

A. I. N° - 281906.0038/07-4
AUTUADO - ANA MARIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA MELLO DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 11.12.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0360-04/07

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE PROGRAMA QUE POSSIBILITA LANÇAMENTO NA ESCRITA FISCAL DE DADOS DIVERGENTES DOS REGISTRADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Restou comprovado que a versão do programa aplicativo que estava sendo utilizado não era a versão autorizada pela SEFAZ e permitia o envio de comandos para o ECF em etapa posterior ao do registro no sistema, o que não é permitido pela legislação do imposto. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/07/07, aplica multa no valor de R\$13.800,00, em decorrência da utilização de programa de processamento de dados, por contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que possibilite a não impressão do cupom fiscal concomitantemente ao registro da operação da venda de mercadoria ou prestação de serviço.

O autuado na defesa apresentada (fls. 70 a 79), inicialmente transcreve o Relatório de Visita Fiscal realizada pelo autuante no estabelecimento autuado no dia 23/05/07 (fls. 70/71) e diz que a multa foi arbitrada no valor de R\$13.800,00, conforme disposto no art. 824 C, combinado com o art. 824 D do RICMS/BA e art. 42, XIII-A, “b”, item 4 da Lei nº 7.014/96.

Em seguida transcreveu os artigos supra citados e diz que falta “motivação suficiente para a convalidação do ato. É que a motivação dos atos administrativos deve restar evidenciada de forma inequívoca e não gerar dúvidas à pessoa que está sendo acusada de cometer a infração, inclusive para que possa produzir defesa válida”. Alega que sem a especificação do dispositivo legal infringido, suprime-se a possibilidade do autuado defender-se, causando prejuízo ao direito da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Transcreve o art. 37 da Constituição Federal (fl. 76) e alega que sob a égide do princípio da legalidade e da motivação do ato administrativo, não deve restar dúvidas quanto a imputação da infração específica à parte infratora, sob a pena de eivar de vício o ato, pelo erro concreto na origem do mesmo, posto que é garantia de respeito aos direitos individuais e do estrito cumprimento pela administração pública do princípio da legalidade e da eficiência. Conclui esta linha de raciocínio, afirmando que deveria ter sido indicado corretamente os dispositivos legais infringidos, o que em nenhum momento ocorreu no relato ou sequer nas informações complementares.

Transcreve as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), que dispõe sobre a declaração de nulidade ou da anulabilidade de seus próprios atos. Assevera que se há omissão de requisito essencial para a validade do ato, então este é nulo, não decorrendo daí direitos, porque a nulidade do ato não os gerou. Afirma que a legalidade do ato administrativo está relacionada com o motivo real, o motivo indicado pela lei para a prática do ato, devidamente constituído com

sua exposição fática, e identificação da autoridade que atestou o fato punível administrativamente. Transcreve trechos publicados de autoria dos professores Helly Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira, acerca da atividade vinculada ou discricionária do agente público e ainda, da possibilidade da própria Administração Tributária revogar o ato pelo reconhecimento da irregularidade, conforme expresso no art. 2º, § Único, “b” da Lei Federal 4.717/65, que por analogia, no seu entendimento, aplica-se no presente lançamento de ofício.

Transcreve trechos de autoria dos professores Celso Antônio Bandeira (fl. 76) e do art. 5º, LV e XXXIV da Constituição Federal, que assegura o direito de ampla defesa e de petição dos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Ressalta que o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, são direitos asseguradores do Estado Democrático de Direito, onde o administrado, ao ser processado pelo Estado, tem o direito de defender-se do que lhe é imputado, argumentando que para exercê-lo se faz necessária a motivação, que impossibilitado está, portanto de produzir defesa, se não há sequer expressa motivação, notadamente com o conteúdo fático da infração.

Aduz que a referida nulidade resulta em prejuízo direto ao direito constitucional da ampla defesa e do contraditório, mormente não se possa produzir defesa convincente a corroborar os argumentos aludidos, nem se possa estabelecer na realidade quais são os dispositivos legais infringidos. Transcreve a ementa do Apelo julgado pelo TJES contido no AC 024950193839, cujo relator foi o Desembargador Arione Vasconcelos Ribeiro (26/05/1998) e Ação Anulatória de Débito do TJMG de 04/004/2002, cujo relator foi o Desembargador Aluizio Quintão.

Destaca o vício de nulidade da autuação, tendo em vista que ao disciplinar a formalização do crédito tributário, a Lei Processual estabeleceu exigências mínimas que dão validade ao lançamento de modo que, preterida uma delas é impossível de saná-las a autuação é nula. Transcreve à fl. 75, texto de autoria do Min. Marco Aurélio, enfatizando que a ação da administração pública deve ficar restrita aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada para o interesse da sociedade.

Afirma que a potencialidade danosa de um Auto de Infração vai além das despesas diretas com o processo e não são raras as situações em que o valor em discussão influencia na redução de investimentos, na compra e venda de quotas ou ações, na diminuição das atividades com conseqüente desemprego, no abalo de uma posição creditícia, que por sua vez pode levar o contribuinte a um estado de insolvência, etc., causando prejuízos para a impugnante.

Alega que a SEFAZ, credenciou a empresa GERASOFT para fazer lacração do ECF, ficando pronto para uso, nos termos do art. 824 H do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 76 e que por essa razão, cumpriu todos os requisitos da legislação tributária estadual. Prossegue dizendo que depois de habilitada, a SEFAZ liberou o lacre e o programa, sem que tenha ocorrido qualquer alteração posterior, posto que o lacre encontra-se intacto até hoje, e que antes mesmo de operar com o software da empresa que cuida da informática do contribuinte, a mesma fez alterações no programa conforme determinação da SEFAZ, e após os procedimentos o Fisco aceitou o programa e lacrou, não se podendo até então realizar qualquer tipo de alteração. Ressalta que consta no endereço eletrônico da SEFAZ, a relação de desenvolvedores de aplicativos para equipamento ECF marca BEMATECH modelo MP-21000 TH FI, onde está habilitado o Sr. José Gerardo de Melo Pinto, telefone (85)32318194 e-mail gerardo@gerasoftware.com.br. Afirma que inexistindo alterações que comprometam o sistema, não há como subsistir a autuação no que concerne à operação concomitante.

No que tange a regra interpretativa mais benéfica, alega que deve ser dada a interpretação que lhe for mais favorável, especialmente por ser a autuação presuntiva, nos termos do art. 112 do CTN, que transcreveu à fl. 77.

Argumenta que o Auto de Infração encontra vício que o torna inválido, haja vista que a finalidade das normas que instituem multas é de inibir e punir as infrações que suprimam a

arrecadação, o que não acontece no presente caso, por entender que não acontece supressão, e não há sequer infração.

Transcreve às fls. 77 e 78, diversas decisões prolatadas por Tribunais Superiores para reforçar o seu entendimento de que a jurisprudência dos tribunais prevê uma interpretação instrumental das normas que instituem penalidades e que não há como caracterizar que tenha agido de má fé. Diz que uma conduta leal e confiável- substrato da boa-fé – incorpora-se na essência do direito, para viabilizar a justiça e a segurança das relações intersubjetivas, figurando como verdadeiro dever do agente público manter aceso esse salutar princípio no cotidiano. Justifica que a boa-fé objetiva é reconhecida e consagrada tanto na doutrina nacional quanto na jurisprudência, cujo posicionamento se finca na idéia de que os atos privados e os públicos devem ser efetuados dentro de um padrão de lealdade e de ética.

Alega que inexistente caracterização de qualquer má fé evidenciada, inclusive para efeito de pagamento do imposto. Por essa razão é que requer, caso não seja reconhecida a insubsistência do Auto de Infração, o cancelamento da multa ou sua redução, haja vista que a infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação, tampouco deixou-se de recolher o ICMS devido ao Erário, pedido este realizado nos termos do art. 915, § 6º do RICMS/BA.

Finaliza requerendo que a presente impugnação seja acatada como defesa administrativa, nulidade do Auto de Infração pela manifesta ausência de fundamentação legal e fática, bem como pelos vícios insanáveis apontados, e como argumento suplementar, que seja cancelada ou reduzida à multa aplicada na autuação. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela produção de provas, ficando desde já requerido.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 179 e 180), inicialmente ratifica os motivos da autuação conforme detalhado no Relatório de Visita Fiscal, por ter encontrado em uso no estabelecimento, programa de processamento de dados que possibilita a não impressão de cupom fiscal concomitantemente ao registro da operação de venda de mercadoria, contrariando o disposto no art. 824-D, I e II do RICMS/BA.

Tece comentários sobre os argumentos defensivos e afirma que no campo “Infração” do Auto, está descrita a irregularidade praticada que suscitou a autuação, bem como o enquadramento nos dispositivos infringidos do RICMS/BA e a correspondente tipificação na Lei nº 7.014/96. Atesta também, que no mencionado Relatório de Visita Fiscal, está descrita a irregularidade praticada pelo contribuinte indicando o dispositivo regulamentar infringido e, portanto, não pode prosperar a alegação inicial do recorrente que embasa o pedido de nulidade do PAF.

Diz que o contribuinte demonstrou em sua defesa confundir a autorização de uso do equipamento ECF, com a habilitação do programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao software básico do ECF. Explica que a primeira consiste em uma intervenção técnica no ECF visando prepará-lo para uso no estabelecimento comercial e que esta intervenção no ECF do autuado foi realizada pela empresa credenciada REDETEC REDE DE CREDENCIADAS TÉCNICAS LTDA, que o lacrou ao final, conforme se verifica no histórico do equipamento, à folha 29, e no atestado de intervenção anexado à defesa, fl. 125. Esclarece que a empresa GERASOFT apenas desenvolveu o programa aplicativo utilizado pelo contribuinte. A versão 6.0327.08 do Sistema Integrado de Loja, desenvolvido pela GERASOFT, realmente foi submetida à análise da SEFAZ, estando autorizada para uso com o modelo de equipamento utilizado pelo contribuinte. No entanto, esta não é a versão encontrada em uso no estabelecimento visitado, mas sim a de número 6.0509.08, citada no Auto de Infração.

Afirma que o programa aplicativo não permite a sua lacração, como sugere o autuado, podendo ser alterado como qualquer outro programa gravado na memória de um computador. Afirma que ficou constatado pelos documentos anexados ao Auto de Infração, que o programa em uso permitiu o registro de vendas efetuadas sem a correspondente emissão dos cupons fiscais, fato que ocorreu durante a ação fiscal, ou seja, o programa utilizado faculta a não emissão de cupom

fiscal no momento da realização dos registros de vendas, contrariando o disposto no art. 824 –D do RICMS/BA. Complementa que não há nenhuma garantia de que os cupons fiscais sejam emitidos posteriormente, antes do fechamento do caixa.

Argumenta que os diversos valores contidos nos documentos fiscais anexados com a defesa demonstram haver valores registrados na memória fiscal do ECF, mas não há como afirmar que o total de vendas efetuadas no estabelecimento se resume aos valores registrados nos documentos.

Por fim, diz que os argumentos apresentados na defesa não são suficientes para elidir a infração praticada pelo contribuinte e espera a confirmação da autuação.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que falta motivação suficiente para a convalidação do ato, sem indicação específica do dispositivo infringido, o que causou prejuízo ao direito da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Da análise dos elementos constitutivos do processo, constato que a fiscalização durante a ação fiscal efetuou visitas ao estabelecimento, tendo circunstanciado os fatos constatados no documento anexado às fls. 3 e 4, intitulado “Relatório de Visita Fiscal”, cujo teor o impugnante transcreveu no início da defesa apresentada, tendo juntado leituras X do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) em uso no estabelecimento (fls. 5 a 7), e também, elaborado Termo de Auditoria de Caixa (fl. 15), o que culminou com a apreensão do ECF, com a descrição das irregularidades constatadas que motivaram tal procedimento. Entendo que o conjunto dos elementos acima relatado, ao contrário do alegado, constitui motivação suficiente para a lavratura do presente Auto de Infração, motivo pelo qual rejeito a nulidade pretendida.

Com relação ao argumento de que não foi indicado o dispositivo infringido, constato que a descrição da infração e dos fatos se coaduna com os dispositivos indicados como infringidos que culminou no enquadramento da infração, bem como da multa aplicada, o que possibilitou ao recorrente exercer o seu direito de defesa, como exerceu, o que será apreciado quando do mérito, motivo pelo qual, também, rejeito a nulidade pretendida.

No mérito, o Auto de Infração aplica multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da utilização de programa de processamento de dados, por contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que possibilite a não impressão do cupom fiscal concomitantemente ao registro da operação da venda de mercadoria ou prestação de serviço.

Quanto à alegação de que o ECF foi lacrado e o programa devidamente autorizado, sem que tenha feito qualquer alteração, verifico que na descrição dos fatos do Auto de Infração (fl. 1), consta que foi identificado em uso no estabelecimento o “aplicativo SIM-SISTEMA INTEGRADO DE LOJA, versão 6.0509.08, este não autorizado pela SEFAZ para uso no comando da emissão de cupons fiscais pelo ECF em uso”, e conforme esclarecido pelo autuante na informação fiscal, o programa aplicativo autorizado pela SEFAZ desenvolvido pela empresa GERASOFT era o da versão 6.037.08, de acordo com a informação constante do banco de dados, confirmado com o documento juntado pelo autuante à fl. 60. Portanto, ao contrário do que foi alegado pelo recorrente, foi flagrado pela fiscalização que o estabelecimento autuado estava fazendo uso de aplicativo de comando ao software básico do ECF, que não era autorizado pelo Fisco.

Os documentos juntados pelo autuante às fls. 5, 7 e 11, demonstram que conforme circunstanciado no Relatório de Visita Fiscal (fls. 3 e 4), no momento que a fiscalização compareceu ao estabelecimento no dia 23/05/07, ao efetuar a leitura X nº 62 do ECF em uso, conforme documento juntado à fl. 5, na leitura inicial feita às 13:29 hs, foi apurado que registrava Venda Bruta Diária de R\$0,00 e após ação da funcionária que comandou nova impressão, resultou na emissão dos cupons fiscais de nºs 63 a 71, totalizando R\$1.390,00 tendo na nova leitura X de nº 72, de acordo com o documento à fl. 9, apurado Venda Bruta Diária daquele valor.

Este mesmo procedimento foi adotado no dia 13/07/07, conforme consta no mencionado Relatório de Visita Fiscal (fl. 3), conforme demonstrado no Termo de Auditoria de Caixa, juntado à fl. 15, no qual foi apurada a existência de diferença positiva de recursos, sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Por tudo que foi exposto, restou comprovado nos autos, que o contribuinte foi identificado fazendo uso de programa aplicativo que permite a emissão de Cupom Fiscal em etapa posterior ao do registro no sistema e que não foi autorizado pela SEFAZ, o que configura o cometimento da infração apontada no Auto de Infração e correta a aplicação da multa por infringência aos artigos 824-C e 824-D do RICMS/BA, tipificada no art. 42, XIII-A, “b”, item 4 da Lei 7.014/96.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, sob alegação de que não agiu de má fé, não pode ser acolhida, tendo em vista que, conforme anteriormente apreciado, ficou caracterizado que o contribuinte implantou um programa aplicativo devidamente autorizado pela Secretaria da Fazenda e a fiscalização constatou o uso de uma versão não autorizada. Como foi constatado que o sistema permitia o acúmulo de registro de vendas, sem emitir concomitantemente o registro na memória fiscal e a conseqüente impressão simultânea do documento fiscal, dessa forma, não se tem certeza, conforme ressaltou o autuante, que os cupons fiscais seriam emitidos posteriormente, antes do fechamento do caixa e da mesma forma, que este procedimento não tenha implicado na falta do recolhimento do imposto, ao contrário do que afirmou o defendente. Por isso, não acato o mencionado pedido do recorrente, por entender que não atende ao disposto no art. 915, § 6º do RICMS/BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281906.0038/07-4**, lavrado contra **ANA MARIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$13.800,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, "b" item 4, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2005.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR