



ICMS sobre software por download não é matéria constitucional

18/08/2019

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu não analisar o mérito de uma arguição de inconstitucionalidade envolvendo a incidência de ICMS sobre software disponibilizado por meio de transferência eletrônica de dados (download, streaming ou nuvem). Segundo os desembargadores, a discussão envolve a legalidade de um decreto estadual, e não a constitucionalidade, portanto, não é de competência do Órgão Especial.

A arguição de inconstitucionalidade foi suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público do TJ-SP em mandado de segurança impetrado por uma empresa de software, questionando dispositivos do Decreto Estadual 63.099/17, que prevê incidência de 5% de ICMS sobre software por download, streaming ou nuvem. A autora da ação alega que o decreto ultrapassou o alcance da Lei Complementar 87/96 e, por isso, a cobrança deveria ser suspensa.

Mas, segundo o relator, desembargador Renato Sartorelli, “não se trata de decretos autônomos, mas sim de normas secundárias, editadas em razão da Lei Estadual 6.374/1989, cabendo apenas cogitar de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade reflexa, o que impede o conhecimento do incidente, devendo a matéria ser dirimida pelo órgão fracionário, e não por este C. Órgão Especial”.

Isso significa que os desembargadores consideram o decreto como norma secundária, que regulamenta uma lei e, portanto, a questão deve ser resolvida no exame da legalidade e não da constitucionalidade. Por unanimidade, o Órgão Especial não conheceu da arguição de inconstitucionalidade e determinou o retorno dos autos à 13ª Câmara de Direito Público para continuidade do julgamento. A decisão sobre a legalidade, ou não, do Decreto Estadual 63.099/17 ficará a cargo da Câmara originária.

Clique [aqui](#) para ler o acórdão.
0047908-29.2018.8.26.0000

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-ago-18/icms-software-download-nao-materia-constitucional/>