

04/11/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.945 MATO GROSSO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB ajuizou ação direta buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, da Lei nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso, a versar Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal – ICMS. Eis o teor:

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

[...]

§ 1º O imposto incide também:

[...]

VI – sobre as operações com programa de computador – software –, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados.

§ 2º Nas hipóteses elencadas no inciso III do *caput*, o imposto incide ainda sobre os serviços adicionais, tais como os cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, utilização, serviços suplementares e outras facilidades que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

§ 3º Sobre a parcela da prestação onerosa de serviço de comunicação de que tratam o inciso III do *caput* e o parágrafo anterior, o imposto incide, ainda que o serviço tenha se iniciado no exterior ou fora do território do Estado.

ADI 1945 / MT

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 3º Poderá ser exigido o pagamento antecipado do imposto, conforme disposto em normas complementares relativamente a determinadas operações, prestações, atividades ou categorias de contribuintes, exceto para o setor industrial.

Art. 6º A base de cálculo do imposto é:

[...]

§ 6º Integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador – software – qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação.

Art. 13. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

[...]

§ 4º A margem a que se refere a alínea "c" do inciso II do *caput* será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos obtidos junto às entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, observados os demais critérios determinados pelo

ADI 1945 / MT

regulamento.

Art. 16. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

[...]

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade:

[...]

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

[...]

§ 2º O disposto no inciso II do parágrafo anterior aplica-se também quando o serviço de comunicação for prestado ou iniciado fora do território mato-grossense.

Art. 22. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que, comprovadamente, não se realizar.

Parágrafo único. Para efetivação da restituição, o regulamento disporá sobre a forma de comprovação da inoccorrência do fato gerador.

A ação direta de inconstitucionalidade pressupõe norma abstrata autônoma em pleno vigor. Assento o prejuízo do pedido quanto ao artigo 3º, § 3º, ante superveniente alteração substancial do teor.

Cumprindo inadmitir a ação relativamente aos artigos 2º, § 3º, 16, § 2º, e 22, parágrafo único. Descabe analisar eventual incompatibilidade com as Leis Complementares nº 87/1996, 92/1997, 99/1999 e 102/2000, circunstância a encerrar crise de legalidade e, por consequência, afastar a atuação do Supremo em sede concentrada.

No tocante ao alegado vício formal, improcede a irresignação. O

ADI 1945 / MT

artigo 146, inciso III, alínea “a”, da Carta da República remete, a lei complementar, a definição de fato gerador, base de cálculo e contribuinte. Versa matéria que deve ser tratada no território brasileiro, e não de forma setorizada, considerada esta ou aquela unidade da Federação.

Conforme fiz ver no exame da medida acauteladora, acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de março de 2011, editou-se a Lei Complementar nº 87/1996, surgindo pertinente a atuação do legislador estadual, nos termos do artigo 24, inciso I, da Constituição Federal.

Em relação ao artigo 2º, § 2º, observem os parâmetros constitucionais do tributo. Incide sobre a prestação de serviços de comunicação, ainda que iniciada no exterior – artigo 155, inciso II, da Lei Maior.

O preceito não encerra qualquer distinção. Na alusão ao fato gerador, bastam, considerada gama de serviços, a existência de elo e a cobrança pela empresa.

A partir do que se contém na Carta da República, veio a Lei de Telecomunicações, expressa ao definir o serviço:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Reafirmo a óptica revelada quando proferi voto no julgamento do recurso extraordinário nº 572.020, do qual fui relator, sendo designado para redigir o acórdão o ministro Luiz Fux quanto ao cabimento do imposto. Inadequado distinguir onde o texto constitucional não o faz. Nessa esteira, eis a lição de Roque Antônio Carrazza:

Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a relação consumativa, isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra. Isto é feito

ADI 1945 / MT

mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, rádio-transmissores etc. Tudo, enfim, que faz parte da infraestrutura mecânica, eletrônica e técnica necessárias à comunicação. (...) São irrelevantes, para fins de ICMS, tanto a transmissão em si mesma considerada (relação consumativa), como o conteúdo da mensagem transmitida.

(CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*, 2. ed., SP: Malheiros, 1995. p. 71.)

É impróprio concluir pela ausência de tributação considerados serviços preparatórios de adesão, acesso, disponibilização, ativação, habilitação e assinatura, sob pena de mitigação do ditame maior.

Declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 2º.

O artigo 13, § 4º, no que remete, ao regulamento do imposto, a definição de critérios para a fixação da base de cálculo na sistemática da substituição tributária progressiva, sem estabelecer parâmetro, revela contrariedade ao princípio da reserva legal.

Declaro-o inconstitucional.

A teor dos artigos 2º, § 1º, inciso VI, e 6º, § 6º, o ICMS recai sobre operações com *software*, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados, incluída, na base de cálculo, toda parcela debitada ao destinatário.

O requerente aponta instituída, sem previsão em lei complementar federal ou ordinária estadual, situação autorizadora da incidência do imposto alcançando operações com *software*, já tributadas pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, nos termos da Lei Complementar nº 116/2003. Toma o bem como abstrato, intangível, incorpóreo, com natureza de direito autoral ou propriedade intelectual, não de mercadoria. Afirma não haver circulação na operação, tendo em vista que a aquisição, ante disponibilização eletrônica de dados via *download* ou *streaming*, não revela compra e venda, mas licenciamento ou cessão de uso.

O desfecho da controvérsia pressupõe seja delimitada a abrangência dos vocábulos “mercadoria” e “serviço”, observados os parâmetros

ADI 1945 / MT

atinentes ao campo de incidência de tributo, na forma dos artigos 155, inciso II e 156, inciso III, da Constituição Federal.

É preciso considerar o Direito como ciência, possuindo princípios, institutos, expressões, vocábulos com sentido próprio. Na pureza da linguagem está o entendimento. E a segurança jurídica vem do apego a uma técnica maior.

A matéria envolvendo o cabimento de um ou outro tributo não é nova. Quando da análise do recurso extraordinário nº 651.703, também sob o regime da repercussão maior – Tema nº 581 –, relator ministro Luiz Fux, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 26 de abril de 2017, a corrente majoritária formou-se no sentido da possibilidade de imposição do ISS considerada a atividade de administração de planos de saúde, constante dos itens 4.22 e 4.23 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

O Relator teve como desvinculados o conceito de serviços e o instituto da obrigação de fazer, argumentando não ser a classificação civilista derivada do Direito das Obrigações – dar, fazer e não fazer – a mais adequada ao enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, para efeito de aplicação no Direito Tributário. Propôs a superação da jurisprudência do Tribunal a fim de concluir-se que a legislação complementar de regência referida no artigo 156, inciso III, da Constituição Federal, ao arrolar os serviços de qualquer natureza a serem tributados pelo ISS, incluiu, na categoria serviços, aqueles não reveladores da natureza de outro tipo de atividade, objetivando a incidência do imposto, por força de lei, sob o fundamento de que, se assim não fosse, permaneceriam sem tributação.

Formalizei voto sublinhando inexistir prestação de serviço em si. Fiquei vencido, mas não convencido. Não houve, a meu ver, inequívoca superação do modelo civilístico, na contramão do entendimento construído pelo Supremo. Apesar de referir-se à construção de compreensão elástica quanto ao alcance do conceito de serviço, a sempre ilustrada maioria concluiu figurar, no núcleo do negócio entabulado entre operadora de plano de saúde e usuário, obrigação de

ADI 1945 / MT

fazer alusiva à disponibilização de rede credenciada e garantia, ao contratante, da cobertura de sinistros, e não situação de contrato de seguro, como por mim assentado.

Mesmo que se diga haver o Tribunal conferido interpretação ampliativa ao vocábulo “serviço” encerrado no artigo 156, inciso III, da Constituição Federal, é passo demasiado largo articular com a completa superação da óptica relativa à necessidade de demonstração de um fazer a respaldar a incidência do ISS.

Do contrário, como justificar a permanência da eficácia do enunciado vinculante nº 31 da Súmula?

No âmbito das Turmas, tem-se a remissão à primazia, ou não, de um fazer na prestação ora examinada – atividade preponderante –, quando em jogo a materialidade do ISS, em especial nos ditos contratos híbridos.

Considerados negócios jurídicos complexos, mostra-se indispensável levar em conta o conjunto de atos praticados para extrair a essencialidade da prestação. É dizer: se, de um lado, o negócio entabulado revelar, em essência, obrigação de dar, há de excluir-se a atividade do campo de incidência tributária, por não se enquadrar a operação no tipo serviço. Se, de outro, existente, no núcleo da prestação, um fazer, surge caracterizado serviço, a viabilizar a cobrança de ISS.

O fato de a Constituição Federal, no artigo 156, inciso III, delegar a lei complementar – no caso a de nº 116/2003 – a delimitação dos tipos e elementos do tributo não conduz, necessariamente, à conclusão de não terem sido estes conceituados pela Lei Maior. A legislação de regência, ao versar a materialidade do imposto, deve obedecer às balizas estipuladas na tipologia constitucional de serviço (ÁVILA, H. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018).

Não se pretende, com isso, interpretar a Carta da República a partir do artigo 110 do Código Tributário Nacional, mas, sim, observar os limites de competência encerrados no figurino constitucional.

O federalismo brasileiro, instituído por desagregação de um Estado originalmente unitário, revela a opção pela descentralização política como

ADI 1945 / MT

método preferencial considerada a gestão da coisa pública. A forma de Estado federal reclama espaços de liberdade para atuação dos entes, tradicionalmente reconhecidos nas prerrogativas não absolutas de autogoverno, auto-organização e autoadministração, cujas balizas estão estabelecidas no texto constitucional.

O constituinte de 1988, ao atribuir aos entes competências comuns, adotou o “federalismo cooperativo”, visando que se articulem para o exercício conjunto. Foram atribuídas receitas, ora pela atribuição direta de imposição de tributos – artigos 153 a 156 –, ora por meio de participação na arrecadação tributária de outro ente – artigos 157 a 159. A repartição consubstancia peça-chave do equilíbrio federativo, porquanto inviável ao membro, sem a fonte de financiamento, dar concretude aos objetivos constitucionais que lhe são conferidos.

Daí a relevância da proteção dada às fontes de recursos dos entes federados, expressa textualmente no artigo 160 da Constituição, no qual proclamada a impossibilidade de retenção de créditos, destinados aos Estados e Municípios, decorrentes do mecanismo de transferência de receitas tributárias.

Os artigos 1º e 18 da Lei Maior são inequívocos ao revelar a condição dos Municípios de legítimos integrantes do pacto federativo, assegurando-lhes autonomia. O rol de incisos do artigo 30 vem em reforço, indicando as competências municipais e afastando-as de eventual ingerência dos Estados. Não há autonomia sem recursos financeiros para assegurá-la e desenvolvê-la. Sobre o ponto, leciona o mestre Raul Machado Horta:

O constituinte brasileiro de 1988 rompeu com sedimentada concepção, inaugurada na Constituição de 1891, quando se concebia o Município como ‘planta do Estado’, entendimento clássico que foi sendo paulatinamente abandonado nas Constituições sucessivas, até alcançar, em 1988, a integração do Município entre os componentes da República Federativa. O constituinte de 1988 cedeu ao irresistível movimento municipalista, que projetou a presença

ADI 1945 / MT

do Município no centro das decisões da Assembléia Constituinte.

(HORTA, Raul Machado. Pluralidade do federalismo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito contemporâneo, estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*, p. 257.)

A Constituição Federal reservou, aos Municípios, a instituição de imposto sobre serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, e, aos Estados, do tributo sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – artigos 155, inciso II, e 156, inciso III.

O que se tem na espécie? Tributação consideradas operações com *software*. Eis a lição de Sérgio Paulo Gomes Gallindo relativamente aos conceitos de *hardware* e *software*:

Denomina-se *hardware* um equipamento que tenha capacidade de executar instruções lógicas matemáticas a partir de uma sequência de sinais elétricos em um substrato de silício dopado. *Hardware* é bem móvel tangível que pode ser objeto de operações de compra e venda ou de aluguel. Um conjunto de instruções executável pelo *hardware* é denominado *software*. Na sua forma processável, o *software* é uma sequência de “zeros e uns”. Um conjunto destas instruções interpretáveis pelo *hardware* é denominado código-executável. Para viabilizar a criação mais ágil de *software*, os engenheiros criaram linguagens de programação de alto nível, mais palatáveis aos seres humanos e ferramentas capazes de traduzi-las em código-executável. Um conjunto de instruções em linguagem de alto nível é denominado código-fonte.

(GALLINGO, Sérgio Paulo Gomes. *Sobre licenciamento de software, incide ISS*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-integra-licenciamento-software.pdf>. Acesso em: 3 de novembro de 2020.)

ADI 1945 / MT

Para o fim de incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza, é necessário verificar, a partir da natureza do negócio jurídico, se estão presentes as características típicas de serviço, respeitados definições e regramentos trazidos por outros ramos do Direito além do Tributário.

A Primeira Turma, no julgamento do recurso extraordinário nº 176.626, relator ministro Sepúlveda Pertence, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 11 de novembro de 1998, concluiu pela possibilidade de incidência do ICMS sobre operações com *software* gravado em suporte físico e comercializado no varejo, ante circulação de mercadoria tangível. Eis trecho da ementa:

[...]

II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria.

Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário.

III. Programa de computador (“software”): tratamento tributário: distinção necessária.

Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de “licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador” — matéria exclusiva da lide —, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo — como a do chamado “software de prateleira” (*off the shelf*) — os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.

ADI 1945 / MT

No voto condutor, o Relator assentou:

Estou, de logo, em que o conceito de mercadoria efetivamente não inclui os bens incorpóreos, como os direitos em geral: mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo.

Ora, no caso, o que se pretende é a declaração de inexistência de relação jurídica de natureza tributária entre a autora e o Estado, relativamente às operações de *“licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador”*: trata-se, pois, de operações que têm como objeto um *direito de uso*, bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria e, conseqüentemente, de sofrer a incidência do ICMS.

[...]

“O que individualiza o software em relação aos outros instrumentos a serviço da informação” – assinala Rui Saavedra, em preciosa monografia acadêmica apresentada à Universidade de Coimbra (*A Proteção Jurídica do Software e a Internet*, Don Quixote, Lisboa, 1998, p. 106/107) – *“é a sua natureza imaterial na medida em que ele mesmo é constituído por informação – a qual não tem substância tangível, e é, em si, um bem imaterial. O software apresenta-se, pois, como um produto, simultaneamente, utilitário e imaterial. Sendo o software um dos chamados ‘bens informacionais’ ou ‘produtos de informação’, ele não pode ser objecto duma protecção eficaz contra os actos dos não proprietários. Tal protecção só poderá releva do Direito Intelectual, ou seja, através da organização de um ‘direito de exclusivo’ a favor daqueles que elaboram o software”*.

É esse “direito de exclusivo” – que não é mercadoria, nem se aliena com o licenciamento de seu uso –, que se deve declarar fora do raio de incidência do ICMS, como exatamente concluíra, nos lindes do pedido, a decisão recorrida.

Dessa exclusão, entretanto, não resulta que de logo se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do mesmo tributo a circulação de cópias ou exemplares de

ADI 1945 / MT

programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, isto é, do chamado “*software* de prateleira”.

O Tribunal, ao apreciar a medida acauteladora nesta ação, designado redator do acórdão o ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça de 14 de março de 2011, proclamou incidir o ICMS sobre operações com *software* por meio de transferência eletrônica de dados (*download*), tendo em vista o conceito de mercadoria não estar limitado a bem corpóreo.

Na ocasião, formei na corrente minoritária para, acompanhando o Relator, ministro Octavio Gallotti, restringir o imposto aos exemplares comercializados no varejo, sem abranger licenciamento ou cessão de uso.

O quadro direciona a partir-se do princípio da realidade, dotado de eficácia maior, sobrepondo-se ao formal e ao que transparece no primeiro olhar.

Cito-o tendo em conta que os diversos tipos de *software* – (i) por encomenda, voltado à necessidade de certo usuário; (ii) padronizado, fornecido em larga escala; e (iii) customizável, reunindo características da duas categorias – passaram a ser oferecidos, praticamente na totalidade, virtualmente, quer via *download*, quer mediante infraestrutura chamada “em nuvem”.

Prevalece a compreensão da operação com *software* a revelar fornecimento de serviço por meio do qual possibilitado acesso, considerada internet, a recursos de tecnologia subjacentes sob demanda, desde aplicativos até *data center*.

Software é criação intelectual, produto do engenho humano, revelando imprescindível esforço com a finalidade de desenvolvê-lo. Ao ser disponibilizado, não pressupõe transferência de propriedade, mostrando-se impróprio tomá-lo como mercadoria.

O desenvolvimento para terceiro, sem retenção de titularidade do direito autoral, pressupõe, no núcleo da incidência, obrigação de fazer, disponibilização de serviço.

Não se discute que a operação com *software* padronizado ou

ADI 1945 / MT

customizado possa integrar-se por obrigação de dar bem digital. É justamente em razão de constituir forma de negócio jurídico complexo, cuja atividade-fim consiste em direito real de uso sobre coisa alheia, que não há falar em mercadoria de modo a justificar a incidência do ICMS.

Serviço pressupõe, como núcleo do fato gerador, ato humano, seja material, seja imaterial. Eventual existência de obrigação de dar, como atividade-meio, não transforma em circulação de mercadoria operação que é essencialmente prestação de serviço.

Descabe tomar a parte pelo todo: os diferentes tipos de operação com *software* envolvem serviços e funcionalidades, previstos no contrato de licenciamento, voltados ao usuário, como entretenimento por meio gráfico, de áudio e vídeo.

Há de sobressair a definição de cada instituto, e a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do ISS.

Esse dado é fundamental. Impera a ordem natural das coisas, cuja força surge insuplantável. Prevaecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte.

Ante o texto da Constituição Federal e a legislação complementar de regência, é impertinente assentar a incidência do ICMS, ausente o núcleo a revelar operação de circulação de mercadoria. Observem os institutos em vigor tal como se contêm na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003:

1 – Serviços de informática e congêneres.

1.01 – Análise e desenvolvimento de sistemas.

1.02 – Programação.

1.03 – Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.

1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo *tablets*, *smartphones* e congêneres;

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de

ADI 1945 / MT

programas de computação.

1.06 – Assessoria e consultoria em informática.

1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.

1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.

A Lei nº 9.609/1998 – Lei de *Software* – disciplina o contrato de licenciamento nos artigos 6º a 9º, prevendo garantias ao usuário:

Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I – a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II – a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III – a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV – a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.

Art. 7º O contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos do programa ou as respectivas embalagens deverão consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o prazo de validade técnica da versão comercializada.

Art. 8º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer

ADI 1945 / MT

seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.

Parágrafo único. A obrigação persistirá no caso de retirada de circulação comercial do programa de computador durante o prazo de validade, salvo justa indenização de eventuais prejuízos causados a terceiros.

Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

O contrato de licenciamento assegura direito real de uso do *software*, bem incorpóreo. A operação é materializada mediante disponibilização em nuvem ou *download* de cópia do código-executável, inteligível ao *hardware*, superadas as mídias física, magnética e óptica, com a finalidade de viabilizar o uso e gozo do direito autoral e propriedade intelectual.

Declaro inconstitucionais os artigos 2º, § 1º, inciso VI, e 6º, § 6º.

Assento o prejuízo do pedido quanto ao artigo 3º, § 3º, ante a alteração substancial do dispositivo ocorrida.

Inadmito a ação relativamente aos artigos 2º, § 3º, 16, § 2º, e 22, parágrafo único.

Julgo parcialmente procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 2º, § 1º, inciso VI, e § 2º; 6º, § 6º; e 13, § 4º.

Deixo de modular os efeitos da decisão. Eis a denominada inconstitucionalidade útil. Praticamente aposta-se na morosidade da Justiça. Proclamado o conflito do preceito com a Constituição Federal, mitiga-se esta sob o ângulo da higidez, como se não estivesse em vigor

ADI 1945 / MT

até então, e assenta-se, como termo inicial do surgimento de efeitos da constatação do conflito, a data da publicação do acórdão. Norma inconstitucional é natimorta.