



**ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS**

RELATÓRIO DECISÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO A EDITAL

**Referente: Processo Licitatório nº 44/2020 – Pregão (eletrônico) nº 23/2020
(Processo eletrônico 0108.2020.COLI.PE.0028.TCE-PE)**

Objeto: registro formal de preços para eventual aquisição de licenças de softwares

01. INTRODUÇÃO

Trata-se de impugnação tempestiva formulada pela empresa **TELEFÔNICA BRASIL S/A. (CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62)**, contra os termos do Edital do Pregão (eletrônico) nº 23/2020 – Processo Licitatório nº 44/2020.

Insurge a empresa contra regra do Edital do certame que previu que o objeto licitado deverá ser faturado como venda/compra e não como serviços.

02. DA DECISÃO

A impugnação apresentada foi analisada pelo Departamento de Tecnologia da Informação (DTI) e pela Gerência de Execução Orçamentária (GEEO), todas do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

Com subsídio nas informações prestadas pelo DTI e GEEO, indefiro a impugnação apresentada mantendo os termos do Edital impugnado, tendo em vista os seguintes fundamentos:

Inicialmente, há de se fazer a distinção entre *software de prateleira ou não customizado* e *software sob encomenda ou customizável* para fins de tributação de operações de venda ou serviço.

Neste sentido os *softwares* por serem vendidos sem distinção do usuário passaram a ser considerados mercadorias, já os *softwares* feitos sob encomenda, a determinado usuário, para fins específicos são, atualmente, considerados serviços. Como mostra a Superior Tribunal de Justiça – STJ, MS 5.934/RJ (1996) e REsp 123.022/RS (1997) “Os programas de computação, feitos por empresas em *larga escala e de maneira uniforme*, são mercadorias, de livre comercialização no mercado, passíveis de incidência do ICMS. Já os programas elaborados especialmente para certo usuário, exprimem verdadeira prestação de serviços, sujeita ao ISS.” (destacado)

Percebe-se que o produto, caracterizando-se por operações envolvendo circulação de cópias produzidos em série e comercializados no público em geral, sem que haja qualquer alteração ou adaptação para seu uso por parte do seu adquirente, configurando “*software de prateleira*”.

Na COSIT Nº 231, DE 12 DE MAIO DE 2017 considera *software* de prateleira como comércio (anexo I da Lei 123/2066) e utiliza termo revenda, venda do que foi adquirido anteriormente, a mesma palavra encontrado no site da Microsoft:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL EMENTA: REVENDA DE PROGRAMAS NÃO CUSTOMIZÁVEIS PARA COMPUTADOR, COM AS CORRESPONDENTES LICENÇAS DEFINITIVAS. TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO ANEXO I. A receita decorrente da revenda de programas não customizáveis para computador ("software de prateleira"), com as correspondentes licenças definitivas, tem natureza



**ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS**

comercial e, conseqüentemente, no Simples Nacional, deve ser tributada na forma do Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 2006. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18. VINCULAÇÃO À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 29, 13 DE NOVEMBRO DE 2013. EMENTA: **REVENDA DE PROGRAMAS NÃO CUSTOMIZÁVEIS PARA COMPUTADOR, COM AS CORRESPONDENTES LICENÇAS TEMPORÁRIAS**. TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO ANEXO I. A receita decorrente da **revenda** de programas não customizáveis para computador com as correspondentes licenças temporárias, tem natureza comercial, e, conseqüentemente, no Simples Nacional, deve ser tributada na forma do Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 2006. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18.

Recentemente o STF emitiu entendimento através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.945/MT, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se discute a constitucionalidade da Lei Estadual nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado do Mato do Grosso, que exige o Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) sobre operações com programas de computador – software –, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados.

A Ministra Cármen Lúcia proferiu seu voto no sentido de julgar improcedente a ADIn nº 1.945/MT, reconhecendo a constitucionalidade da exigência do ICMS na hipótese prevista pela lei mato-grossense, tendo sido seguida pelo Ministro Edson Fachin e Gilmar Mendes. Firmando o entendimento pela constitucionalidade do ICMS sobre o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de computador, sustentando que o item 1.05 da lista de serviço anexa à Lei Complementar nº 116/2003 refere-se apenas aos softwares personalidades, desenvolvido por encomenda, devendo apenas estes casos serem tributados pelo ISS, reservando-se a tributação ao ICMS quanto à comercialização dos softwares produzidos em série, caracterizados efetivamente como mercadoria, independente da circulação ocorrer de forma física ou digital. <https://velloza.com.br/blog/arquivos/news/velloza-ata-de-julgamento-142>

Na presente licitação, o objeto da contratação recai em um direito de uso de licenciamento não customizável que o coloca na categoria **software de prateleira** no sentido de ser algo pronto que não sofreu ação de customização. A licença em questão é algo pronto inclusive o fabricante dispõe de *part numbers* associados a essas licenças.

O que será entregue é o direito de uso padrão sem qualquer customização.

Em geral quando se comercializa *software*, se vende o direito de uso do mesmo e por vezes acompanhado com o programa de instalação do software. No nosso caso, não tem o *software* pra instalar nada, mas apenas o direito de uso licenciamento. Não haverá qualquer recebimento de atualizações futuras - o direito é estático em relação a licenças de acesso a Windows 2019, não comportando direito a futuras atualizações de Windows server que possam ser lançadas 2020 ou posteriores.

Recife, 26 de novembro de 2020.

**José Vieira de Santana
Pregoeiro**



Documento assinado eletronicamente por **JOSÉ VIEIRA DE SANTANA**, **0796.020001** e matrícula **0796**, em 26/11/2020, às 12:08.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.peintegrado.pe.gov.br/Validacao.aspx>, informando o código de validação **f1e145ad-7d71-4f84-baa9-9367972917d2**
