

A. I. N° - 299689.0002/13-7
AUTUADO - HORTI FRUTI LM LTDA.
AUTUANTES - ALBA MAGALHÃES DAVID KLINKSIEK
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 27/11/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0287-03/12

EMENTA: ICMS. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). FALTA DE INFORMAÇÃO À SEFAZ/BA DO PROGRAMA APLICATIVO UTILIZADO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Comprovado nos autos que o contribuinte não cumpriu a obrigação acessória de informar à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/01/2013, refere-se à exigência de multa no valor de R\$13.800,00, em razão de o autuado não ter informado à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos do software básico de equipamento de controle fiscal. Constatam dos autos: Termo de Intimação, fl. 04, Termo de Visita Fiscal, fls. 05 e 06, Termo de Verificação de Aplicativo Utilizado, fls. 06 a 09 e Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 10.

Consta na “Descrição dos Fatos”: Falta de informação do programa aplicativo efetivamente utilizado para envio de comandos ao software básico de ECF. Relatórios gerenciais identificam o aplicativo como PDVNET NS, versão 6.0.0.3 (PAF-ECF), não informada a SEFAZ. Na verificação do referido PAF, entretanto, foram encontradas chaves md5 - f6d9e074e625764221dbfaf290ca9d94; c2fdc3f48503fb5c91e8660e883ed1a; 1798aa96b7d8919a436d3881ed2ca8fe - divergentes daquela que corresponde a essa versão desse aplicativo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA que é a MD5 d54b3f0e265a639757ae032ec1710a92, restando comprovado, ainda, o uso de versões de aplicativos não cadastradas nesta Secretaria. Multa: R\$1.380,00 x 10(quantidade de ECFs encontrados em uso no estabelecimento e relacionados nos termos de visita fiscal) = R\$13.800,00. Documentação comprobatória em anexo. Obs.: Auto de Infração lavrado em razão de renovação de procedimento fiscal recomendado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF que julgou nulo o Auto de Infração n° 219157.0701/11-3, lavrado por agentes de tributos.”

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 35, apresentou impugnação, fls. 25 a 29.

Inicialmente, requer que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração.

Suscita preliminar de nulidade da autuação, por vícios insanáveis na condução da ação fiscal, e conseqüente cerceamento do direito de defesa. Assevera que não teve lugar a renovação do “procedimento fiscal”, ou seja, da ação fiscal, determinada pelo CONSEF (Acórdão JJF n° 0076-03/12), mas simplesmente nova autuação, sem a instauração dos termos e procedimentos necessários, inclusive porque, uma vez anulado o Auto de Infração n° 219157.0701/11-3, todos os atos preparatórios inerentes aos mesmos possuem o mesmo destino, ou seja, são nulos de pleno

direito. Relata que, estando o presente Auto de Infração suportado por atos prenhe de vícios, novamente a nulidade deve ser decretada, o que fica expressamente requerido.

Quanto ao mérito, explica que o item 1.3, da alínea “e”, inciso XIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96, prevê multa de R\$1.380,00, na forma seguinte:

“1.3. não informar à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para o envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento.”

Registra que a multa, que pode ser aplicada por cada equipamento em operação, se destina a punir o Contribuinte que não informar à SEFAZ o programa aplicativo para envio de comandos ao *Software Básico*, fato não constatado no presente caso (até porque não houve a ação fiscal que deu origem ao Auto de Infração ora contestado).

Esclarece que, conforme constatado no corpo do próprio Auto de Infração, “utiliza o aplicativo PDVNET NS - versão 6.0.0.3 (PAF-ECF)”, que é dispositivo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA. Por isso, afirma que não restou configurada a ocorrência “fulcro” da exigência, que seria a não informação do programa aplicativo à SEFAZ/BA.

Assegura que nem mesmo a informação complementar constante do auto, de que as “chaves encontradas divergem das cadastradas” serve de sustentação para o lançamento, posto que a norma não autoriza a pena em razão da “chave” e, sim, do próprio aplicativo, que segundo consta do Auto de Infração não foi alterado. Sustenta não existir assim nexos, relação de causa e efeito, entre os fatos narrados e o dispositivo da multa utilizado para a tipificação da infração.

Frisa que mesmo se a lei permitisse a aplicação da sanção em razão das “chaves” e que fosse imposta uma multa para “cada cópia do programa” (o que igualmente não tem amparo legal), somente foi instada, em 07/07/11, conforme “Termo de Intimação” anexo ao Auto de Infração anulado, a “informar corretamente o aplicativo utilizado” e a “providenciar a substituição de aplicativo”, não existindo qualquer menção de que tais providências não foram adotadas e não tendo mais validade a referida intimação, seja pelo decurso de tempo, seja porque a nulidade que atingiu o primeiro Auto de Infração por ela sustentado, contamina também o presente PAF, pois deste é “instrumento preparatório e acessório”. Destaca que a Lei 7.014/96, por seu turno, não prevê a aplicação da sanção mesmo diante da concessão de prazo para a regularização das pendências.

Observa que atendendo à solicitação da SEFAZ, fez, como pode ser verificado no sistema da SEFAZ, a homologação das “chaves” que estavam em uso (que não implicavam a modificação do aplicativo) e hoje, inclusive, utiliza a versão 6.0.0.5, do mesmo aplicativo, com chave única para todos os equipamentos. Assinala que esse fato é importante, pois revela a sua conduta lícita, não se podendo falar em dolo, fraude, simulação ou evasão de ICMS.

Assevera encontrar-se habilitada a pleitear, caso as alegações acima não sejam acatadas, a aplicação do disposto no art. 42, §7º, cujo teor reproduz.

Menciona que no caso em tela, observado ainda ser ela primária nesse tipo de ocorrência, não existe qualquer indício de ação dolosa ou fraudulenta, não sendo possível, ainda, vincular a ocorrência com a falta de cumprimento da obrigação principal. Destaca que a PGE/PROFIS, órgão responsável pelo controle da legalidade dos atos administrativos, tem se manifestado no sentido de que a competência para deliberar sobre a dispensa ou redução da multa é exclusiva do CONSEF. Ressalta que, em situações semelhantes, registra que os requisitos legais encontram-se presentes e que “não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução ou cancelamento de multa, mas apenas a existência daqueles débitos que sejam diretamente relacionados, num liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretende cancelar ou reduzir.”.

Transcreve a ementa dos Acórdãos CJF de nºs 0368-12/06 e 0041-21/05 para afirma que em situações semelhantes, tratando de questões diversas sobre multas por descumprimento de obrigações acessórias, o CONSEF tem se manifestado pela redução das multas.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, ou que, pelo menos, seja julgado procedente com a concessão da redução da multa para R\$1.380,00, o que representa 10% do valor cobrado.

A informação fiscal foi prestada à fl. 40, por fiscal designado, menciona inicialmente a preliminar de nulidade apresentada pelo autuado. Depois de reproduzir o teor da alínea “a”, do inciso I, do art. 29 do RPAF-BA/99, destaca que, de posse dos documentos comprobatórios que acobertavam a autuação original, recolhidos conforme procedimento lícito e não questionado pelo contribuinte, não existe necessidade de novas intimações ou termos.

Ao cuidar do mérito da autuação informa que a vistoria realizada no estabelecimento do impugnante encontrou as irregularidades relacionadas no Auto de Infração.

Frisa que em momento algum na peça de defesa estas irregularidades são contestadas. Menciona que a defesa tenta apenas amenizar o ilícito e descaracterizar a existência de prejuízo ao Estado.

Observa que devido à falta de informação do aplicativo, até pelo valor da multa formal e da possibilidade de autuação por equipamento emissor, ser considerado grave, podendo restar presunção lógica de tentativa de lesar o erário público, sustenta ser impraticável qualquer redução ou cancelamento da penalidade.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do presente lançamento, alegando cerceamento do seu direito de defesa pelo fato de que não ocorrera a renovação do “procedimento fiscal”, conforme determinado pelo Acórdão JJF nº 0076-03/12, mas simplesmente foi realizada uma nova autuação, sem a instauração dos termos e procedimentos necessários. Verifico que não deve prosperar a pretensão do impugnante, uma vez que a acusação fiscal trata de irregularidade decorrente de descumprimento de obrigação acessória, portanto, é dispensada a lavratura dos termos de início e de encerramento ao teor da alínea “a”, do inciso I, do art. 29, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;

Assim, tendo sido o impugnante intimado do Acórdão JJF nº 0076-03/12 que julgou nulo o Auto de Infração nº 219157.0701/11-3, não exerceu sua prerrogativa de denunciar espontaneamente prevista no art. 95, II, “d”, do RPAF-BA/99, bem como intimado da lavratura do presente Auto de Infração com a expressa concessão do prazo de trinta dias para apresentação de defesa, em nenhuma dessas oportunidades comprovou ter informado à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos do software básico de equipamento de controle fiscal. Portanto, não vislumbro qualquer ofensa ao exercício de ampla defesa pelo impugnante. Logo, rechaço a preliminar de nulidade suscitada e passo à análise do mérito da autuação.

No mérito o Auto de Infração impõe multa em razão da falta de informação, à SEFAZ, do Programa Aplicativo Fiscal utilizado para envio de comando ao Software Básico de equipamento de controle fiscal constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte, mesmo depois de intimado, não informou qual o Programa Aplicativo Fiscal utilizado.

Em sede defesa o autuado alegou que “utiliza o aplicativo PDVNET NS - versão 6.0.0.3 (PAF-ECF)”, que é aplicativo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA. Sustentou

que, por isso, não restou configurada a ocorrência “fulcro” da exigência, que seria a não informação do programa aplicativo à SEFAZ/BA.

Da análise das peças que compõem os presentes autos, constato que depois de formalmente intimado, consoante Termo de Intimação fl. 04, o contribuinte não cumpriu a exigência expressa no art. 824-D do RICMS-BA/97, a seguir transcrito.

“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.*”

Quanto à alegação do impugnante de que utiliza aplicativo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA, verifico que esse fato não o exime de cumprir o quanto determinado no dispositivo, já que a obrigação deflui expressamente da legislação pertinente e não contempla faculdade alguma para o seu adimplemento.

Constato que a multa aplicada encontra-se devidamente preconizada no item 1.3 da alínea “e” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Afigura-se também consentânea com o exposto teor do dispositivo regulamentar a exigência da multa no valor de R\$1.380,00, para cada um dos dez ECF do autuado, totalizando o montante de R\$13.800,00.

No que diz respeito aos acórdãos citados na defesa como precedente jurisprudencial não servem de paradigma para o presente caso por tratarem de situações distintas.

Não cabe reconsideração da referida multa, pelo fato de a presente situação não se enquadrar no art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96, uma vez que nos autos não restou comprovado de que a infração cometida não implicou falta de recolhimento do imposto.

Ademais, independentemente da possibilidade de que o contribuinte não tenha agido com dolo, resta comprovado, neste processo, o cometimento da infração e, nos termos do artigo 40, §2º, da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato..

Quanto ao pedido do patrono do impugnante para que as intimações e notificações relativas ao presente feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, Rua Coronel Almerindo Rehem, 126, Ed. Empresarial Costa Andrade, salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador - Bahia, CEP 41820-768, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o setor deste CONSEF possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

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 não prestou a informação a que estava obrigado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299689.0002/13-7**, lavrado contra **HORTI FRUTI LM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de

no valor de **R\$13.800,00**, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “e”, item 1.3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA