

A. I. Nº. - 281906.0023/09-3
AUTUADO - JJW COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA MELLO DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 17. 09. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0300-01/09

EMENTA: ICMS. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). FALTA DE INFORMAÇÃO À SEFAZ DO PROGRAMA APLICATIVO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO. MULTA. O contribuinte deixou de informar ao fisco, conforme determinado pela Portaria nº 53/05, em seu art. 23, o nome e a versão do aplicativo que estava utilizando até junho de 2006. Infração subsistente. Rejeitado o pedido de cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2009, foi sugerida a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.380,00, correspondente à acusação de utilização de programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda, sendo aplicada a penalidade por cada programa aplicativo.

Consta no campo Descrição dos Fatos que o contribuinte informou à SEFAZ/BA estar utilizando o aplicativo Mobility PDV, versão 1.0, para envio de comandos ao software básico do ECF, cuja chave MD-5 obtida na sua análise técnica foi a920c14ebec8858d1b4d1a316f6f12b8. Na visita efetuada foi constatada a utilização do aplicativo informado, porém na versão 1.1, que tem cadastrada na SEFAZ a chave MD-5 24f3862c2e814d88058d4420e8bb0c6a.

É acrescentado que na verificação do aplicativo utilizado para envio de comandos a cada ECF utilizado no estabelecimento foi obtida a chave MD-5 9eeca4aef74e153765a2942e17936ed, conforme registrado no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado, de 23/03/2009 (fl. 03), apontando que a versão do aplicativo utilizado não corresponde a nenhuma das duas versões apresentadas para análise técnica. Este fato contraria o disposto no art. 824-D do RICMS/BA e nos artigos 22 e 23 da Portaria nº 53/2005.

O autuado impugnou o lançamento tributário às fls. 16 a 20, alegando que na análise dos fatos devem ser consideradas duas situações:

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

Aduz que ao se realizar teste de verificação de chave MD-5 é necessário que se diga quais os arquivos testados, entretanto em nenhum momento o autuante indicou quais arquivos instalados no computador em uso em seu estabelecimento foram analisados. Acrescenta que também não foi apontado qual o programa gerador da chave MD5 foi utilizado. Afirma que muitos programas geradores de chave MD5 não possibilitam a geração de chave correta para mais de um arquivo lido concomitantemente. Salienta que o programa aplicativo é um software complexo, de modo que às

vezes é necessária a análise de mais de um arquivo para encontrar a mesma chave MD5 obtida durante a análise técnica.

Realça inexistir a indicação de que técnico responsável do autuado ou da empresa fornecedora do programa aplicativo tivesse acompanhado a perícia realizada. Isto porque, verificar a integridade de um programa aplicativo em relação a outro programa aplicativo não se configura entre as atribuições técnicas dos prepostos fiscais da Secretaria da Fazenda. Ressalta que perícia realizada por pessoa sem qualificação ou preparo técnico pode ocasionar em erro.

Frisa que os prepostos fiscais não são qualificados tecnicamente para a atividade descrita no Termo de Apreensão e Ocorrências e no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado. E tanto é assim que de acordo com a Portaria nº. 53/2005 essa análise somente deve ser realizada por órgão técnico especialmente credenciado para esse fim, com competência na área específica de tecnologia da informação. Inclusive o art. 5º estabelece que antes da solicitação de cadastramento na SEFAZ, o Programa Aplicativo seja submetido à análise técnica por órgão credenciado, o qual emitirá “Certificado de Conformidade de Programa Aplicativo à Legislação”.

Observa que em conformidade com o art. 8º, para habilitar-se a ser credenciado para análise de programa aplicativo, o interessado deverá ser entidade da administração pública ou de ensino superior autorizada pelo Ministério da Educação e Cultura, que administre curso de graduação ou de pós-graduação na área de informática, desde que realize pesquisas e na área de tecnologia da informação.

Uma das atribuições técnicas do credenciado é estabelecer a chave MD5 para o programa aplicativo e seus componentes, conforme se observa no inciso X do art. 6º da citada Portaria. Conclui que não têm valor os procedimentos de verificação do aplicativo utilizado pelo autuado, se não atenderem aos seguintes pontos: não foi realizada por técnico perito, de preferência do mesmo órgão que realizou a análise técnica original; não teve acompanhamento técnico de preposto do “desenvolvedor” (art. 2º da Port. nº. 53/05); e não indicar os arquivos do programa aplicativo analisado e sobre os quais foi gerada a chave MD5 para verificação de integridade.

Entende que os procedimentos realizados pelos agentes do fisco foram atos de imperícia, por terem sido praticados por agentes com falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não considerando o que sabe ou deve saber. Requer a nulidade dos procedimentos realizados pelos prepostos fiscais na verificação de utilização de programa aplicativo;

2) a partir da visita realizada no dia 16/03/2009, o autuante encaminhou mensagem em 24/03/2003 para o Sr. Anderson Serpa Magalhães, solicitando informação sobre telefone e endereço de representante em Salvador do aplicativo Mobility PDV, conforme mensagens eletrônicas trocadas entre prepostos da SEFAZ e o representante do desenvolvedor do programa aplicativo (Anexo I -fls. 26 a 36).

Tendo o Sr. Anderson encaminhado dados sobre alguns representantes, o autuante informou que tinha encontrado em uso por contribuintes do Estado da Bahia aplicativo Mobility PDV na versão 1.1, cuja chave MD5 diferia da obtida na análise efetuada pela Fundação Visconde de Cairú, contrariando a exigência da legislação, indagando se os representantes indicados poderiam justificar essa discrepância. A resposta consistiu no seguinte: de acordo com o departamento técnico, a versão do Estado da Bahia sofrera duas alterações depois da homologação e por falha interna, as alterações não foram formalizadas 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.

Justificara que as falhas decorreram do fato das versões da Bahia e de São Paulo terem sido unificadas, e as únicas alterações corresponderem à inclusão da Nota Fiscal Paulista. Então arguirá se havia como documentar sua versão atual, sem necessidade a re-homologação imediata, afirmando que poderia formalizar nova versão, diferente daquelas encontradas pela fiscalização. A concessão seria em caráter provisório, por um prazo de 60 dias, pois já tinha homologação marcada em Minas Gerais para 16104, onde então teria outra versão oficial homologada.

Em resposta, o autuante aduzira que em conformidade com o § 2º do art. 25 da Portaria nº 53/2005, havia 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, de modo que a versão alterada não deveria estar em uso por contribuintes baianos antes da análise técnica.

Salienta que de acordo com as referidas mensagens, o autuante sabia que o “desenvolvedor” do programa aplicativo havia disponibilizado nova versão do programa aplicativo, liberada para instalação e atualização de versões anteriores para os clientes. Acrescenta que o “desenvolvedor” assumiu a responsabilidade pelo erro cometido, porém sem intenção de fraudar o fisco.

A despeito disso, o autuante autuou o impugnante e outras empresas, conforme Autos de Infração juntados no Anexo II (fls. 21 a 25). Observa que o autuante transformou-se numa máquina de produzir autos de infração, mesmo sabendo que o responsável pelo erro foi o “desenvolvedor” do programa aplicativo. Realça que diante da relação de representantes do aplicativo Mobility PDV, o autuante realizou uma verdadeira caça às bruxas, sendo estas os usuários do aplicativo alterado, sem que o “desenvolvedor” fizesse novo cadastro na SEFAZ.

Afirma que o princípio da boa-fé é plenamente aplicável no direito tributário e que duas particularidades giram em torno desse princípio: a boa-fé é um conceito técnico utilizado jurisprudencialmente na solução de casos concretos; e a instituição que surge em torno da boa-fé é a do “homem médio”. Trás à colação a definição do comportamento do “homem médio”, apresentada por Sérgio Cavalieri Filho na obra “Programa de Responsabilidade Civil”.

Realça que deve ser considerada a boa-fé do autuado e diante de sua condição de “homem médio” 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. Requer a nulidade do Auto de Infração, por ter sido lavrado contra a pessoa que não deu causa para a situação.

Argui que não ocorreu má-fé, dolo ou simulação, pois agiu dentro do esperado para um “homem médio”, ao tratar a norma jurídica. Como buscou junto ao fornecedor do programa aplicativo a segurança para seus negócios, encontrava-se dentro da legalidade. Durante a ação fiscal o autuante constatou que o “desenvolver” do programa aplicativo disponibilizara versão não cadastrada na SEFAZ-BA, o que significa que o autuado foi tão vítima quanto a SEFAZ. Lembra que a pena não pode passar do infrator para outra pessoa.

Requer a observação do quanto disposto no § 1º do art. 18 do RPAF-BA, na hipótese de novos elementos serem trazidos ao processo. Pugna pela decretação da nulidade do Auto de Infração, face as preliminares arguidas. Caso contrário, solicita que a autuação seja julgada improcedente. Sendo esta também vencida, pede a procedência em parte, com o cancelamento da multa, nos termos do § 7º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 43 a 45, observando que o contribuinte foi autuado por utilizar versão não cadastrada na SEFAZ de programa aplicativo para envio de comandos ao ECF, fato constatado através da verificação da chave MD-5 do aplicativo encontrado em uso, em confronto com a obtida na análise técnica efetuada pela Fundação Visconde de Cairú.

Insurge-se contra a alegação defensiva de que o autuante não teria indicado qual o arquivo instalado no computador que teria sido analisado, asseverando que de acordo com o Termo de Verificação do Aplicativo Utilizado, no campo “aplicativo encontrado em uso”, estão apontados o nome, a versão e o arquivo do aplicativo analisado, bem como a chave MD-5 verificada, que difere daquela obtida pela Fundação Visconde de Cairú.

Contesta, também, o argumento sobre a falta de indicação do programa gerador da chave MD-5, afirmando que o algoritmo utilizado para geração da chave MD-5 é um só, diferindo apenas quanto a algumas facilidades oferecidas ao usuário. Observa que o procedimento seguido pelo fisco é o mesmo adotado pela referida Fundação, tendo sido previamente testado, com sucesso, usando-se cópias de aplicativos arquivados na GEAFI, fornecidas pelo desenvolvedor no ato do cadastramento.

O procedimento foi utilizado em outros contribuintes, confirmando-se a autenticidade do aplicativo, indicando que não tem fundamento a dúvida levantada pelo autuado.

Quanto ao questionamento sobre a qualificação técnica do preposto fiscal para verificar a autenticidade do aplicativo e à falta de acompanhamento por técnico do desenvolvedor, afirma que o impugnante confunde a análise técnica do aplicativo, exigida pela Portaria nº. 53/05, precedentemente à solicitação de cadastro na SEFAZ, tarefa mais complexa, realizada por órgão credenciado na presença do desenvolvedor do aplicativo, com a verificação de sua autenticidade, procedimento simples, que pode ser executado por qualquer pessoa com conhecimento de informática, desde que tenha recebido instruções para executar a tarefa. Afiança que os prepostos do grupo ECF da IFMT/METRO receberam as instruções necessárias, fizeram treinamento prático e estão perfeitamente aptos a realizar a verificação da autenticidade de aplicativos.

Observa que as mensagens trocadas com o desenvolvedor do aplicativo Mobility, indicam que o autuante, por precaução, procurou se assegurar da inexistência de falhas no resultado dos procedimentos de verificação do aplicativo. Realça que a informação do desenvolvedor de que o aplicativo sofreu duas alterações não cadastradas na SEFAZ confirmou o resultado obtido na verificação, apontando o uso de versão não cadastrada.

Destaca que mais de duzentos contribuintes informaram a utilização do citado aplicativo, nas versões 1.0 e 1.1, enquanto que aqueles indicados na defesa como autuados, fazem parte de uma amostra de contribuintes escolhidos para a realização da verificação, previamente ao contato com o desenvolvedor. Descarta a afirmação de que se transformara numa máquina de produzir autos de infração, pois somente foram autuados os contribuintes onde se constatou o uso de versão do aplicativo Mobility não cadastrada na SEFAZ. Enfatiza que o fato de o autuado ter acreditado que o desenvolvedor teria cadastrado a nova versão, não o isenta da responsabilidade pela verificação correspondente, seja solicitando do desenvolvedor a comprovação do cadastramento, seja efetuando essa confirmação diretamente na página da SEFAZ na Internet.

Argumenta que o contribuinte deixou de observar as determinações contidas nos transcritos artigos 22 e 23 da Portaria nº 53/2005, que estabelecem que tanto os programas aplicativos devem ser cadastrados na SEFAZ, como as suas alterações subsequentes devem ser informadas ao fisco, o que confirma que não se pode atribuir toda a responsabilidade ao desenvolvedor.

Por entender que a legislação tributária vigente não autoriza o uso de aplicativo não cadastrado na SEFAZ, fato constatado na visita ao estabelecimento do contribuinte, sugere que a autuação seja mantida.

VOTO

O Auto de Infração se refere à multa por descumprimento de obrigação acessória, que consistiu na falta de informação ao fisco, por usuário de programa aplicativo de que trata a Portaria nº. 53/05, de alteração procedida no programa utilizado, cujo prazo determinado nessa Portaria era de trinta dias da sua ocorrência.

Afasto, inicialmente, o pleito pela nulidade dos procedimentos realizados pelos prepostos fiscais. Isto porque descabe a afirmação defensiva de que os agentes do fisco não têm qualificação técnica para realizar a atividade desenvolvida durante a ação fiscal, desde quando este trabalho consistiu na realização de cópia dos arquivos do aplicativo encontrado em uso no estabelecimento, visando a sua identificação e subsequente verificação se a versão utilizada estava em conformidade com as regras estabelecidas na legislação tributária correlata, a exemplo do seu cadastramento na SEFAZ. Ademais, de forma contrária à citada pela defesa, um preposto do contribuinte acompanhou e atestou os procedimentos desenvolvidos pela fiscalização.

Quanto à situação mencionada na defesa, referente à troca de mensagens entre o autuante e o desenvolvedor, bem como a sua boa-fé, registro que nos termos do artigo 136 do CTN (Código

Tributário Nacional), a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Ademais, nos termos do artigo 122 desse mesmo Diploma Legal, sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto. Restam afastadas, deste modo, as nulidades arguidas.

Apesar de o autuado ter alegado que a responsabilidade pelo cadastramento da nova versão do aplicativo seria da empresa desenvolvedora, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 23 da Portaria 53/05, não resta dúvida de que cabe é ao contribuinte usuário do programa aplicativo efetuar o comunicado à Secretaria da Fazenda a respeito das alterações processadas. Tendo em vista que a fiscalização comprovou o uso do aplicativo em nova versão, sem que tal fato tivesse sido devidamente informado, sugeriu a multa pertinente, de forma correta.

Ressalto que não tem nenhuma pertinência a alegação do impugnante quanto à falta de indicação pela fiscalização dos dados atinentes aos arquivos instalados no computador em uso no estabelecimento autuado, haja vista que no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado (fl. 03) são apontadas todas as informações correspondentes.

Esclareço que o Convênio ICMS nº 85/01, recepcionado pelo RICMS/BA, em seus artigos 824-A e seguintes, que trata sobre os requisitos para utilização de hardware e de software para desenvolvimento de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), estabelece os procedimentos aplicáveis ao contribuinte usuário de ECF e às empresas credenciadas. Em sua Cláusula Septuagésima Segunda é definido o que sejam contribuinte usuário, isto é, o estabelecimento inscrito no cadastro de contribuintes da unidade federada que possua ECF autorizado para uso fiscal; estabelecimento credenciado, que vem a ser o estabelecimento inscrito no cadastro de contribuintes da unidade federada que esteja por ela autorizado a proceder a intervenção técnica em ECF; e programa aplicativo fiscal (PAF-ECF), que consiste no programa desenvolvido para possibilitar o envio de comandos ao software básico do ECF. O contribuinte somente pode utilizar o programa aplicativo após este estar previamente cadastrado na SEFAZ pelo estabelecimento credenciado. Além disso, as alterações subsequentes necessariamente deverão ser informadas à Secretaria Estadual da Fazenda.

O artigo 824-D do RICMS/97, de acordo com o disposto acima, determina que o programa aplicativo fiscal utilizado para envio de comandos ao software básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ, bem como as alterações processadas no programa aplicativo, previsão esta que se encontra inserida no seu § 3º, conforme transcrevo em seguida:

“Art. 824-D

(...)

§ 3º. 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.”

Verificando os elementos constitutivos do presente processo, constato que o autuado não cumpriu a exigência acima descrita, o que torna caracterizada a infração apontada, considerando o não cumprimento de obrigação acessória legalmente prevista. Constatado que a multa aplicada encontra-se expressamente definida no item 1.4 da alínea “e” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, onde a responsabilidade é atribuída ao contribuinte usuário do programa aplicativo e não à empresa credenciada, conforme sugeriu o autuado.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, observo que o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, estabelece que *“as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”*

Como não ficou comprovado nos autos que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado em falta de recolhimento do ICMS, rejeito o pleito apresentado.

Diante do exposto, concluo ter ficado evidenciado nos autos o cometimento, por parte do contribuinte, da infração que lhe foi imputada.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº **281906.0023/09-3**, lavrado contra **JJW COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$1.380,00**, prevista no item 1.4, da alínea “e” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº. 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR