

PROCESSO - A. I. Nº 281906.0019/09-6
RECORRENTE - D'ANTÔNIO COMÉRCIO DE BIJOUTERIAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0265-05/09
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 22/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0378-12/09

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO DE PROGRAMA APLICATIVO NÃO CADASTRADO NA SEFAZ. MULTA. Restou comprovado que a versão do programa aplicativo que estava sendo utilizado não era a versão autorizada pela SEFAZ. Rejeitado o pedido de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação à Decisão pertinente ao Acórdão nº 0265-05/09 através do qual foi julgado Procedente o Auto de Infração em referência que acusa o recorrente de utilizar programa aplicativo não cadastrado na SEFAZ para envio de comandos ao ECF. Foi aplicada penalidade prevista no Art. 42, inciso XIII-A, alínea “e” item 1.4, no valor de R\$1.380,00.

A 5ª JJF decidiu a lide com fundamento no voto a seguir reproduzido:

“(…)

Antes de adentrar ao mérito da questão, embora o impugnante tenha feito certa confusão entre questão preliminar de nulidade e de mérito do caso, devo em obediência a uma ordem lógica no exame da lide, apreciar a questão que o impugnante chama de preliminar de nulidade.

O autuado acionou pedido de nulidade do Auto de Infração, sob dois argumentos: a) por entender não ter valor os procedimentos de verificação de aplicativo feito pelo autuante em razão de: 1. não ter sido realizado por técnico perito; 2) não ter sido acompanhados por técnico de preposto do desenvolvedor; 3) não ter sido indicado os arquivos do programa aplicativo analisado e sobre os quais foi gerada a chave MD5 para verificação de integridade e b) por ter sido lavrado contra a pessoa que não deu causa para a situação descrita pelo fiscal.

Em relação aos itens 1 e 2 do argumento “a” vejo que, de fato, o impugnante confunde a análise técnica do aplicativo exigida pela Portaria nº 53/05, precedentemente à solicitação de cadastro na SEFAZ, tarefa mais complexa e realizada por órgão credenciado na presença do desenvolvedor do aplicativo, com a verificação da autenticidade do mesmo, procedimento mais simples e corriqueiro realizado pelo autuante, autoridade fiscal plenamente habilitado para tal tarefa. Em relação ao item 3 do primeiro argumento, observo que no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizados (fl.3), documento que integra o Auto de Infração estão claramente indicados os arquivos do programa aplicativo analisado e sobre os quais foi gerada a chave MD5 para verificação da integridade, inclusive indicando-se no campo descrição dos fatos do Termo de Apreensão e Ocorrências que a chave MD-5 obtida na verificação difere da chave MD5 da versão cadastrada na SEFAZ.

Quanto ao segundo argumento do pedido de nulidade, o fato é que o próprio contribuinte admite estar usando uma versão do programa aplicativo MOBILITY sem registro na Secretaria da Fazenda quando, mesmo buscando se justificar por boa-fé admite ter sido vítima do “desenvolvedor” que lhe vendeu um programa aplicativo cuja versão não foi informada à SEFAZ.

Portanto, como visto, nos argumentos de preliminar a razão não assiste ao impugnante.

Por outro lado, examinando os autos constato que o PAF está revestido das formalidades legais, considerando que estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados na legislação, inclusive o incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, também não se verificando qualquer cerceamento ao contraditório e à ampla defesa até porque o autuado se manifestou sobre toda a matéria apreciável sem ver-se nos autos qualquer dificuldade na apresentação de suas razões. Por isso, rejeito a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa.

No mérito, o Auto de Infração aplica multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da utilização de programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda.

O art. 824-D do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia-RICMS-BA, dispõe que o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e o seu §3º determina que o contribuinte deverá informar à SEFAZ o programa aplicativo utilizado para comandar o ECF, sempre que solicitar habilitação de uso, devendo, na hipótese de alteração do programa aplicativo, informar o novo programa utilizado. Esse é o caso em tela e como já visto na análise preliminar, por ocasião da ação fiscal o autuado fazia uso de um aplicativo cuja versão não estava registrada na SEFAZ, situação inclusive que admite, mas tenta excluir de sua responsabilidade por não saber desta circunstância.

Disse o contribuinte que a penalidade deveria recair sobre o “desenvolvedor” do programa aplicativo que usava que usava de boa-fé por ter nele confiado a plena regularidade. Entretanto, tendo em vista que a legislação específica sobre tais programas, mais especificamente sobre a proibição de uso e a obrigação de comunicar ao fisco o nome e a versão do aplicativo em uso, inclusive sobre as alterações subseqüentes, conforme dispõe a Portaria nº 53/06 se reporta aos contribuintes usuários, dúvida não há sobre o cometimento da infração acusada por parte do autuado, e dada à nitidez de sua responsabilidade não vejo razão de atender ao pedido de cancelamento ou redução de multa pedida pelo impugnante com base no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

Não conformado com a Decisão acima, o sujeito passivo, ora recorrente, ingressou com Recurso Voluntário, onde volta a questionar o aspecto legal da habilitação técnica do preposto fiscal em realizar perícia técnica em programa de informática e da competência para tal feito. Cita a Lei nº 12.030 de 17/09/2009 afirmando que nela está previsto que no exercício da atividade de perícia oficial, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, acrescentando ainda que qualquer perícia técnica em programa de informática há de ser realizada por perito oficial com formação acadêmica específica da área objeto da natureza da perícia.

Reporta-se ao voto proferido pelo julgador da instância *a quo* que cita que o procedimento foi realizado pelo “autuante, autoridade fiscal plenamente habilitada para tal tarefa”, afirmando que este posicionamento se reveste em reconhecimento fático das suas alegações, posto que o fiscal autuante realizou “tarefa” para qual não tem competência legal. Tece outras considerações a este respeito e argui a nulidade da ação fiscal por entender que esta se encontra embasada em evidências colhidas por profissional não habilitado na função de perito oficial.

Ressalta que o próprio fiscal autuante informa que o representante legal do programa aplicativo reconheceu seu erro e que mais de duzentos contribuintes informaram o uso da versão 1.1, e que, em razão disto, fica claro que suas declarações quanto à boa-fé no uso do programa aplicativo são verdadeiras, já que foram centenas de contribuintes que tiveram seu programa original (versão 1.0) substituído por nova versão pela “desenvolvedor” do sistema, na premissa de que medidas seriam adotadas pelo responsável para buscar a regularidade da alteração de versão junto ao órgão competente.

Cita e transcreve artigos da Portaria nº 53, de 20 de janeiro de 2005, utilizada como fundamento legal para a tipificação da infração, conforme abaixo:

“Art. 25. Sendo detectado erro em programa aplicativo em uso por contribuinte e que venha a prejudicar o andamento das suas atividades comerciais, o responsável poderá trocar a versão do programa aplicativo ao mesmo tempo em que deverá solicitar análise, em caráter de urgência, ao órgão técnico credenciado, **ficando responsável por qualquer irregularidade que este programa contenha e que cause prejuízo ao Erário.**

Parágrafo único. A solicitação de análise em caráter de urgência deverá ser atendida prioritariamente pelo órgão técnico credenciado.

Art. 25-A. Na hipótese de alteração do programa aplicativo já cadastrado na SEFAZ, o desenvolvedor deverá comunicar o fato ao órgão credenciado responsável pela certificação do programa aplicativo, entregando cópia do programa e seus componentes alterados para que sejam autenticados na forma do inciso III do art. 11 desta Portaria.

§ 1º A alteração deverá ser comunicada à GEAFI, nos termos do art. 2º desta Portaria, para fins de cadastro em caráter provisório, devendo ser entregue certidão expedida pelo órgão credenciado com indicação do novo

número de autenticação para o programa aplicativo e seus componentes, em substituição ao documento exigido no inciso IV do art. 2º.

§ 2º Decorridos doze meses da emissão do último “Certificado de Conformidade de Programa Aplicativo à Legislação” e tendo ocorrido alteração no respectivo programa, o desenvolvedor deverá submetê-lo à análise técnica por órgão credenciado, nos termos do art. 5º desta Portaria.”

Nesta ótica, afirma que o único responsável pelos fatos descritos na ação fiscal foi o “desenvolvedor” do programa aplicativo e que não agiu com má-fé, dolo ou simulação, e que buscou na relação contratual com o fornecedor de programa aplicativo a segurança para seus negócios e acrescenta que “foi tão vítima quanto a SEFAZ, porém a única punida” e que a pena não pode passar do infrator para outra pessoa já que o Art. 25 da Portaria nº 53/05 responsabiliza tão-somente o “desenvolvedor” do programa aplicativo.

Em conclusão requer: a nulidade do Auto de Infração ou o cancelamento da multa nos termos do § 7º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e, ainda, o provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 70 a 72 dos autos opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário observando que nas razões recursais o recorrente praticamente suscita os mesmos argumentos aduzidos na peça inicial e já exaustivamente apreciados pela 1ª Instância administrativa.

Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão da Decisão recorrida e que o recorrente reconhece a prática da infração e atribui a responsabilidade ao fornecedor do programa aplicativo Mobility. Destaca que o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/BA e que afasta a nulidade suscitada pelo recorrente já que o lançamento tributário sob apreço está a salvo de vícios de qualquer ordem.

Sustenta que as assertivas laboradas pelo recorrente são destituídas de qualquer lógica jurídica, posto que, o Art. 824-D do RICMS/BA determina que o programa aplicativo para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado e autorizado pela SEFAZ, sendo necessário asseverar a impossibilidade de responsabilizar o desenvolvedor do programa. Destaca que os termos da Portaria nº 53/2005 tem eficácia e se reporta a contribuintes usuários de Programas cadastrados na SEFAZ e não a contribuintes usuários de programas não habilitados perante a SEFAZ.

Ressalta que o auditor fiscal autuante agiu dentro dos preceitos da Lei que lhe outorga competência para lavratura de autos de infração e, em assim sendo, procedeu à fiscalização, sendo indiscutível que pertence ao auditor fiscal a atribuição de conferir a autenticidade do programa, tarefa diversa da exercida pelo órgão credenciado nas hipóteses de constatação de erro em programa aplicativo em uso por contribuinte, conforme previsto no art. 25 da Portaria nº 53/2005.

VOTO

Efetivamente, o recorrente não inova em suas razões recursais, praticamente repetindo os argumentos trazidos em sua peça de defesa inicial, os quais foram corretamente afastados pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Inicialmente, o argumento de nulidade do Auto de Infração não pode prosperar na medida em que o Auto de Infração foi lavrado por servidor competente, com atribuição legal para este fim, e foi precedido de uma verificação de aplicativo utilizado, conforme termo à fl. 3, através do qual se constatou que o recorrente houvera informado anteriormente à SEFAZ que estava utilizando o aplicativo Mobility PDV, versão 1.1 para envio de comandos ao software básico do ECF e, quando da verificação in loco ficou constatado que o recorrente estava utilizando outro aplicado não informado à SEFAZ.

Portanto, o Auto de Infração está revestido de todas as formalidades legais estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA não estando presente nos autos qualquer das hipóteses de nulidade prevista pelo Art. 18 do RPAF/BA. Considero afastada a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

No que diz respeito a questão meritória, a Junta de Julgamento, agiu corretamente ao manter a penalidade aplicada ao recorrente, quando menciona, de forma cristalina: *“O art. 824-D do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia-RICMS-BA, dispõe que o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e o seu §3º determina que o contribuinte deverá informar à SEFAZ o programa aplicativo utilizado para comandar o ECF, sempre que solicitar habilitação de uso, devendo, na hipótese de alteração do programa aplicativo, informar o novo programa utilizado. Esse é o caso em tela e como já visto na análise preliminar, por ocasião da ação fiscal o autuado fazia uso de um aplicativo cuja versão não estava registrada na SEFAZ, situação inclusive que admite, mas tenta excluir de sua responsabilidade por não saber desta circunstância”*.

Portanto, fica claro que a responsabilidade de informar a SEFAZ do programa aplicativo em uso é do contribuinte usuário do equipamento e não do desenvolvedor do programa. Aliás, da leitura dos artigos citados pelo recorrente da Portaria nº 53/2005, como muito bem pontuou a PGE/PROFIS, tem eficácia para contribuintes com programas cadastrados na SEFAZ, diferentemente do que ora se discute.

Por fim, a responsabilidade do recorrente fica patente à luz do dispositivo legal da multa tipificado pelo Art. 42 , inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96:

“XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

e) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais):

1. ao contribuinte que:

(...)

1.3. não informar à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para o envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento;

1.4. utilizar programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda, aplicada a penalidade por cada programa aplicativo;”

Quanto ao pedido de cancelamento da multa entendo que não deve ser deferido tendo em vista a disposição específica na lei acima indicada e a caracterização da infração nos autos.

Em conclusão, acolho o opinativo da douta PGE/PROFIS e voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281906.0019/09-6**, lavrado contra **D'ANTÔNIO COMÉRCIO DE BIJOUTERIAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, "e", item 1.4, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS