

A. I. Nº - 299689.0105/12-2
AUTUADO - IRMÃOS BRETAS, FILHOS E CIA. LTDA.
AUTUANTE - ALBA MAGALHÃES DAVID KLINSIEK
ORIGEM - DAT/SUL/IFEP
INTERNET - 08.08.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0151-02/13

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO DE PROGRAMA APLICATIVO NÃO CADASTRADO NA SEFAZ. MULTA. Restou comprovado que a empresa não mais se encontrava sob ação fiscal, diante da falta de Termo de Início de fiscalização válido, o lançamento é nulo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 31 de agosto de 2012 e refere-se à cobrança de penalidade no valor de R\$27.600,00 pela constatação da seguinte infração:

Utilização do programa aplicativo efetivamente utilizado nos ECF's de números 01 a 20, não foi informado à Secretaria da Fazenda, conforme documentação que apenas vez que havia informado a utilização do programa Venditor versão 2.6.6, ao passo que utilizava o programa Venditor versão 2.6.8 dv.

Tempestivamente, a empresa Cencosud Brasil Comercial Ltda., apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 45 a 50, onde argui em sua defesa, após historiar os fatos motivadores da acusação fiscal, que o lançamento não pode prosperar, pelas razões que apresentará.

Informa, preliminarmente, que a empresa Cencosud Brasil Comercial Ltda., procedeu à incorporação da sociedade empresária Irmãos Bretas, Filhos e Cia Ltda. (CNPJ 24.444.127/0092-03), passando a ser sua sucessora de direito universal, consoante alterações do contrato social que apensa.

A seguir argumenta que a empresa desenvolvedora do sistema (Conecto Sistemas Ltda.) informou à SEFAZ/BA a nova versão do programa aplicativo utilizado pela Impugnante, bem como esta informou à SEFAZ as mudanças de versão do aplicativo em cada equipamento utilizado.

Dessa forma, diferente do que fora afirmado pela Fiscalização, em 21/03/2012 foi credenciada junto à SEFAZ a versão 2.6.8dV (PAF-ECF), sendo que a versão 2.6.6 (não PAF-ECF) foi credenciada presencialmente antes do advento do PAF-ECF.

Como meio de prova, anexa troca de e-mails entre um representante da empresa desenvolvedora (Conecto Sistemas Ltda.) o Sr. José Carlos Criado e representante da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Sr. Jose Jorge Saldanha de Carvalho, onde esse último confirma o cadastramento do PAF-ECF. Anexa, também, documento gerado do site da SEFAZ/BA em 27/03/2012 com a versão 2.6.8dV cadastrada e a situação atual dos cadastros após a versão 2.6.8EB que consta no próprio site da SEFAZ/BA.

Como prova da regularidade do programa aplicativo utilizado, a Impugnante anexa o envio, via sistema, da informação de alteração do aplicativo à GEAFI (Gerência de Automação Fiscal Sistema de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal da Secretaria da Fazenda), (ECF – Alterar Aplicativo), informando os dados do aplicativo anterior e os dados do aplicativo novo, onde constam como dados do aplicativo novo o nome do Aplicativo: VENDITOR, e sua versão: 2.6.8DV,

ao passo que os dados do aplicativo anterior, são nome do Aplicativo: VENDOR e Versão do Aplicativo: 2.6.6

Ressalta que todas as informações de alteração do aplicativo foram enviadas para todos os equipamentos e na mesma data (14/05/2012), consoante fazem prova os documentos que anexa.

Por tal razão entende que o lançamento é improcedente.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 115 a 117 esclarece que os documentos apresentados no momento da fiscalização trazem os dados constantes no presente auto de infração, inclusive aqueles extraídos dos ECF's utilizados nas vendas aos consumidores (fls. 08 a 37) e os assinados pelo preposto da Autuada (fls. 04 a 07), que não interpôs qualquer observação a esse respeito.

Em face da documentação ora trazida pela Autuada, observa que sua condição de sucessora a obriga a assumir o ativo e passivo da empresa incorporada. Caso se julgue necessário a formalidade apontada como erro pela defesa poderá ser retificada.

Quanto ao mérito da acusação fiscal, informa que em nenhum momento foi imputada à Autuada a infração por utilização de programa aplicativo não cadastrado junto à SEFAZ, de modo que seu argumento e a documentação apresentada (fls. 87 a 89) não dizem respeito à cobrança do presente Auto de Infração, vez que o mesmo foi lavrado em razão de ter sido verificado em 08/05/2012 que a Autuada não havia informado à SEFAZ, até aquele momento, o programa aplicativo efetivamente utilizado, o que está circunstanciado nos termos de fiscalização e intimação (fls. 04 a 07) e comprovado no documento de fl. 38, que informa como programa utilizado o Vendor em sua versão 2.6.6 - todos esses documentos datados de 08/05/2012.

Indica que nesta data o contribuinte foi intimado a corrigir a irregularidade (fl. 04), informando corretamente à SEFAZ o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao software básico do ECF, qual seja Vendor, versão 2.6.8 DV.

Defende que o fato de ter atendido à intimação dos prepostos fiscais enviando a informação à GEAFI em 14/05/2012 - fl. 91 a 111 (vide rodapé) e ratificação na fl. 50, sanando assim a irregularidade encontrada pela fiscalização, não exime a Autuada de responder pela infração cometida, mesmo porque as consequências dos atos passados não se corrigem pela regularidade de atos presentes.

Ainda há a considerar que a ausência de punição diante de uma infração constatada abriria licença para que se estabelecesse a irregularidade até o momento em que a empresa fosse intimada a saná-la.

Observa-se claramente na peça defensiva que em relação ao mérito a Autuada discorre sobre tema (utilização de aplicativo não cadastrado) não trazido pelo Auto de Infração ora discutido, numa provável tentativa de confundir os julgadores, vez que não dispõem de argumentos ou provas do não cometimento da infração apontada que é a não informação do aplicativo utilizado, com ocorrência verificada em 08/05/2012.

Conclui, diante das provas nos autos, pedindo a manutenção do lançamento.

VOTO

Inicialmente, gostaria de observar que a data do lançamento é 31 de agosto de 2012. Nesta data, vigia o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto n.º 13.780/2012, o qual passou a vigorar a partir de 1º de abril de 2012. Entretanto, quando do lançamento, a autuante, de forma equivocada indica como dispositivo infringido, artigo do RICMS/97, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, não mais vigente àquela época. Todavia, à vista da redação do artigo 19 do RPAF/99, o qual determina que *“a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”*, fica superada a eventual nulidade existente, vez que tal fato não representa qualquer prejuízo para o processo.

Por outro lado, tendo havido sucessão empresarial na empresa autuada, nada obsta que a sucessora faça-se representar no Auto de Infração, exercendo o seu direito de defesa, sem que nenhuma outra providência adicional seja necessária.

Apreciando os aspectos formais do lançamento, observo que a ação fiscal iniciou-se em 08 de maio de 2012, através do documento de fls. 04 a 06, onde consta Termo de Intimação e Início de Fiscalização, assinado por funcionários da Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da DAT/SUL, no qual, especialmente ao primeiro item daquele de fl. 04, consta a concessão do prazo de 48 horas para “informar corretamente à SEFAZ o Programa Aplicativo utilizado para envio de comandos AP software básico do ECF. **Atenção:** devem ser mencionados na informação o nome e a versão correta do programa aplicativo utilizado (art. 824-D e Portaria nº 83/2010. **Prazo: 48 horas**”, sendo o sujeito passivo cientificado na mesma data.

Ora, se a fiscalização deu prazo para a regularização, tal fato indica certa “tolerância” com o comportamento do contribuinte, o qual estava agindo em desconformidade com a legislação, conforme os próprios documentos que acosta ao processo, além daqueles coligidos pelo Fisco. Todavia, caberia à fiscalização cumprir o prazo que ela própria estabeleceu para a regularização da informação quanto aos softwares utilizados pelo contribuinte, para, de forma imediata, aplicar a respectiva penalidade.

O que ocorreu, entretanto, foi fato bastante diverso. A autuação somente aconteceu mais de noventa dias após a intimação, quando esta não mais valia, independentemente do prazo legal de sua validade (noventa ou trinta dias, conforme disposição do artigo 28, §§ 1º e 2º do RPAF/99), quando não mais possuía qualquer validade, não constando nos autos qualquer nova intimação, ou autorização para prorrogação de fiscalização, sendo que tal fato (existência do Termo de Intimação e/ou Fiscalização), sabidamente exime o contribuinte de qualquer ação espontânea.

Dessa forma, a autuação ocorreu ao arrepio das normas legais, em desacordo com os procedimentos de fiscalização, razão pela qual não pode subsistir, pois eivada de vício, caracterizando a hipótese do artigo 18, inciso II, do RPAF/99, o qual se lastreia na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV, razão pela qual julgo nulo o lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **299689.0105/12-2** lavrado contra **IRMÃOS BRETAS, FILHOS E CIA. LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2013.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADOR