

A. I. N° - 281906.0020/09-4
AUTUADO - BARRETO E SILVA LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA MELLO DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 04.09.09

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0257-05/09

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide lavrado em 30/03/09 aplica multa no valor de R\$2.760,00, em decorrência da utilização de programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda.

O autuado na defesa apresentada (fls. 22 a 26), inicialmente, em preliminar de nulidade, diz dever considerar o dia 30 de março de 2009 como marco cronológico da lavratura do Auto de Infração nele estando descrito que no dia 19 de março de 2009, em visita ao estabelecimento do autuado, o autuante verificou que se obteve a chave MD-5 9de73fca1213b54202ec130d63c08e47 para o aplicativo utilizado no estabelecimento, chave esta diferente daquela obtida na análise técnica do programa aplicativo, mas que dos fatos se deve considerar duas situações:

Primeiramente, o MD5 (Message-Digest algorithm 5) é um algoritmo de hash de 128 bits unidirecional desenvolvido pela RSA Data Security, Inc., descrito no RFC 1321, e muito utilizado por softwares com protocolo ponto-a-ponto (P2P, ou Peer-to-Peer), verificação de integridade e logins.

Diz que no caso em tela, o teste de MD5 foi utilizado para verificação de integridade entre o programa aplicativo utilizado na análise técnica e o programa aplicativo encontrado no estabelecimento do autuado.

Fala que ao se realizar teste de verificação de chave MD5 é necessário que se diga quais os arquivos testados e que em nenhum momento o fiscal indica quais arquivos instalados no computador em uso no estabelecimento do autuado foram analisados. Diz também que o autuante não indica qual o programa gerador da chave MD5 foi utilizado, aduzindo que muitos programas geradores de chave MD5 não possibilitam a geração de chave correta para mais de um arquivo lido concomitantemente.

Alega que o programa aplicativo é um software complexo e por vezes não é somente um arquivo que compõe o núcleo de arquivo que o individualiza, ou seja, por vezes é necessária a análise de mais de um arquivo para encontrar a mesma chave MD5 obtida durante a análise técnica.

Também não há indicação de que técnico responsável pela autuada ou pela empresa fornecedora do programa aplicativo tenha acompanhado a perícia técnica. Isto porque, verificar a integridade de um programa aplicativo em relação a outro programa aplicativo não se configura entre as atribuições técnicas de nenhum preposto fiscal da Secretaria da Fazenda. Logo, quando realizada por pessoa sem qualificação ou preparo técnico pode ocasionar erro.

Alega que o preposto fiscal da Secretaria da Fazenda não é agente qualificado tecnicamente para a atividade descrita no Termo de Apreensão e Ocorrência e no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado. Tanto é assim que a análise de programa aplicativo é tão-somente realizada por órgão técnico especialmente credenciado para esse fim, com competência na área específica de tecnologia da informação.

Escreve que a Portaria nº 53 de 20 de janeiro de 2005, transcrevendo o art. 5º, exige que o programa aplicativo seja submetido à análise técnica por órgão credenciado e que para habilitar-se a ser órgão credenciado para análise de programa aplicativo o interessado deverá ser entidade da administração pública ou entidade de ensino superior autorizada pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) que administrem curso de graduação ou de pós-graduação na área de informática, desde que tal entidade realize pesquisas e atuem na área de tecnologia da informação, sendo que uma das atribuições técnica do órgão é estabelecer a chave MD5 para o programa aplicativo e seus componentes, conforme se observa no inciso X do art. 6º da referida Portaria.

Portanto, afirma o autuado, não tem valor os procedimentos de verificação de aplicativo que utiliza se a verificação: a) não foi realizada por técnico perito, de preferência do mesmo órgão que realizou a análise técnica original; b) não teve acompanhamento técnico de preposto do “desenvolvedor”; c) se não indicar os arquivos do programa aplicativo analisado e sobre os quais foi gerada a chave MD5 para verificação de integridade.

Assim, se pode dizer, expõe o impugnante, que os procedimentos realizados por agentes do fisco foram atos de imperícia, ou seja, praticados por agente com falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber e, por isso, requer a nulidade dos procedimentos realizados pelos prepostos fiscais na verificação de utilização de programa aplicativo.

A segunda situação que diz deve ser verificada é que a partir da visita realizada no dia 16 de março de 2009, o fiscal autuante encaminhou, no dia 24 de março de 2009, mensagem eletrônica para o sr. Anderson Serpa Magalhães (anderson@mobilitysistemas.com.br) solicitando informação sobre telefone e endereço de representante ou revendedor em Salvador do aplicativo Mobility PDV, conforme página 11 do ANEXO I. Esse anexo traz mensagens eletrônicas trocadas entre prepostos da SEFAZ e o representante do desenvolvedor do programa aplicativo. No dia 24 de março, em resposta (página 7 do Anexo I), o sr. Anderson encaminhou informações de alguns representantes. Nesse mesmo dia (fim da página 6 e início da página 7 do Anexo I), o sr. Luiz Gonzaga Mello de Almeida (fiscal autuante) informa ao sr. Anderson que:

“Temos encontrado em uso por contribuintes do Estado da Bahia aplicativo Mobility PDV na versão 11, cuja chave MD5 difere da obtida na análise efetuada pela Fundação Visconde de Cairú, contrariando a exigência da legislação. Qualquer destes representantes indicados abaixo pode justificar esta discrepância?”

No dia 27 de março o sr. Anderson encaminhou mensagem ao sr. Luiz Gonzaga (página 6 do Anexo I) relatando:

“Caro Luiz

Verifiquei com o meu departamento técnico e infelizmente a versão do estado da Bahia sofreu 02 alterações depois da homologação e por falha interna nossa, as alterações não foram formalizada ao estado dentro do prazo previsto de 60 dias, permitido pelo regulamento, o que mudaria a última versão para 1.1A com nova data de revisão.

A falha ocorreu, pois a versão do estado da Bahia foi unificada com versão do estado de SP, onde as únicas alterações envolvidas foram relativas à inclusão da Nota Fiscal Paulista.

Gostaria de saber se existe alguma maneira de documentar a minha versão atual, sem a necessidade de re-homologação imediata.

Se for possível eu posso formalizar uma nova versão (documentação + CD em envelope lacrado), diferente das versões encontradas pela sua equipe.

Esta concessão seria em caráter provisório por um prazo de 60 dias pois já estamos com homologação marcada no estado de Minas Gerais para 16104, onde então teremos outra versão oficial homologada.

Sinta-se a vontade pra entrar em contato comigo.”

Nesse mesmo dia o sr. Luiz Gonzaga encaminha novo email (página 4 do Anexo I) transcrevendo o teor do art. 25-A e finaliza-o escrevendo:

“Portanto, em conformidade com o § 2º acima, há necessidade de uma nova análise técnica para a versão alterada, já que a versão 1.1 do aplicativo Mobility PDV foi certificada em 25/08/2007. A versão alterada não deveria estar em uso por contribuintes baianos antes desta análise técnica.”

Em seguida novas mensagens eletrônicas são trocadas entre o sr. Anderson e prepostos da SEFAZ.

Na contestação, o autuado segue dizendo que da análise dos fatos descritos nas mensagens constantes no Anexo I verifica-se que o sr. Luiz Gonzaga era conhecedor de que o “desenvolvedor” do programa aplicativo “Mobility PDV” havia disponibilizado nova versão do programa aplicativo e liberada para instalação e atualização de versões anteriores em seus clientes, portanto, entende que o “desenvolvedor” assumiu toda a responsabilidade pelo erro cometido, porém sem intenção de fraudar o fisco.

Mas o que fez o sr. Luiz Gonzaga? Questiona o impugnante. Fez o seguinte, responde: a) no dia 30 de março de 2009, lavrou auto de infração contra o autuado e contra a empresa D ANTONIO COM. DE BIJOUTERIAS LTDA (AI Nº 281906.0019/09-6); b) no dia 31 de março de 2009, lavrou auto de infração contra a empresa ENEIDA MALHEIROS SANTOS SILVA (AI Nº 281906.0022/09-7), contra a empresa MERCADO KAREN FONSECA LTDA (AI Nº 281906.0026/09-2) e contra a empresa JJW COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA (AI Nº 281906.0021/09-3), afirmando que o fiscal autuante transformou-se numa máquina de produzir auto de infração, sabendo que a responsabilidade pelo erro foi unicamente do “desenvolvedor” do programa aplicativo.

Argumenta ter pensado que, diante da relação de representantes do programa aplicativo Mobility PDV, o fiscal autuante tenha determinado uma verdadeira caça às bruxas, sendo estas os inocentes usuários do programa aplicativo que havia sido alterado e o “desenvolvedor” não realizou novo cadastro na SEFAZ, desconsiderando o Princípio da Boa-fé que os julgadores devem considerar nesse caso diante de sua condição de “homem médio” para entender que ele sabe que tem um contrato com o fornecedor do programa aplicativo e que este deve funcionar para que seu *negócio* não sofra interrupção.

Assim, diante dos fatos considerados nessa segunda situação, também requer a nulidade do auto de infração por ter sido lavrado contra a pessoa que não deu causa para a situação descrita pelo fiscal autuante, pois em hipótese alguma agiu com má-fé, dolo ou simulação, mas agiu dentro do esperado para um “homem médio” na tratativa da norma jurídica, vez que buscou na relação contratual com o fornecedor de programa aplicativo a segurança para seus negócios, pensando estar dentro da legalidade, alegando que foi tão vítima quanto a SEFAZ, porém a única punida e que a pena não pode passar do infrator para outra pessoa.

Por fim requer: a) a observação do § 1º do art. 18 do RPAF-BA, na hipótese de juntada de novos elementos serem trazidos ao processo em lide; b) o julgamento pela decretação da nulidade do auto de infração, face as preliminares arguidas; c) caso as preliminares não sejam acatadas, o julgamento pela improcedência do auto de infração, e; d) caso a improcedência também seja vencida, requer a improcedência em parte com cancelamento da multa, nos termos do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 50 a 52), diz que, na Defesa, o contribuinte afirma que não indicou qual arquivo instalado no computador foi analisado, com a verificação da chave MD-5, mas que isso não é verdade, pois no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado (fl. 3), no campo “Aplicativo encontrado em uso”, está indicado o nome, a versão e o arquivo do aplicativo analisado, bem como a chave MD-5 obtida, que difere da citada logo acima, obtida pela Fundação Visconde de Cairú.

Aduz que também é questionada a falta de indicação do programa gerador da chave MD-5, sugerindo também a possibilidade de geração de chave incorreta por alguns programas, o que rebate dizendo que o algoritimo utilizado para geração da chave MD-5 é um só, pois os programas existentes para executar esta tarefa diferem apenas em algumas facilidades proporcionadas ao usuário, afirmando que o procedimento utilizado pelo fisco para obtenção da chave MD-5 é o mesmo adotado pela Fundação Visconde de Cairú, tendo sido testado previamente, com sucesso, utilizando-se para teste cópia de aplicativos arquivados na GEAFL, fornecidas pelo desenvolvedor no ato do cadastramento e que esse mesmo procedimento também já foi utilizado em outros contribuintes com confirmação da autenticidade do aplicativo utilizado. Portanto, esta dúvida levantada pelo contribuinte não tem fundamento.

Acrescenta que o autuado também questiona a qualificação técnica do preposto fiscal para realização da verificação da autenticidade do aplicativo e a falta de acompanhamento por técnico do desenvolvedor. Neste aspecto, afirma, o contribuinte 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 simples que pode ser executado por qualquer pessoa com algum conhecimento de informática, que tenha recebido instruções de como efetuar a tarefa e que os prepostos fiscais do Grupo ECF da IFMT/METRO, receberam as instruções necessárias e estão aptos a realizar a verificação da autenticidade de aplicativos.

Quanto às mensagens trocadas pelo autuante com o desenvolvedor do aplicativo MOBILITY, onde ele, por precaução, procurou se assegurar da inexistência de falhas no resultado dos procedimentos de verificação do aplicativo, explica que a informação do desenvolvedor de que o aplicativo sofreu duas alterações que não foram cadastradas na SEFAZ confirmou o resultado obtido na verificação, apontando o uso de versão não cadastrada na SEFAZ.

Informa que passa de duzentos os contribuintes que informaram a utilização do aplicativo MOBILITY nas versões 1.0 e 1.1 e os contribuintes autuados indicados pelo impugnante fazem parte da amostra de contribuintes escolhidos para a realização da verificação, previamente ao contato mantido com o desenvolvedor, onde se constatou o uso de versão do aplicativo MOBILITY não cadastrada na SEFAZ, acrescentando que o fato de o autuado ter confiado no desenvolvedor, acreditando ter o mesmo cadastrado a nova versão do aplicativo, não elimina a sua responsabilidade pela verificação do fato, seja solicitando do desenvolvedor a comprovação do cadastramento ou confirmando o cadastramento diretamente na página da SEFAZ na internet, oportunidade em que transcreve os artigos 22 e 23, inclusive parágrafo único, da Portaria nº 53/05, dispositivos que proíbem o uso de programa aplicativo não cadastrado na SEFAZ até 31/12/06 (art. 22) e obrigação de comunicar o tipo de aplicativo em uso até 30/06/06, além da obrigação de comunicar ao fisco as subsequentes alterações do programa aplicativo no prazo de 30 dias da sua ocorrência. (Parágrafo único do art. 23), disposição que diz caso o contribuinte tivesse observado, o levaria a exigir do desenvolvedor uma solução já que as atualizações não foram comunicadas ao fisco.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração em decorrência da utilização de programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda.

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 habilitada para tal tarefa. Em relação ao item 3 do primeiro argumento, observo que no Termo de Apreensão e Ocorrência (fl.03) e Termo de Verificação de Aplicativo Utilizados (fl.5), documentos que integram 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 dizer 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 53/05 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281906.0020/09-4, lavrado contra **BARRETO E SILVA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.760,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, "e" item 1.4, 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 agosto de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA