



Impugnação 02/12/2020 10:55:30

Empresa interessada em participar do certame encaminhou tempestivamente a seguinte impugnação ao Edital do certame: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL Pregão Eletrônico SEI Nº0008777-63.2020.6.13.8000 PREGÃO ELETRÔNICO N.º 99/2020 Impugnante: Telefônica Brasil S/A. Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) – Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL do PREGÃO em epígrafe, com sustentação na Lei Federal n.º 8666/93 . I - TEMPESTIVIDADE. Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 04/12/2020, tendo sido, portanto, cumprido o prazo previsto no item 7.1 do edital do pregão em referência. II - OBJETO DA LICITAÇÃO. O Pregão em referência tem por objeto a “Contratação de empresa para o fornecimento, por subscrição, de 36 (trinta e seis) meses, de licenças de utilização da suíte de escritório Microsoft Office 365, modalidade E3, de licenças de acesso de clientes (pacote user CAL), e de licenças de usuário do Microsoft Office 365, modalidade E1, conforme especificações constantes no Termo de Referência (Anexo I). A presente impugnação apresenta questão pontual que vicia o ato convocatório, quer por discrepar do rito estabelecido na Lei Federal n.º 8666/93, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório. Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas. Um é o fundamento que justifica a presente impugnação, conforme exposição a seguir. III - FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. 01. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE IMPOSTO APLICÁVEL AO OBJETO DE CONTRATO . O item 4 do edital exige a disponibilização de nota fiscal/fatura, nos seguintes termos: Parágrafo primeiro – Os licitantes estabelecidos no Estado de Minas Gerais devem atentar, para as vendas mercantis, isto é, operações sujeitas ao ICMS, que a isenção desse imposto prevista no Anexo I, item 136 do RICMS/MG, não se aplica ao TRE/MG, por ser órgão federal, e não estadual. Parágrafo segundo – Os licitantes estabelecidos em outra Unidade da Federação devem observar que o TRE/MG não é contribuinte do ICMS. Portanto, a nota fiscal deve ser emitida com o CFOP 6107 – Venda de produção do estabelecimento, destinada a não contribuinte, ou 6108 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada a não contribuinte, sendo de responsabilidade do licitante vencedor a apuração e o recolhimento do ICMS, nos termos do artigo 155, §2º, inciso VIII, alínea “b”, da Constituição Federal. Ante a tal previsão, observa-se que objeto de contrato do edital ora impugnado resume-se ao “aquisição de licenças de software”, onde mesmo se referindo como aquisição , não se trata disso, pois na verdade é uma concessão de direito de uso do produto do Fabricante, não sendo assim, software de “prateleira”. O software de prateleira pode ser definido como programa de computador produzido em larga escala de maneira uniforme e colocado no mercado, através de lojas ou até pela internet, para aquisição por qualquer interessado sob a forma de cópias múltiplas sem nenhum tipo de suporte. Para este objeto específico, há a incidência de ICMS no faturamento, pois trata-se meramente de um produto, sem nenhum tipo de serviços de suporte ou serviços de atualizações atrelados à compra. No entanto, não é o caso do objeto de contrato do Edital ora impugnado, haja vista que a “aquisição de licenças de software”, pretendido, não se trata pura e simplesmente do fornecimento de uma caixa/ produto, pois há uma camada de serviços de suporte , disponibilização de painel VLSC do fabricante para operacionalização e distribuição das licenças, atualizações atreladas às licenças e que por sua vez se trata de serviço, que conforme a especificação técnica tem referências em um contrato de licenciamento por volume, onde não pode ser adquirido através de lojas ou pela internet , e só pode ser adquirido através de parceiros específicos credenciados pela Microsoft para a venda desse determinado tipo de contrato, conforme (<https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP> ou seja nesse caso é considerado pela própria fabricante como “Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação” da Lei Complementar 116/2003, e, portanto, tributado pelo ISS. Tal tipo de Software é também faturado como serviço pelo Fabricante Microsoft, para todas os seus parceiros LSP. A veracidade da informação pode ser obtida por mera consulta junto aos órgãos. Ante a tais observações, a empresa licitante requer seja esclarecido se para o objeto ora licitado será aceita Nota Fiscal emitida com a incidência de ISS, compatibilizando com a realidade do objeto licitado. IV - REQUERIMENTOS. Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a correção necessária do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará. Tendo em vista que a sessão pública está designada para 04/12/2020, requer, ainda, seja conferido efeito suspensivo a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo processo licitatório ser considerado inválido, sustentados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação. Requer, caso não corrigido o instrumento convocatório nos pontos ora invocados, seja mantida a irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto. Pelo que PEDE DEFERIMENTO, Belo Horizonte, 30 de novembro de 2020 TELEFONICA BRASIL S/A

Fechar



Resposta 02/12/2020 10:55:30

Submetida à análise do Setor Técnico, este assim se manifestou: 'Telefônica do Brasil S/A, já qualificada, interpõe impugnação ao Pregão 99/2020, oriundo do SEI 0008777-63.2020.6.13.8000, aduzindo, em síntese, a necessidade de alteração do imposto aplicável ao objeto da licitação por tratar-se de serviço e não produto, pelos seguintes motivos: 1) o ato convocatório está viciado, por discrepar do rito estabelecido na Lei Federal 8666/93, restringindo a competitividade, invalidando o processo licitatório, apontando questões que devem ser esclarecidas, evitando equívocos. 2) embora o objeto do edital impugnado referir-se à "aquisição de licenças de software", trata-se na verdade de uma "concessão de direito de uso do produto do fabricante", não sendo, no caso, um produto de "prateleira", sem nenhum tipo de suporte, que incidiria ICMS em seu faturamento, pois meramente um produto. 3) que a "aquisição de licenças de software", reveste-se de uma "camada de serviços de suporte", com disponibilização de painel VLSC do fabricante e atualizações, tratando-se de um serviço, não se podendo adquirir por lojas ou pela internet, apenas por parceiros específicos credenciados pela Microsoft. 4) que o objeto da licitação é atingido pela Lei Complementar 116/2003, incidindo, portanto, ISS, e que é faturado como serviço pela Microsoft. Requer, enfim, que seja esclarecido se para o objeto do certame será aceita Nota Fiscal emitida com incidência de ISS, que mais se amolda ao objeto licitado, com a correção necessária do ato convocatório, afastando antijuridicidade que macula o processo. Pois bem, o cerne da questão está em definir se o objeto se trata de um produto ou serviço. Tais conceitos são abarcados nos §§ 1º e 2º do art. 3º, CDC, como se vê: "§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista." Portanto, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (§1º do art. 3º). O termo é, pois, amplo, abrangendo os bens móveis (exemplos: carros, motos, sofás etc.), os bens imóveis (exemplos: apartamentos, terrenos etc.), os bens materiais, isto é, corpóreos, de existência física, e os bens imateriais, incorpóreos, isto é, os direitos (exemplo: programas de computador). (grifo nosso). Já serviço, por sua vez, é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (§2º do art.3º). Exclui-se expressamente: a) os serviços gratuitos; b) as relações trabalhistas (estas são regidas pela CLT). O objeto do certame, traveste-se das duas características, a uma por tratar-se, realmente de um produto, mesmo que imaterial, "o software", a outra porque este produto agrega a si um serviço, sem o qual não poderia existir ou teria sua existência limitada no tempo, tornando-o (produto) inservível. A polêmica chegou ao STF, no julgamento das ADIs 1945 e 5.659, sendo esta última pedindo a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 46.887/2015 do Estado de Minas Gerais, que revoga o inciso XV do art. 43 do Decreto 43.080/2002. O julgamento das referidas ADIs encontram-se suspenso, com maioria formada pela incidência de Imposto Sobre Serviços (ISS) nas operações de software. Em consulta ao setor requisitante, obtivemos, por e-mail, a seguinte informação: "Entendemos que a informação constante no parágrafo primeiro e segundo do item 4.7 não é uma afirmação que a contratação em tela refere-se a venda de mercadoria, tanto que no parágrafo primeiro o termo usado é "para as vendas mercantis". Foi uma informação até certo ponto desnecessária por se tratar de uma contratação de serviço mas em momento algum existiu a afirmação que a licitação seria de venda de mercadoria. A Lei Complementar 116/2003 previu, na lista tributável pelo ISS (subitem 1.05), a incidência do imposto no licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação." Devido às particularidades das várias formas de transferência de programas de computador, bem como a indefinição fática e jurídica do bem a ser licitado, esta SELEC entendeu por bem, para haver uma interpretação mais ampla, deixar na minuta de edital impugnado a menção ao item 4.7, parágrafos primeiro e segundo, para as vendas mercantis. Trata-se de norma padrão colocada em nossos editais onde o "item" licitado traveste-se de características múltiplas, no caso, de produto e serviço, até posterior definição legal e fática. Como anteriormente informado, o "item" do edital impugnado não é matéria restritiva, pois lê-se: "...para as vendas mercantis, isto é, operações sujeitas ao ICMS..." e destina-se a segregar os licitantes estabelecidos no Estado de Minas Gerais dos demais licitantes, principalmente quanto à não isenção daquele imposto, por ser este Tribunal um órgão federal, se for o caso. Embora o edital contenha essa norma, reitere-se, que é de caráter geral, adaptável ao objeto a ser contratado e ao seu consequente enquadramento tributário, constata-se, em última análise, que não há comando imperativo em seu conteúdo, para o fim de indicar a incidência do ICMS na espécie sob exame. Aliás, é bom que se diga, em rápida pesquisa perante a Secretaria de Orçamento e Finanças – SOF – desta Casa, verificou-se que as contratações similares à tratada nestes autos sofreram a incidência do ISS. Corroborando essa informação, o documento 0970265, emitido pela SECON desta Casa, faz a classificação contábil do objeto do edital impugnado como 3390.40.06 – Locação de Softwares, o que o caracteriza com serviço, sendo, portanto, s.m.e, sujeito ao ISS. No mais, o subitem 1.05 do Anexo da Lei Complementar 116/2003, faz coro ao anteriormente explanado: "Art. 1o O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. § 1o O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País. § 2o Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias. 1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação." Ressaltamos que o edital impugnado já foi objeto de licitação anterior por este Tribunal, não havendo questionamentos quanto ao imposto a ser recolhido, bem como outras licitações semelhantes deste Tribunal, logrando êxito na maioria das vezes em sua execução, mesmo mantendo os parágrafos impugnados, pois, repisa-se, colocado de forma genérica, ampliativa, ante as indecisões e dificuldades para caracterizar o objeto, visando, inclusive, a evitar questionamentos contrários ao do impugnante (informando incidir ICMS) ante a natureza complexa da contratação, onde, como dito, traveste o objeto de dual possibilidade. No caso dos parágrafos impugnados, nós os deixamos também pela complexidade técnica que envolve a "compra" de software, pois há entendimento de que para softwares que sejam desenvolvidos de forma personalizadas deve incidir o ISS e que os softwares padronizados e comercializados em escala industrial, deve incidir o ICMS e, não havendo o embasamento técnico suficiente desta SELEC, optamos, de modo a ampliar a competição, ao contrário de que aduz o impugnante, a menção também ao ICMS. Assim,

esta SELEC pugna pelo afastamento da impugnação, embora importante ao debate, mantendo intactos os parágrafos do Edital atacado, pois ampliativos e de forma genérica, não havendo prejuízo ao licitante impugnante, podendo ser recolhido ISS." Desta forma fica mantido o Edital e suas disposições e indeferidas as solicitações da impugnação apresentada.

Fechar

ENC: IMPUGNAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 99/2020**_licitar****Enviado:** segunda-feira, 30 de novembro de 2020 14:51**Para:** selec**Cc:** sga; sesop**Prioridade:** Alta**Anexos:** IMPUGNAÇÃO ICMS _8666.pdf (169 KB)

Boa tarde.

Em face da impugnação apresentada tempestivamente pela empresa TELEFÔNICA BRASIL SA., encaminhamos para conhecimento e manifestação quanto a procedência ou não das alegações oferecidas no referido expediente.

Lembro que a sessão pública de abertura do certame está agendada para 04/12/2020, às 14h. O subitem 7.2 do Edital estabelece o prazo de 2 dias úteis para divulgação da manifestação deste Tribunal.

Cordialmente,

José Carlos
Pregoeiro

PS. Devido a pandemia de COVID-19, TODA A SELIC ENCONTRA-SE EM TRABALHO REMOTO.

De: Maria Cristina Castelloes E Castro Rincon [maria.crincon@telefonica.com]**Enviado:** segunda-feira, 30 de novembro de 2020 10:20**Para:** _licitar**Assunto:** IMPUGNAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 99/2020

Prezado Senhor Pregoeiro
Bom dia.
Segue peça de impugnação

TELEFONICA BRASIL S/A
CNPJ 02.558.157/0001-62

Cordialmente

Maria Cristina Rincon

Gerente de Negócios Governo

Diretoria Comercial - Governo | Telefonica Brasil

Rua Levindo Lopes 258, 2º andar

30.140-170 | Belo Horizonte - MG

Cel + 55 31 98401 1358

maria.crincon@telefonica.comwww.telefonica.com.br | www.vivo.com.br

Este mensaje y sus adjuntos se dirigen exclusivamente a su destinatario, puede contener información privilegiada o confidencial y es para uso exclusivo de la persona o entidad de destino. Si no es usted, el destinatario indicado, queda notificado de que la lectura, utilización, divulgación y/o copia sin autorización puede estar prohibida en virtud de la legislación vigente. Si ha recibido este mensaje por error, le rogamos que nos lo comunique inmediatamente por esta misma vía y proceda a su destrucción.

The information contained in this transmission is privileged and confidential information intended only for the use of the individual or entity named above. If the reader of this message is not the intended recipient, you are hereby notified that any dissemination, distribution or copying of this communication is strictly prohibited. If you have received this transmission in error, do not read it. Please immediately reply to the sender that you have received this communication in error and then delete it.

Esta mensagem e seus anexos se dirigem exclusivamente ao seu destinatário, pode conter informação privilegiada ou confidencial e é para uso exclusivo da pessoa ou entidade de destino. Se não é vossa senhoria o destinatário indicado, fica notificado de que a leitura, utilização, divulgação e/ou cópia sem autorização pode estar proibida em virtude da legislação vigente. Se recebeu esta mensagem por erro, rogamos-lhe que nos o comunique imediatamente por esta mesma via e proceda a sua destruição

A SELIC,

Apresentamos resposta à impugnação efetuada por Telefônica Brasil S/A.

Telefônica do Brasil S/A, já qualificada, interpõe impugnação ao Pregão 99/2020, oriundo do SEI 0008777-63.2020.6.13.8000, aduzindo, em síntese, a necessidade de alteração do imposto aplicável ao objeto da licitação por tratar-se de serviço e não produto, pelos seguintes motivos:

1) o ato convocatório está viciado, por discrepar do rito estabelecido na Lei Federal 8666/93, restringindo a competitividade, invalidando o processo licitatório, apontando questões que devem ser esclarecidas, evitando equívocos.

2) embora o objeto do edital impugnado referir-se à “aquisição de licenças de software”, trata-se na verdade de uma “concessão de direito de uso do produto do fabricante”, não sendo, no caso, um produto de “prateleira”, sem nenhum tipo de suporte, que incidiria ICMS em seu faturamento, pois meramente um produto.

3) que a “aquisição de licenças de software”, reveste-se de uma “camada de serviços de suporte”, com disponibilização de painel VLSC do fabricante e atualizações, tratando-se de um serviço, não se podendo adquirir por lojas ou pela internet, apenas por parceiros específicos credenciados pela Microsoft.

4) que o objeto da licitação é atingido pela Lei Complementar 116/2003, incidindo, portanto, ISS, e que é faturado como serviço pela Microsoft.

Requer, enfim, que seja esclarecido se para o objeto do certame será aceita Nota Fiscal emitida com incidência de ISS, que mais se amolda ao objeto licitado, com a correção necessária do ato convocatório, afastando antijuridicidade que macula o processo.

Pois bem, o cerne da questão está em definir se o objeto se trata de um produto ou serviço. Tais conceitos são abarcados nos §§ 1º e 2º do art. 3º, CDC, como se vê:

“§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

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

Portanto, **produto** é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (§1º do art. 3º). O termo é, pois, amplo, abrangendo os bens móveis

(exemplos: carros, motos, sofás etc.), os bens imóveis (exemplos: apartamentos, terrenos etc.), os bens materiais, isto é, corpóreos, de existência física, **e os bens imateriais, incorpóreos, isto é, os direitos (exemplo: programas de computador).**ⁱ(grifo nosso).

Já **serviço**, por sua vez, é **qualquer atividade fornecida no mercado de consumo**, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (§2º do art.3º). Exclui-se expressamente: a) os serviços gratuitos; b) as relações trabalhistas (estas são regidas pela CLT).ⁱⁱ

O objeto do certame, traveste-se das duas características, **a uma** por tratar-se, realmente de um produto, mesmo que imaterial, “o software”, **a outra** porque este produto agrega a si um serviço, sem o qual não poderia existir ou teria sua existência limitada no tempo, tornando-o(produto) inservível.

A polêmica chegou ao STF, no julgamento das ADIs 1945 e 5.659, sendo esta última pedindo a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 46.887/2015 do Estado de Minas Gerais, que revoga o inciso XV do art. 43 do Decreto 43.080/2002. O julgamento das referidas ADIs encontram-se suspenso, com maioria formada pela incidência de Imposto Sobre Serviços (ISS) nas operações de software.

Em consulta ao setor requisitante, obtivemos, por e-mail, a seguinte informação:

“Entendemos que a informação constante no parágrafo primeiro e segundo do item 4.7 não é uma afirmação que a contratação em tela refere-se a venda de mercadoria, tanto que no parágrafo primeiro o termo usado é “para as vendas mercantis”. Foi uma informação até certo ponto desnecessária por se tratar de uma contratação de serviço mas em momento algum existiu a afirmação que a licitação seria de venda de mercadoria.

A [Lei Complementar 116/2003](#) previu, na lista tributável pelo ISS (subitem 1.05), a incidência do imposto no licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.”

Devido às particularidades das várias formas de transferência de programas de computador, bem como a indefinição fática e jurídica do bem a ser licitado, esta SELEC entendeu por bem, para haver uma interpretação mais ampla, deixar na minuta de edital impugnado a menção ao item 4.7, parágrafos primeiro e segundo, ***para as vendas mercantis***.

Trata-se de norma padrão colocada em nossos editais onde o “item” licitado traveste-se de características múltiplas, no caso, de produto e serviço, até posterior definição legal e fática.

Como anteriormente informado, o “item” do edital impugnado não é matéria restritiva, pois lê-se: **“..para as vendas mercantis, isto é, operações sujeitas ao ICMS...”** e destina-se a segregar os licitantes estabelecidos no Estado de Minas Gerais dos demais licitantes, **principalmente quanto à não isenção daquele imposto, por ser este Tribunal um órgão federal, se for o caso.**

Embora o edital contenha essa norma, reitere-se, que é de caráter geral, adaptável ao objeto a ser contratado e ao seu consequente enquadramento tributário, constata-se, em última análise, que não há comando imperativo em seu conteúdo, para o fim de indicar a incidência do ICMS na espécie sob exame.

Aliás, é bom que se diga, em rápida pesquisa perante a Secretaria de Orçamento e Finanças – SOF – desta Casa, verificou-se que as contratações similares à tratada nestes autos sofreram a incidência do ISS.

Corroborando essa informação, o documento 0970265, emitido pela SECON desta Casa, faz a classificação contábil do objeto do edital impugnado como 3390.40.06 – Locação de Softwares, o que o caracteriza com serviço, sendo, portanto, s.m.e, sujeito ao ISS.

No mais, o subitem 1.05 do Anexo da Lei Complementar 116/2003, faz coro ao anteriormente explanado:

“Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

.....

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.”

Ressaltamos que o edital impugnado já foi objeto de licitação anterior por este Tribunal, não havendo questionamentos quanto ao imposto a ser recolhido, bem como outras licitações semelhantes deste Tribunal, logrando êxito na maioria das vezes em sua execução, mesmo mantendo os parágrafos impugnados, pois, repisa-se, colocado de forma genérica, ampliativa, ante as indecisões e dificuldades para caracterizar o objeto, visando, inclusive, a evitar questionamentos contrários ao do impugnante (informando incidir ICMS) ante a natureza complexa da contratação, onde, como dito, traveste o objeto de dual possibilidade.

No caso dos parágrafos impugnados, nós os deixamos também pela complexidade técnica que envolve a “compra” de software, pois há entendimento de que para softwares que sejam desenvolvidos de forma personalizadas deve incidir o ISS e que os softwares padronizados e comercializados em escala industrial, deve incidir o ICMS e, não havendo o embasamento técnico suficiente desta SELEC, optamos, de modo a ampliar a competição, ao contrário de que aduz o impugnante, a menção também ao ICMS.

Assim, esta SELEC pugna pelo afastamento da impugnação, embora importante ao debate, mantendo intactos os parágrafos do Edital atacado, pois ampliativos e de forma genérica, não havendo prejuízo ao licitante impugnante, podendo ser recolhido ISS.

É o que temos a informar.

Em 1º(primeiro) de dezembro de 2020(dois mil e vinte)

Respeitosamente,

Frank de Sousa Gonçalves

Chefe da Seção de Elaboração de Editais e Contratos.

ⁱ SANTOS, Bruno Medrado dos. *Produtos e serviços no direito do consumidor* Conteudo Juridico, Brasília-DF: 01 dez 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46531/produtos-e-servicos-no-direito-do-consumidor>. Acesso em: 01 dez 2020.

ⁱⁱ SANTOS, Bruno Medrado dos. *Produtos e serviços no direito do consumidor* Conteudo Juridico, Brasília-DF: 01 dez 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46531/produtos-e-servicos-no-direito-do-consumidor>. Acesso em: 01 dez 2020.

resposta à impugnação - Pregão 99/2020

Frank de Sousa Gonçalves

Enviado:terça-feira, 1 de dezembro de 2020 15:21

Para: _licitar

Anexos: IMPUGNAÇÃO PE 99-2020-CONT~1.doc (42 KB)

Boa tarde SELIC,

Segue em anexo a resposta à impugnação referente ao Pregão 99/2020.

Att.

Frank de Sousa Gonçalves

SELEC - r. 1901

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico

SEI Nº0008777-63.2020.6.13.8000

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 99/2020

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) – Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO em epígrafe, com sustentação na Lei Federal n.º 8666/93 .

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 04/12/2020, tendo sido, portanto, cumprido o prazo previsto no item 7.1 do edital do pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto a “Contratação de empresa para o fornecimento, por subscrição, de 36 (trinta e seis) meses, de licenças de

utilização da suíte de escritório Microsoft Office 365, modalidade E3, de licenças de acesso de clientes (pacote user CAL), e de licenças de usuário do Microsoft Office 365, modalidade E1, conforme especificações constantes no Termo de Referência (Anexo I).

A presente impugnação apresenta questão pontual que vicia o ato convocatório, quer por discrepar do rito estabelecido na Lei Federal n.º 8666/93, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório.

Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

Um é o fundamento que justifica a presente impugnação, conforme exposição a seguir.

III - FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE IMPOSTO APLICÁVEL AO OBJETO DE CONTRATO.

O item 4 do edital exige a disponibilização de nota fiscal/fatura, nos seguintes termos:

Parágrafo primeiro – Os licitantes estabelecidos no Estado de Minas Gerais devem atentar, para as vendas mercantis, isto é, operações sujeitas ao ICMS, que a isenção desse imposto prevista no Anexo I, item 136 do RICMS/MG, não se aplica ao TRE/MG, por ser órgão federal, e não estadual.

Parágrafo segundo – Os licitantes estabelecidos em outra Unidade da Federação devem observar que o TRE/MG não é contribuinte do ICMS. Portanto, a nota fiscal deve ser emitida com o CFOP 6107 – Venda de produção do estabelecimento, destinada a não contribuinte, ou 6108 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada a não contribuinte, sendo de responsabilidade do licitante vencedor a apuração e o recolhimento do ICMS, nos termos do artigo 155, §2º, inciso VIII, alínea “b”, da Constituição Federal.

Ante a tal previsão, observa-se que objeto de contrato do edital ora impugnado resume-se ao “*aquisição de licenças de software*”, onde mesmo se referindo como aquisição, não se trata disso, pois na verdade é uma

concessão de direito de uso do produto do Fabricante, não sendo assim, software de “prateleira”.

O software de prateleira pode ser definido como programa de computador produzido em larga escala de maneira uniforme e colocado no mercado, através de lojas ou até pela internet, para aquisição por qualquer interessado sob a forma de cópias múltiplas sem nenhum tipo de suporte. Para este objeto específico, há a incidência de ICMS no faturamento, pois trata-se meramente de um produto, sem nenhum tipo de serviços de suporte ou serviços de atualizações atrelados à compra.

No entanto, não é o caso do objeto de contrato do Edital ora impugnado, haja vista que a “*aquisição de licenças de software*”, pretendido, não se trata pura e simplesmente do fornecimento de uma caixa/ produto, pois há uma camada de serviços de suporte, disponibilização de painel VLSC do fabricante para operacionalização e distribuição das licenças, atualizações atreladas às licenças e que por sua vez se trata de serviço, que conforme a especificação técnica tem referências em um contrato de licenciamento por volume, onde não pode ser adquirido através de lojas ou pela internet, e só pode ser adquirido através de parceiros específicos credenciados pela Microsoft para a venda desse determinado tipo de contrato, conforme <https://partner.microsoft.com/pt-br/licensing/Parceiros%20LSP> ou seja nesse caso é considerado pela própria fabricante como “Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação” da Lei Complementar 116/2003, e, portanto, tributado pelo ISS.

Tal tipo de Software é também faturado como serviço pelo Fabricante Microsoft, para todas os seus parceiros LSP. A veracidade da informação pode ser obtida por mera consulta junto aos órgãos.

Ante a tais observações, a empresa licitante requer seja esclarecido se para o objeto ora licitado será aceita Nota Fiscal emitida com a incidência de ISS, compatibilizando com a realidade do objeto licitado.

IV - REQUERIMENTOS.

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a **correção necessária** do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

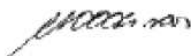
Tendo em vista que a sessão pública está designada para 04/12/2020, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo processo licitatório ser considerado inválido, sustentados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

Requer, caso não corrigido o instrumento convocatório nos pontos ora invocados, seja mantida a irresignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2020

TELEFONICA BRASIL S/A



MARIA CRISTINA CASTELLÕES E CASTRO RINCON

CPF: 971.894.806-68

RG MG5.416.788

Gerente de Negócios