes os pleitos deste Sindicato:

- 1- Concessão de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em vigor para adequar o BDI à nova carga tributária do ISSQN, conforme alteração de jurisprudência do STJ, que não mais admite a dedução do valor dos materiais da base de cálculo do imposto;
- 2- Alteração da forma de calcular o BDI nos novos editais a serem publicados pelo órgão, de forma a adequar ao Direito Tributário atualmente em vigor, consoante alteração de jurisprudência do STJ;
- 3- Alteração da alíquota média dos municípios mineiros para 5%, corrigindo a atual distorção que subdimensiona a carga tributária no Estado.

Agradecendo a atenção, colocamo-nos a disposição de V. Sa. para debater a questão e subscrevemo-nos

Atenciosamente,

Bruno Baeta Ligório
Presidente