

# PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO



ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO  
DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRA PRETA / ESTADO DE MATO GROSSO

**EDITAL DE CONCORRÊNCIA ELETRÔNICA Nº 02/2025**  
**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 11/2025**

**Marcione Alves Perrot – ME**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda CNPJ/MF sob o nº 17.891.635/0001-29, com sede na Avenida Presidente Emílio Garrastazu Médici, nº 1436, Centro, telefone (66) 3486.2862, por sua representante legal **Marcione Alves Perrot**, brasileira, convivente, portadora da Cédula de Identidade RG nº 12366633 SSP/MT, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda CPF/MF sob o nº 860.691.361/87, residente e domiciliada na Avenida Frei Servácio, nº 700, Centro, Pedra Preta/MT, CEP: 78.795-000, e-mail [perrotconstrucao@gmail.com](mailto:perrotconstrucao@gmail.com) e celular (66) 9 9961-2888, vem, com fundamento na Lei Federal nº 14.133/2021 e demais normas legais aplicáveis, apresentar **Impugnação aos termos do Edital** em referência, pelas razões a seguir expostas:

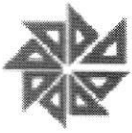
**1. Dos fatos**

Após analisar as cláusulas que compõem o Edital Concorrência Eletrônica 02/2025 a impugnante observou a ocorrência de cláusulas que ofendem os preceitos fundamentais do Direito Administrativo e, portanto, vem perante esta douta CPL ofertar a presente impugnação ao referido edital, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

**2. Das razões da impugnação**

O presente edital contém cláusulas que, na ótica da impugnante, estão contaminadas com ilegalidades e/ou obscuridades. Em face disso a presente impugnação visa dar lisura ao procedimento em curso.

É sabido que o princípio da legalidade deve ser norteador de qualquer relação jurídica, se sobressaindo aos demais. A respeito disso, o art. 5º, da Lei



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRA PRETA

PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRA PRETA

AV. FERNANDO CORREA DA COSTA

Nº 940

- CENTRO

03.773.942/0001-09

**FICHA DO PROTOCOLO/PROCESSO**

2025

**NÚMERO:** 000002663 / 2025 **VOLUMES:** **TIPO:** PROTOCOLO

**DATA:** 15/04/2025 **HORA:** 15:32:40 **RESPONSÁVEL:** PROTOCOLO

**PRAZO PARA ENTREGA:** 0 DIA(S) **CHAVEWEB:** 1P1532E154D2663

**INTERESSADO:**

**ASSUNTO** PEDIDO DE DOCUMENTAÇÃO

**DADOS DO PROTOCOLO / PROCESSO**

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DE CONCORRENCIA ELETRONICA 02/2025 - PROCESSO ENTREGUE EM MÃOS.

*LISTA DE DOCUMENTOS*

DESCRIÇÃO DO DOCUMENTO	Nº DO DOCUMENTO
PROTOCOLO/PROCESSO	01

*LISTA DE TRAMITES*

ITEM	DATA TRAM.	HORA TRAM.	SETOR ANTERIOR	SETOR ATUAL	REC.
1	15/04/2025	15:32:40	PROTOCOLO	PROTOCOLO	1
PROTOCOLO					
2	15/04/2025	15:35:00	PROTOCOLO	DEPARTAMENTO DE LICITAÇÃO / RITHIENE	0

14.133/21, destaca expressamente que a licitação busca selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, porém seguindo alguns princípios, são eles:

**Art. 5º** Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB).

Para o momento a impugnante destaca a necessidade de observância aos princípios da legalidade, segurança jurídica e segregação de funções.

### 3. Da planilha orçamentária

Conforme se depreende da planilha orçamentária referente ao BDI PARA SERVIÇOS (NÃO DESONERADO) o imposto sobre serviços (ISS) será cobrado no equivalente a 40% (quarenta por cento) sobre a mão de obra. Senão vejamos:

		<b>PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRA PRETA-MT</b>		Ref. INAPI - 12/2024 - Mato Grosso SBC - 01/2025 Mato Grosso: EMOP/12/2024 - Rio de Janeiro SCD - 12/2024 - Rio de Janeiro
		Av. Fernando Corrêa da Costa Nº940 - Centro - Pedra Preta - MT Tel: (66) 3486-4400 E-mail: engenharia@pedrapreta.mt.gov.br		<b>BDI 22,23%</b>
<b>OBRA:</b> REFORMA LONCHERIA ACUSTICA - PRAÇA CENTRAL		<b>DATA:</b> 2024/01/25		
<b>LOCAL:</b> AV. ERIL, SERVIÇO CENTRO, PRAÇA CENTRAL, MUNICÍPIO DE PEDRA PRETA, MT		<b>LEIS SOCIAIS:</b> 777/14/15		
<b>BDI PARA SERVIÇOS (NÃO DESONERADO)</b>				
<b>ITEM</b>	<b>DISCRIMINAÇÃO</b>	<b>PERCENTUAL (%)</b>		
<b>1</b>	<b>ADMINISTRAÇÃO DA OBRA</b>	<b>7,30</b>		
1.1	AC - Administração Central	4,00		
1.2	SG - Seguro e Garantia	0,50		
1.3	C - Recup.	1,27		
1.4	DF - Custos Financeiros	1,23		
<b>2.0</b>	<b>LUCRO</b>	<b>7,40</b>		
2.1	L - Lucro Operacional	7,40		
<b>3.0</b>	<b>TRIBUTOS</b>	<b>5,55</b>		
3.1	ISS	2,00		
3.2	ICMS	3,00		
3.3	PIS	0,65		
3.4	Contribuição Previdenciária - Lei nº 12.546/13	0,90		
<small>**ISS - Repassado pelo município</small> <small>Segundo o que determina a Lei nº 8.666/93 admite-se fixar o percentual de BDI, desde que segundo as técnicas da Engenharia e Custos</small>				
<b>TAXA DE BDI A SER APLICADA SOBRE O CUSTO DIRETO</b>		<b>22,23%</b>		
<b>VALOR DA OBRA</b>		<b>R\$ 73.143,05</b>		
<small>Não incidem IRPJ e CSLL na composição de Tributos</small> <small>CÁLCULO DO BDI</small>				
$BDI = \frac{(1 + 40\% + 5\% + 4\% + 0,90 + 1,27 + 1,23)}{1}$				
<small>**ISS - Imposto Sobre Serviços</small> <small>5,00% - ISS - Repassado pelo município</small> <small>40% - % SOBRE MÃO DE OBRA</small>				

Pedra Preta-MT, 05 de março de 2025

CASSIE CORREA  
 DAMACENA 0255  
 6452102

Note que há menção expressa do valor a ser cobrado a título de ISS sobre a mão-de-obra é de 40% (quarenta por cento).

Ocorre que, para afastar qualquer decisão surpresa capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é necessário que esta Administração formalize o critério a ser utilizado.

É preciso explicitar no corpo do instrumento convocatório se o BDI utilizado terá como base a cobrança de 40% sobre os serviços de mão-de-obra ou se os concorrentes correm riscos de sofrer ao alvedrio da Administração Pública majoração de tributos ao longo do processo administrativo nº 11/2025.

A pretexto de ter que justificar eventual perda de receita e sob a égide da Lei 14.133/2021 fiscais de contrato e membros desta Comissão Permanente de Licitação – CPL têm dito (extraoficialmente) que haverá majoração de tributos, nas concorrências eletrônicas (em andamento e convocadas).

No intuito de evitar qualquer tipo de **decisão surpresa** e impedir a violação ao princípio da segregação de funções (art. 5º) a impugnante destaca o conteúdo do Decreto 079/2023 que estabelece as competências do Agente de Contratação:

**Art. 4º Caberá ao agente de contratação, em especial:**

**I. acompanhar os tramites da fase preparatória da licitação, promovendo diligências, se for o caso, para que o calendário de contratação seja cumprido na data prevista, observado, ainda, o grau de prioridade da contratação, em especial na confecção dos seguintes artefatos:**

- a) estudos técnicos, preliminares;**
- b) anteprojeto, termo de referência ou projeto básico;**
- c) pesquisa de preços; e**
- d) MINUTA DE EDITAL E DO INSTRUMENTO DO CONTRATO.**

Portanto, uma vez que a Minuta do Edital e do instrumento de contrato do presente certame foram elaborados por Vossa Senhoria, antecipamos o receio de que, tal qual ocorreu na Concorrência Eletrônica nº 06/2024 (processo administrativo nº 99), ocorra o acúmulo de funções.

No entendimento desta Impugnante para dirimir questões que podem causar controvérsia entre os concorrentes (que podem e devem ser evitadas), deve ser observado o inteiro teor do art. 151, da Lei 14.133/2021, senão vejamos:

**DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Sendo que na Concorrência 06/2024 Vossa Senhoria não só elaborou a Minuta do Edital, como realizou diligências, julgou recurso administrativo e exerceu juízo de retratabilidade.

No entendimento desta impugnante, essa conduta ofende ao princípio da segregação de funções. Pois, inobstante às múltiplas funções autorizadas no art. 4º, do Decreto Municipal nº 079/2023, o referido princípio visa (justamente) **separar as funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização.**

Caríssima Pregoeira

A inclusão do princípio da segregação de funções nas licitações e contratos públicos tem a pretensão de evitar **conflitos de interesses** e, portanto, buscar repartir funções entre os servidores **para que não exerçam atividades incompatíveis, como executar e fiscalizar uma mesma atividade.**

Não parece plausível que o Decreto Municipal 079/2023 deva prevalecer à Lei Federal 14.133/2021. Não é razoável crer que tal norma sirva de respaldo para burlar o princípio da segregação de funções e concentrar poder nas mãos de uma só pessoa.

Uma vez que a majoração de tributos pode ocorrer nos contratos em curso ou convocados a impugnante não vislumbra a isenção necessária de Vossa Senhoria para julgar eventual recurso administrativo.

A escolha de outro servidor para exercer o papel de fiscalização e julgamento atende melhor ao princípio da segurança jurídica e inibe a decisão surpresa.

Com efeito, a garantia aos participantes do certame licitatório de um regramento que assegure certeza e previsibilidade da atuação estatal (segurança jurídica), gera confiança e certeza jurídica nos interessados.

#### 4. **Do risco de majoração de tributos nos contratos**

Cumprindo reforçar que esta Administração tem manifestado (publicamente) que, com o advento da Nova Lei das Licitações e Contratos (Lei

14.133/2021) haverá cobrança de ISS acima dos 40% constantes no BDI constante na Planilha Orçamentária (parte integrante do edital).

Nesse sentido, a impugnante entende que eventual majoração dos tributos após a apresentação da proposta pode trazer prejuízos imensuráveis às empresas licitantes e, dado o desequilíbrio-econômico-financeiro por ela provocado, redundará na necessidade de revisão do contrato (art.134).

Destarte, caso haja alteração unilateral do contrato que aumente os encargos constantes no Edital 02/2025, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (art. 130).

Demais disso a literalidade do art. 103, § 5º, inciso II, revela a exceção da regra, onde o equilíbrio-econômico-financeiro pode ser pleiteado pelo contratado quando houver majoração dos tributos após a apresentação da proposta.

## **5. Da impugnação ao edital**

Prezada Presidente

É sabido que todo procedimento licitatório possui um edital, que é o documento que dá publicidade e define as regras da licitação, sendo, portanto, lei entre a administração pública e o particular, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 14.133/2021.

Ocorre que o edital pode ser omissivo, estar equivocado ou obscuro em algum ponto, gerando dúvidas nos licitantes. Caso ocorra alguma dessas possibilidades é possível fazer uso de dois instrumentos: **a impugnação ao edital e o pedido de esclarecimentos** (art. 164).

**Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.**

**Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.**

A presente Impugnação ao edital se sustenta na obscuridade dos critérios a serem adotados por esta Administração Pública acerca da cobrança de Imposto Sobre Serviços - ISS (leia-se mão-de-obra) acima dos 40% (quarenta por cento), conforme BDI constante na Planilha Orçamentária.

No entendimento da impugnante, o edital deve trazer em seu bojo, de forma taxativa, que o percentual de 40% (quarenta por cento), da cobrança do imposto

sobre serviços (ISS) da mão-de-obra permanecerá inalterado. E, na hipótese de serem majorados, a Administração Pública promoverá a revisão do contrato para garantir às partes o equilíbrio-econômico-financeiro do contrato, nos exatos termos do § 2º, do art. 104, da Lei 14.133/2021.

Portanto, requer a esta CPL, no prazo de 03 (três) dias úteis, apresente resposta à impugnação, podendo alterar o edital para evitar obscuridade na aplicação do percentual a ser cobrado a título de ISS, conforme BDI constante na Planilha Orçamentária (parte integrante do Edital de Concorrência Pública 02/2025).

Cabe ressaltar que a obscuridade constante no edital não se dá por afronta à lei, mas em razão da informação repassado por um fiscal de contrato que a Administração, doravante, vai majorar (unilateralmente) a cobrança do imposto sobre serviço (ISS) da mão-de-obra dos contratos, com o pretexto de evitar renúncia de receita e o efetivo cumprimento da Nova Lei das Licitações e Contratos.

### **5.1 Do pedido de esclarecimento**

Prezada Pregoeira

Tanto a impugnação ao edital quanto o pedido de esclarecimentos estão sendo encaminhados **antes** da realização da licitação.

Desse modo, na hipótese indeferimento do pedido de Impugnação ao edital, pelas razões acima destacadas, encaminhamos pedido formal de esclarecimentos (art. 164) acerca dos seguintes questionamentos:

1. Vossa Senhoria confirma a informação do fiscal de contratos que esta Administração pretende majorar os tributos dos contratos em andamento (e aqueles em concorrência)?
2. Se a Lei 14.133/2021 determina a necessidade de revisão do contrato (art. 103, § 5º, inciso II) quando há modificações na tributação que afetam o valor constante na proposta, a adoção de novos critérios para os contratos em andamento se mostra necessárias?
3. A revisão do contrato com o reequilíbrio-econômico-financeiro propiciará proveito econômico para a Administração Pública ou redundará em resultado nulo?
4. Vossa Senhoria exerce a função de Pregoeira e ao mesmo tempo é responsável pela confecção das minutas do edital e contrato, bem como da fiscalização e julgamento de eventuais recursos. Entende ser caso explícito de violação ao princípio da segregação de funções?

### **6. Do princípio da motivação na LINDB**



Desse modo, para além das explicações acerca dos questionamentos acima dispostos, solicitamos a esta CPL justifique a motivação das decisões considerando a necessidade, adequação do eventual ajuste (majoração dos tributos) e o apontamento de possíveis alternativas às decisões tomadas (art. 151, da Lei 14.133/2021), com observância ao disposto nos arts. 20 e ss., da Lei. 13.655/2018 (LINDB).

## **7. Da observância ao acórdão do TCU**

Para que não parem dúvidas acerca da ilegalidade de decisão surpresa é o acórdão abaixo transcrito:

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.916.376 - RS (2021/0011137-9)**

**RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA**

**RECORRENTE: SUPERBLOCO CONCRETOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**ADVOGADOS: ALEXANDRE CARTER MANICA - RS052579 LUCAS PACHECO VIEIRA - RS088916 PABLO AUGUSTO LIMA MOURÃO - RS092361**

**RECORRIDO: MUNICIPIO DE IVOTI ADVOGADO: GIOVANA MORAIS MENA BARRETO - RS119060**

**EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO COMBATIDO. DECISÃO SURPRESA. INEXISTÊNCIA. ISS. BASE DE CÁLCULO. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DOS MATERIAS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE.**

**1. A valoração jurídica diversa, calcada nos fatos da causa, dada pelo magistrado à atividade empresarial da contribuinte não caracteriza decisão surpresa que justifique a anulação do julgado.**

**2. Esta Corte Superior há muito consolidou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado, não sendo possível deduzir os materiais empregados, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS. Precedentes.**

**3. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir o primeiro julgamento do RE 603.497/MG (Tema 247 do STF), em 31/08/2010 (DJ 16/09/2010), decidiu reformar acórdão do STJ com fundamento no entendimento do Pretório Excelso sobre a "possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil".**

4. A partir desse momento, esta Corte Superior, buscando alinhar a sua jurisprudência à referida decisão da Suprema Corte, começou a decidir naquele mesmo sentido, como se observa, a título de exemplo, no AgRg nos EAREsp n. 113.482/SC, relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 27/2/2013, DJe de 12/3/2013.

5. Entretanto, mais recentemente, em 03/07/2020 (publicação da ata de julgamento em 13/07/2020), nos mesmos autos do RE 603.497/MG, o STF deu parcial provimento a agravo interno para, reafirmando a tese de recepção do art. 9º, § 2º, do DL n. 406/1968 pela Constituição de 1988, assentar que a aplicação dessa tese naquele caso concreto não ensejou reforma do acórdão do STJ, ficando evidenciada, no referido julgamento, a intenção do Pretório Excelso de preservar a orientação jurisprudencial que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou no âmbito infraconstitucional acerca da impossibilidade de dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre serviço de construção civil

6. Diante desse último pronunciamento da Suprema Corte no julgamento do seu Tema 247, há de voltar a ser prestigiada a vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema.

7. Hipótese em que a parte autora nem sequer alegou, muito menos comprovou, que comercializou de forma apartada os materiais empregados nos serviços de concretagem e submeteu o valor deles à tributação pelo ICMS, de modo que não faz jus à pretendida dedução da base de cálculo de ISS. 8. Recurso especial desprovido.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues, Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de março de 2023

**MINISTRO GURGEL DE FARIA**

Relator

#### **8. Do pedido**

Por todo o exposto, requer a impugnante que seja adotado critérios claros e objetivos no presente edital necessários evitar decisão surpresa e macular a segurança jurídica do certame, bem como seja corrigido os erros do edital.

No que se requer:

a) Seja recebida e atuada a presente Impugnação ao Edital, nos termos do art. 164, da Lei 14.133/2021, eis que apresentado dentro dos 3 (três) dias úteis que antecedem a abertura do certame;

b) Sejam acolhidos os fundamentos do presente Impugnação ao Edital, acrescentado ao documento, de forma clara e objetiva, que a cobrança do ISS sobre a mão-de-obra permanecerá conforme BDI no equivalente a 40% (quarenta por cento) e não sofrerá qualquer majoração no curso do contrato;

b1) caso não seja acrescida na redação do edital a manutenção dos 40% (quarenta por cento) na dedução do ISS, conforme BDI constante na Planilha Orçamentária (05/03/2025), rubricado pela Engenheira Cassie Correa Damacena – CREA 029943/MT, seja apresentada a devida motivação, nos termos do art. 20 e ss, da LINDB;

c) Seja encaminhado no e-mail desta Impugnante, esclarecimentos aos pontos acima levantados, como forma de dirimir todas as dúvidas que pairam acerca de eventual majoração de tributos no curso dos processos administrativos convocados por essa Administração Pública;

c1) na hipótese de opção pelo não encaminhamento dos esclarecimentos solicitados, requer seja apresentada a devida motivação, nos termos do art. 20 e ss, da LINDB;

Pelo exposto, roga e espera deferimento.

Pedra Preta/MT, 15 de abril de 2025.

  
**Marcione Alves Perrot – EPP**  
CNPJ: 17.891.635/0001-29

Lista de anexos:

- 1- Acordão
- 2- BDI

RECURSO ESPECIAL Nº 1.916.376 - RS (2021/0011137-9)

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**RECORRENTE** : SUPERBLOCO CONCRETOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
**ADVOGADOS** : ALEXANDRE CARTER MANICA - RS052579  
LUCAS PACHECO VIEIRA - RS088916  
PABLO AUGUSTO LIMA MOURÃO - RS092361  
**RECORRIDO** : MUNICIPIO DE IVOTI  
**ADVOGADO** : GIOVANA MORAIS MENA BARRETO - RS119060

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO COMBATIDO. DECISÃO SURPRESA. INEXISTÊNCIA. ISS. BASE DE CÁLCULO. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A valoração jurídica diversa, calcada nos fatos da causa, dada pelo magistrado à atividade empresarial da contribuinte não caracteriza decisão surpresa que justifique a anulação do julgado.

2. Esta Corte Superior há muito consolidou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado, não sendo possível deduzir os materiais empregados, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS. Precedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir o primeiro julgamento do RE 603.497/MG (Tema 247 do STF), em 31/08/2010 (DJ 16/09/2010), decidiu reformar acórdão do STJ com fundamento no entendimento do Pretório Excelso sobre a "possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil".

4. A partir desse momento, esta Corte Superior, buscando alinhar a sua jurisprudência à referida decisão da Suprema Corte, começou a decidir naquele mesmo sentido, como se observa, a título de exemplo, no AgRg nos EAREsp n. 113.482/SC, relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 27/2/2013, DJe de 12/3/2013.

5. Entretanto, mais recentemente, em 03/07/2020 (publicação da ata de julgamento em 13/07/2020), nos mesmos autos do RE 603.497/MG, o STF deu parcial provimento a agravo interno para, reafirmando a tese de recepção do art. 9º, § 2º, do DL n. 406/1968 pela Constituição de 1988, assentar que a aplicação dessa tese naquele caso concreto não ensejou reforma do acórdão do STJ, ficando evidenciada, no referido julgamento, a intenção do Pretório Excelso de preservar a orientação jurisprudencial que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou no âmbito infraconstitucional acerca da impossibilidade de dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre serviço de construção civil.

ESPECIAL

6. Diante desse último pronunciamento da Suprema Corte no julgamento do seu Tema 247, há de voltar a ser prestigiada a vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema.

7. Hipótese em que a parte autora nem sequer alegou, muito menos comprovou, que comercializou de forma apartada os materiais empregados nos serviços de concretagem e submeteu o valor deles à tributação pelo ICMS, de modo que não faz jus à pretendida dedução da base de cálculo de ISS.

8. Recurso especial desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues, Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de março de 2023

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1916376 - RS (2021/0011137-9)

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**RECORRENTE** : SUPERBLOCO CONCRETOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
**ADVOGADOS** : ALEXANDRE CARTER MANICA - RS052579  
LUCAS PACHECO VIEIRA - RS088916  
PABLO AUGUSTO LIMA MOURÃO - RS092361  
**RECORRIDO** : MUNICIPIO DE IVOTI  
**ADVOGADO** : GIOVANA MORAIS MENA BARRETO - RS119060

### EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO COMB ATIDO. DECISÃO SURPRESA. INEXISTÊNCIA. ISS. BASE DE CÁLCULO. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DOS MATERIAS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A valoração jurídica diversa, calcada nos fatos da causa, dada pelo magistrado à atividade empresarial da contribuinte não caracteriza decisão surpresa que justifique a anulação do julgado.

2. Esta Corte Superior há muito consolidou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado, não sendo possível deduzir os materiais empregados, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS. Precedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir o primeiro julgamento do RE 603.497/MG (Tema 247 do STF), em 31/08/2010 (DJ 16/09/2010), decidiu reformar acórdão do STJ com fundamento no entendimento do Pretório Excelso sobre a "possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil".

4. A partir desse momento, esta Corte Superior, buscando alinhar a sua jurisprudência à referida decisão da Suprema Corte, começou a decidir naquele mesmo sentido, como se observa, a título de exemplo, no AgRg nos EAREsp n. 113.482/SC, relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 27/2/2013, DJe de 12/3/2013.

5. Entretanto, mais recentemente, em 03/07/2020 (publicação da ata de julgamento em 13/07/2020), nos mesmos autos do RE 603.497/MG, o STF deu parcial provimento a agravo interno para,

reafirmando a tese de recepção do art. 9º, § 2º, do DL n. 406/1988 pela Constituição de 1988, assentar que a aplicação dessa tese naquele caso concreto não ensejou reforma do acórdão do STJ, ficando evidenciada, no referido julgamento, a intenção do Pretório Excelso de preservar a orientação jurisprudencial que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou no âmbito infraconstitucional acerca da impossibilidade de dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre serviço de construção civil.

6. Diante desse último pronunciamento da Suprema Corte no julgamento do seu Tema 247, há de voltar a ser prestigiada a vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema.

7. Hipótese em que a parte autora nem sequer alegou, muito menos comprovou, que comercializou de forma apartada os materiais empregados nos serviços de concretagem e submeteu o valor deles à tributação pelo ICMS, de modo que não faz jus à pretendida dedução da base de cálculo de ISS.

8. Recurso especial desprovido.

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela empresa SUPERBLOCO CONCRETOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 222):

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISS. FABRICAÇÃO E VENDA DE ARGAMASSA OU CONCRETO, COM SERVIÇO DE CONCRETAGEM (= COLOCAÇÃO NAS FORMAS DAS OBRAS). PEDIDO DE EXCLUSÃO DO MATERIAL DA BASE DE CÁLCULO DO ISS. COM RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. TODAVIA, OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA EMPRESARIAL QUE SE OSTENTA PRÓPRIA À INCIDÊNCIA DE ICMS. ADEMAIS, MESMO ADMITINDO-SE A INCIDÊNCIA DE ISS, PARTE AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA. TAMPOUCO EM RELAÇÃO AO NÃO REPASSE PARA FINS DE CUMPRIMENTO DO ART. 166 DO CTN.  
APELAÇÃO DESPROVIDA.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 285/289).

Nas suas razões (e-STJ fls. 303/335), a parte recorrente, apontando violação dos arts. 10, 20, 491, I e II, § 1º, do CPC/2015, do art. 7º da LC n. 116/2003 e da Súmula 167 do STJ, sustenta, em resumo, que: (i) o acórdão recorrido é nulo, por ofensa ao princípio da não surpresa, visto que adotou fundamento não submetido à prévia manifestação das partes, no caso, referente à natureza mercantil da atividade desenvolvida e a sujeição da mesma à tributação pelo ICMS e não pelo ISS; (ii) faz jus à dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre a prestação de serviços de concretagem; (iii) a comprovação do não repasse econômico da exação

para fins de repetição de indébito pode ser feita quando da fase de liquidação.

Depois de apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 384/394), o Tribunal de origem admitiu o apelo raro, determinando a subida dos autos (e-STJ fls. 434/451).

É o relatório.

### VOTO

Na origem, cuidam os autos de ação ordinária ajuizada pela empresa recorrente na qual pediu "seja concedido provimento judicial para reconhecer o direito da Autora de excluir da base de cálculo do ISS, no Município de Ivoti, os valores referentes aos materiais e equipamentos utilizados na prestação do serviço de concretagem, condenando o Município de Ivoti/RS na obrigação de restituir a autora o que foi pago indevidamente, decretando a repetição de indébito referente às importâncias recolhidas a maior nos últimos cinco anos, devidamente corrigidas".

O magistrado de primeiro grau julgou a demanda improcedente, nos seguintes termos:

A questão controvertida nos autos é no tocante à possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados nos serviços de concretagem. O STF reconheceu a repercussão geral da matéria sob análise no bojo dos autos do RE 603.497/MG, quando sedimentado o entendimento quanto à possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

Prevaleceu o entendimento de que somente se pode exigir a incidência do ISS sobre serviços prestados, não estando, portanto, os "materiais" utilizados na obra englobados no conceito de "serviços", hipótese material de incidência do tributo em questão.

A compreensão vem ao encontro do disposto no diploma legal, vide o disposto no art. 7º, §2º, I, da LC nº 116/03:

[...]

Dessa forma, pacificada a possibilidade de exclusão dos materiais utilizados pela prestadora de serviços de construção civil na base de cálculo do ISS.

Todavia, o valor do tributo a ser restituído deve ser claramente definido, com base nas notas fiscais comprobatórias de aquisição dos materiais relacionadas à prestação de serviços, documentos que não foram anexados aos autos.

Da análise da nota fiscal colacionada à fl. 40, verifica-se somente a prestação do serviço e o valor do imposto retido, sem indicar o valor gasto com os materiais de forma discriminada, sendo oportuno mencionar que, embora refira a existência de materiais aplicados, não atende ao disposto no Decreto nº 15.809/15 notadamente ao artigo 2º.

Assim, em que pese cabível a dedução do custo dos materiais empregados na construção civil/concretagem da base de cálculo do ISS, a parte autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo do direito alegado na inicial de que materiais foram efetivamente adquiridos e empregados nas obras.

Não há prova tampouco de que a parte autora tenha assumido o alegado