

A. I. N° - 281906.0021/09-0
AUTUADO - DAV COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA MELLO DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 09.12.2009

**2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0394-02/09**

EMENTA: ICMS. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). FALTA DE CADASTRAMENTO NA SEFAZ/BA DO PROGRAMA APlicATIVO UTILIZADO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Restou comprovado que o contribuinte utilizou programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidades argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2009, imputa ao autuado o cometimento de infração a legislação do ICMS, decorrente de utilização de programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.760,00. Consta que a autuação se refere a 2 (duas) ocorrências de penalidade fixa de ECF. Consta ainda na “Descrição dos Fatos”:” O contribuinte informou à SEFAZ, estar utilizando o aplicativo MOBILTY 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 constatou-se a utilização do aplicativo informado, porém na versão 1.1, que tem cadastrada na SEFAZ, a chaveMD-5 24f3862c2e814d88058d4420e8bb0c6a. Na verificação dos aplicativos utilizados para envio de comandos a cada ECF utilizado no estabelecimento obteve-se a chave MD-5 571441acdf57f2257e1330e4e658680a, conforme registrado nos dois Termos de Verificação de Aplicativo Utilizado de 20/03/2009, anexo, apontando que a versão do aplicativo utilizado não corresponde a nenhuma das duas versões apresentadas para análise técnica. Portanto, o contribuinte está fazendo uso de aplicativos não cadastrados na SEFAZ para envio de comandos aos ECF'S. O fato registrado contraria o disposto no artigo 824-D do RICMS e nos artigos 22 e 23 da Portaria n.53/2005.”

O autuado apresentou defesa, às fls. 24 a 28, suscitando, inicialmente, a nulidade dos procedimentos realizados pelo autuante na verificação de utilização de programa aplicativo, por não ser agente qualificado tecnicamente para a atividade descrita no Termo de Apreensão e Ocorrência e no Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado, o que é feito por órgão técnico especialmente credenciado para esse fim, com competência na área específica de tecnologia da informação.

Aduz que dos fatos devem ser consideradas duas situações:

A primeira, que MD5 (Message-Digest algorithm 5) é um algoritmo de hash de 128 bitsunidirecional 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.

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.

Alega que ao ser realizado teste de verificação de chave MD-5 é necessário que se diga quais os arquivos testados, o que não feito pelo autuante, pois este não identifica quais arquivos instalados no computador em uso no estabelecimento foram analisados.

Diz também que o autuante não indica qual o programa gerador da chave MD5 foi utilizado, sabendo-se que muitos programas geradores de chave MD5 não possibilitam a geração de chave correta para mais de um arquivo lido concomitantemente.

Acrescenta 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.

Assevera que não há indicação de que técnico responsável pela autuada ou pela empresa fornecedora do programa aplicativo tenha acompanhado a perícia técnica.

Sustenta que a verificação da integridade de um programa aplicativo em relação a outro programa aplicativo não está incluído nas atribuições técnicas de nenhum preposto fiscal da Secretaria da Fazenda, o que pode ocasionar erro.

Invoca a Portaria nº 53 de 20 de janeiro de 2005, reproduzindo o seu artigo 5º, para dizer que o programa aplicativo seja submetido à análise técnica por órgão credenciado.

Aduz 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 autorizadas pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) que administrem curso de graduação ou de pós-graduação na área de informática, desde que tais entidades realizem pesquisas e atuem na área de tecnologia da informação, conforme art. 8º da Portaria nº 53/2005, que transcreve.

Afirma que uma das atribuições técnica do órgão é estabelecer a chave MD5 para o programa aplicativo e seus componentes, conforme dispõe o inciso X do art. 6º da Portaria n. 53/2005 que também reproduz.

Sustenta que os procedimentos de verificação de aplicativo que utiliza não têm validade pelas seguintes razões:

- 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”, conforme “caput” do art. 2º da Portaria nº 53/2005;
- não indica os arquivos do programa aplicativo analisado e sobre os quais foi gerada a chave MD5 para verificação de integridade.

Pontua como prova maior que em diversas ações fiscais realizadas o autuante e sua equipe de apoio encontraram diversas chaves distintas entre si para a mesma versão de programa aplicativo.

Requer a nulidade dos procedimentos realizados pelos prepostos fiscais na verificação de utilização de programa aplicativo.

Reportando-se à segunda situação, diz que autuante trocou mensagens com o representante do desenvolvedor do programa aplicativo Mobility PDV, ficando claro que pelos fatos descritos nas mensagens constantes às fls. 30 a 40, que 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, tendo o desenvolvedor assumido toda a responsabilidade pelo erro cometido, porém sem intenção de fraudar o fisco.

Salienta que mesmo assim o autuante lavrou Autos de Infração contra diversas empresas as quais relaciona, conforme às fls. 41 a 48.

Evoca o princípio da boa-fé, citando e transcrevendo texto de Sérgio Cavalieri Filho, sobre o comportamento do “homem médio”, para afirmar que devem os julgadores considerar a sua boa-fé e a 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.

Requer a nulidade da autuação nessa segunda situação, por ter sido lavrado contra a pessoa que não deu causa para a situação descrita no Auto de Infração.

Reiterando, alega não ter agido com má-fé, dolo ou simulação, tendo buscado na relação contratual com o fornecedor de programa aplicativo a segurança para seus negócios.

Afirma que o autuante, em seu procedimento de fiscalização constatou que o desenvolvedor do programa aplicativo cometeu o erro de disponibilizar versão ainda não cadastrada na SEFAZ/BA, para seus clientes. Diz ter sido vítima tanto quanto a SEFAZ, porém a única punida. Sustenta que a pena não pode passar do infrator para outra pessoa.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, caso as preliminares não sejam acatadas, o julgamento pela improcedência. Requer, ainda, caso a improcedência seja ultrapassada a improcedência em parte com o cancelamento da multa, nos termos do § 7º do art. 42 da Lei n 7.014/96.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 52 a 54, na qual contesta as alegações defensivas, afirmando que no “Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado” às fls. 08 e 09, 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 obtida pela Fundação Visconde Cairú. Diz também que o procedimento utilizado pelo Fisco para obtenção da chave MD-5 é o mesmo utilizado pela Fundação Visconde de Cairú, tendo sido testado previamente, com sucesso, utilizando-se para teste cópia de aplicativos arquivados na GEAFI, fornecidas pelo desenvolvedor no ato do cadastramento. Acrescenta que o mesmo procedimento já foi utilizado em outros contribuintes com confirmação da autenticidade do aplicativo utilizado, não tendo fundamento a dúvida levantada pelo impugnante.

Rechaça o questionamento do autuado sobre a sua qualificação para realização da verificação da autenticidade do aplicativo e a falta de acompanhamento por técnico do desenvolvedor, afirmando que este confunde a análise técnica do aplicativo exigida pela Portaria n. 53/05 com a verificação de sua autenticidade.

Assevera que se trata de um procedimento simples que pode ser executado por qualquer pessoa com algum conhecimento de informática, que tenha recebido instruções para efetuar a tarefa, como ocorreu com os prepostos do Grupo ECF da IFMT/METRO, que fizeram treinamento prático de uso do procedimento e estão aptos para realizar a verificação de autenticidade de aplicativos.

Com relação ao correio eletrônico com mensagens trocadas com o desenvolvedor do aplicativo Mobility, diz que por precaução, procurou se assegurar da existência de falhas no resultado dos procedimentos de verificação do aplicativo, tendo o desenvolvedor informado que o aplicativo sofreu duas alterações que não foram cadastradas na SEFAZ, portanto, confirmando o resultado obtido na verificação de existência de versão não cadastrada.

Prosseguindo, diz que mais de duzentos contribuintes informaram a utilização do aplicativo Mobility nas versões 1.0 e 1.1 e que os contribuintes mencionados pelo autuado fazem parte de amostra daqueles escolhidos para verificação, previamente ao contato mantido com o desenvolvedor. Afirma que os contribuintes autuados foram apenas aqueles já visitados, onde se constatou o uso de versão não cadastrada na SEFAZ do aplicativo Mobility.

Ressalta que o fato de ter o autuado confiado no desenvolvedor, acreditando ter este cadastrado a nova versão do aplicativo, não afasta a sua responsabilidade pela verificação do fato, o que

poderia ser feito com a solicitação junto ao desenvolvedor da comprovação do cadastramento, ou confirmando o cadastramento diretamente na página da SEFAZ na internet.

Invoca a Portaria n. 53/2005, reproduzindo os seus artigos 22 e 23, para afirmar que caso o autuado tivesse observado a determinação do parágrafo único, teria exigido do desenvolvedor uma solução, o que não ocorreu. Contudo, diz que não se pode atribuir a responsabilidade ao desenvolvedor, conforme pretende o impugnante.

Finaliza manifestando o entendimento de que a legislação do ICMS não autoriza o uso de aplicativo não cadastrado na SEFAZ, fato este constatado, motivo pelo qual mantém a autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre descumprimento de obrigação acessória, por ter o autuado utilizado programa aplicativo não cadastrado na Secretaria da Fazenda.

A princípio, quanto às preliminares de nulidades argüidas pelo autuado, verifico que estas não podem prosperar haja vista a inexistência de falhas ou vícios capazes de determinar a invalidade do ato. Na realidade, em nenhum momento da autuação deixou o autuante de observar as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Observo que não procede a alegação defensiva de que na autuação não há indicação de qual o arquivo instalado no computador foi analisado, haja vista que na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, bem como no Termo de Apreensão e Ocorrências à fl. 03, isto foi feito de forma clara. Também nos “Termos de Verificação de Aplicativos Utilizados” às fls. 08 e 09, no campo “Aplicativo encontrado em uso”, está indicado o nome, a versão e o arquivo do aplicativo analisado, assim como a chave MD-5 obtida.

No que diz respeito à qualificação técnica do autuante também não pode prosperar a alegação defensiva, haja vista que o procedimento realizado diz respeito à verificação de autenticidade do aplicativo. Ou seja, se o aplicativo está compatível com o informado à SEFAZ e o efetivamente utilizado pelo contribuinte, não exigindo a qualificação técnica suscitada pelo autuado, sendo possível realizar a verificação apenas com treinamento voltado para verificação da compatibilidade.

Na realidade, a análise técnica do aplicativo é que exige a qualificação específica para tanto, sendo realizada por órgão credenciado e acompanhada do desenvolvedor, conforme exigido pela Portaria n. 53/05.

Quanto à segunda situação tratada na peça defensiva, referente à troca de mensagens entre o autuante e o desenvolvedor, assim como a sua boa-fé, há que se observar que nos termos do artigo 136 do Código Tributário Nacional, a responsabilidade por infrações da legislação tributária, independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Vale consignar que nos termos do artigo 122 do mesmo Diploma legal acima referido, sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Ora, no caso em exame, a obrigação acessória de cadastrar o programa aplicativo antes de sua utilização é do autuado, sendo imposta a este a penalidade pelo descumprimento da obrigação.

Não acolho, portanto, as nulidades argüidas.

No mérito, o artigo 824-D, mais seus incisos e parágrafos do Regulamento do ICMS/BARICMS/BA, determina que:

“Art. 824-D. O programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos seguintes critérios:

I - comandar a impressão, no ECF, do registro referente à mercadoria ou à prestação de serviço concomitantemente com o comando enviado para indicação no dispositivo utilizado para

visualização por parte do operador do ECF ou consumidor adquirente da mercadoria ou usuário do serviço;

II - não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

§ 1º O interessado em cadastrar programa aplicativo para uso com ECF deverá dirigir requerimento à Gerência de Automação Fiscal da Diretoria de Planejamento da Fiscalização juntamente com:

I - cópia do programa aplicativo gravado em meio ótico não regravável;

II - instruções de operação para usuário, impressa em papel e gravadas em meio ótico não regravável.

§ 2º Ato do Secretário da Fazenda estabelecerá requisitos para análise e cadastramento do programa aplicativo.

§ 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.

Já a Portaria nº. 53/2006, também estabelece nos seus artigos 22 e 23 que:

“Art. 22. O Programa Aplicativo em uso pelo contribuinte do ICMS que não for cadastrado na Secretaria da Fazenda até 31 de dezembro de 2005 não poderá ser utilizado a partir de 1º de janeiro de 2006.

Art. 23. Os contribuintes do ICMS, usuários de programas aplicativos de que trata esta Portaria, deverão comunicar ao fisco, até 30 de junho de 2006, o nome e a versão do aplicativo que está utilizando.”

A leitura dos dispositivos normativos acima transcritos permite concluir que o autuado estava obrigado a cadastrar previamente na SEFAZ o programa aplicativo para envio de comandos ao Software Básico do ECF. Ou seja, antes mesmo de utilizar o aplicativo deveria o contribuinte cadastrá-lo na SEFAZ, o que não ocorreu.

Observo que o legislador atribuiu a obrigação de efetuar o cadastramento ao contribuinte e não ao desenvolvedor, não podendo o autuado alegar desconhecimento do cadastramento, para elidir a autuação. No caso, a relação jurídica tributária se dá entre o sujeito passivo –contribuinte – e o sujeito ativo e não com o desenvolvedor do sistema.

No que concerne ao pedido de cancelamento da multa formulado pelo autuado, verifico que a infração restou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito.

Assim sendo, considero totalmente subsistente autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281906.0021/09-0, lavrado contra **DAV COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor R\$2.760,00, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, “e”, item 1.4, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR