

**A. I. N°** - 281906.0028/09-5  
**AUTUADO** - IVAN JOSÉ FONSECA  
**AUTUANTE** - LUIZ GONZAGA MELO DE ALMEIDA  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** 02.12.09

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0342-05/09**

**EMENTA:** ICMS. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). INFORMAÇÃO INCORRETA DO PROGRAMA APLICATIVO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO. MULTA. O contribuinte informou erradamente ao Fisco, conforme determinado pela Portaria nº 53/05, em seu art. 23, o nome e a versão do aplicativo utilizado para envio de comandos ao software básico. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/01/2009, exige multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, 'e', 1.4 da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de utilização de versão de programa aplicativo para envio de comandos ao ECF não cadastrado na SEFAZ. Está dito que o sujeito passivo informou a utilização do programa MOBILITY PDV versão 1.0, cuja chave MD-5 obtida na sua análise técnica foi a920c14ebec8858d1b4d1a316t6f12b8. Na visita efetuada, constatou-se a utilização do mencionado aplicativo, porém na versão 1.1, que tem, cadastrada na SEFAZ, a chave MD-5 24f3862c2e814d88058d4420e8bb0c6a. Na verificação do aplicativo utilizado para envios de comandos obteve-se a chave MD-5 a68a5b529377833d29031e0995ce1120, conforme registrado no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado de fl. 03, anexo, demonstrando que a versão não corresponde a nenhuma das duas anteriormente citadas, fato que contraria o art. 824-D do RICMS/BA e os artigos 22 e 23 da Portaria 53/2005.

Constam dos autos: Termo de Apreensão e Ocorrências nº. 281906.0026/09-2 (fl. 02), Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado (fl. 03), cópias de leituras 'X' (fl. 04), Termo de Intimação, fl. 06, Termo de Visita Fiscal, fl. 05 e Dados Cadastrais, fls. 07 e 08.

O contribuinte foi cientificado por meio de intimação e "AR" em 10/06/2009, fls. 15/16, e em 17/06/2009 impugnou o Auto de Infração, fls. 21 a 25, nos termos a seguir sintetizados.

Em preliminar de nulidade, tece considerações técnicas e pondera que em nenhum momento o fiscal autuante indica quais arquivos instalados no computador em uso no estabelecimento autuado foram analisados. Também não indica que programa gerador da chave MD5 foi usado, pois alguns deles não possibilitam a geração da chave correta e que, por vezes, é necessária a análise de mais de um arquivo para encontrar a mesma chave. Também não há indicação de qual técnico do autuado ou da empresa fornecedora do programa tenha acompanhado a "perícia técnica", pois entende que não é atribuição técnica de um preposto da Secretaria da Fazenda verificar integridade entre programas aplicativos, o que pode ocasionar erros. Diz que a Portaria 53/2005 – nos arts. 5º e 8º – determina que, antes do cadastramento nesta Secretaria, o aplicativo deve ser submetido a órgão devidamente credenciado, que emitirá o respectivo certificado. Uma das atribuições deste órgão é estabelecer a chave MD5 para o programa e seus componentes. Entende que não tem valor o procedimento de verificação do aplicativo se não for analisada por técnico da área, preferencialmente do precitado órgão.

Requer a nulidade do procedimento.

Transcreve correspondências eletrônicas entre o autuante e o Senhor Anderson Serpa Magalhães ([anderson@mobilitysistemas.com.br](mailto:anderson@mobilitysistemas.com.br)), preposto da empresa fornecedora dos programas. Em uma delas, este preposto informa que não cumpriu o prazo de 60 dias para formalizar a versão junto ao Estado da Bahia por falha, e pergunta se existe alguma maneira de documentar a versão atual “sem necessidade de re-homologação imediata”. Afirma o autuado que o desenvolvedor assumiu a responsabilidade pelo erro cometido, porém sem intenção de fraude, e que os sucessivos autos de infração lavrados contra diversas empresas, sem a observação do princípio da boa-fé, configuram autêntica caça às bruxas. Após citar doutrina, solicita a observação da sua boa-fé e mais uma vez requer a nulidade do ato preparatório do lançamento tributário.

Diz que não agiu com má-fé, dolo ou simulação, mas dentro do que se espera de um “homem médio” na tratativa da norma jurídica e que foi tão vítima quanto a SEFAZ, sendo que a pena não pode passar do infrator para outra pessoa.

Requer a aplicação do quanto disposto no art. 18, parágrafo 1º do RPAF/99, na hipótese de juntada de novos elementos ao processo, a nulidade ou a improcedência total ou parcial do Auto de Infração, de acordo com o parágrafo 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Na informação fiscal às fls. 49 a 51, o autuante observa que o contribuinte foi autuado com multa por utilizar versão de programa aplicativo para envio de comandos ao ECF não cadastrada na SEFAZ; fato constatado através de verificação da chave MD-5 do aplicativo encontrado em uso, em confronto com a obtida na análise técnica efetuada pela Fundação Visconde de Cayru.

Assevera não ser verdade o argumento defensivo de que não indicou qual aplicativo instalado no computador foi analisado, pois no documento de fl. 03, no campo “Aplicativo Encontrado em Uso”, registrou esta indicação, bem como a da chave MD-5, que difere da obtida pela Fundação Visconde de Cayru.

Quanto ao programa gerador da chave, testado previamente com aplicativos da GEAFI (GERÊNCIA DE AUTOMAÇÃO FISCAL) e usado em outros contribuintes, diz que o utilizado na fiscalização é o mesmo da referida Fundação, e que os algoritmos dos diversos programas existentes no mercado são os mesmos, sendo que o que os diferencia são apenas algumas facilidades oferecidas ao usuário.

Entende que o contribuinte confunde competência para a análise técnica exigida na Portaria 53/2005, precedente ao cadastro na SEFAZ, tarefa complexa e realizada na presença de preposto do fornecedor, com a verificação da autenticidade do aplicativo, trabalho para o qual os fiscais do Grupo ECF da IFMT/METRO foram treinados.

No tocante aos emails, aduz que as ponderações do fornecedor robustecem o cometimento do ilícito e, em seguida, transcreve as disposições dos artigos 22 e 23 da Portaria 53/2005 (fl. 50).

Requer a manutenção da penalidade.

## VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

O arquivo analisado encontra-se no documento de fl. 03, no campo APLICATIVO ENCONTRADO EM USO. Quanto ao programa gerador da chave, conforme informação fiscal, foi testado previamente com aplicativos da GEAFI (GERÊNCIA DE AUTOMAÇÃO FISCAL) e usado em inúmeros outros contribuintes, gerando autenticação, além do que é o mesmo usado na Fundação Visconde de Cayru, não havendo, por conseguinte, motivo para aventar a nulidade do procedimento em função do mesmo. No tocante à necessidade de presença de preposto do fornecedor ou do contribuinte, esta existe quando da análise levada a cabo por entidade certificadora, nos termos dos arts. 5º e 8º da Portaria 53/2005. Não há que se argüir nulidade sob o manto de eventual incompetência técnica de preposto fiscal, pois a atividade de fiscalização e lançamento tributários é exercida com arrimo na lei, e à mesma está rigidamente vinculada. A competência, no caso, deflui da norma jurídica, e não de considerações de natureza subjetiva, como a habilidade técnica. Tais argumentações, de ordem subjetiva, a exemplo de inexistência de má-fé, também não cabem para afastar a responsabilidade do sujeito passivo, pois, para que ocorra legal e legitimamente o lançamento de ofício o que importa é aconteceu ou não o descumprimento da obrigação acessória, fato que será analisado no mérito.

No mérito, o Auto de Infração cuida da exigência de multa por utilização de versão de programa aplicativo para envio de comandos ao ECF não cadastrada na SEFAZ.

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que não há dissenso entre autuante e autuado no que se refere à utilização indevida da versão. O contribuinte apenas entende não ser responsável, em função de o erro ter sido cometido pelo fornecedor do programa, questão já analisada juntamente com a preliminar de nulidade.

A Portaria 53/2005 trata sobre normas e procedimentos relativos ao cadastro de programa aplicativo e do credenciamento de órgãos técnicos para análise do mesmo.

O programa aplicativo, desenvolvido para enviar comando ao software Básico de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), só poderá ser utilizado, para fins fiscais, após análise técnica realizada por órgão técnico credenciado e cadastramento na Secretaria da Fazenda.

Os contribuintes do ICMS, usuários de programas aplicativos de que trata a citada Portaria deverão comunicar ao Fisco o nome e a versão do aplicativo que estão utilizando. As alterações subsequentes no prazo de trinta dias da sua ocorrência (parágrafo único do art. 23 da Portaria 53/2005).

Caracterizado o ilícito, não cabe eximir o sujeito passivo de sua responsabilidade por eventual culpa do fornecedor do programa, pois a penalidade está expressa na Lei, mais especificamente no art. 42, XIII-A, 'e', 1.4 da Lei 7.014/96: *“R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) ao contribuinte que utilizar programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda”*. Portanto, na presente situação, entendo não ser aplicável o brocardo de que a *“pena não pode passar do infrator para outra pessoa”* (mais afeito ao Direito Penal), posto que sua origem encontra-se na Lei, que direciona a responsabilidade ao sujeito passivo, ora autuado.

Ante o exposto, concluo os exames realizados nas peças dos presentes autos, onde restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada, eis que utilizou versão de programa aplicativo para envio de comandos ao ECF não cadastrada na SEFAZ.

Com relação ao pedido de redução ou cancelamento da multa, prevista no parágrafo 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, entendo não ser pertinente o seu deferimento, pois não restou indubitavelmente comprovado que as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação. Outrossim, o montante da penalidade não obsta as atividades do autuado e possui o caráter educativo, razão pela qual deve ser mantida integralmente.

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 **281906.0028/09-5**, lavrado contra **IVAN JOSÉ FONSECA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no art. 42, XIII-A, 'e', da Lei 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA