

**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

## 2ª 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 571441acd57f2257e1330e4e658680a, 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 foi 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/BA-RICMS/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