



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº 133.252.2013-4

Recurso VOL/CRF N.º 883/2014

Recorrente: TIM CELULAR S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante: MARIA JOSÉ L. DA SILVA E FERNANDA CÉFORA V.BRAZ.

Relatora: CONS^a. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. CRÉDITO INDEVIDO. APURAÇÃO INCORRETA NAS AQUISIÇÕES DE ATIVO FIXO. CRÉDITO INEXISTENTE. FALTA DE AMPARO DOCUMENTAL. PRELIMINARES. IMPUGNAÇÃO AO TERMO COMPLEMENTAR DE INFRAÇÃO. NÃO APRECIAÇÃO NA INSTÂNCIA PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CONFIRMAÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA.

Reputa-se eivada de vício a decisão de primeiro grau que, ao decidir pela nulidade do auto infracional, deixou de apreciar a impugnação ao libelo complementar, a qual, apesar de validamente apresentada não compôs os autos. Acolhida a preliminar que suscita a sua invalidade, tendo em vista que a decisão que assim se apresenta encerra uma forma de cerceamento do direito de defesa, constitucionalmente assegurado ao acusado, devendo, por essa razão, ser declarada nula, para que os autos retornem à instância prima, após a juntada da peça impugnatória, com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei. Prejudicada a análise das demais preliminares e, inclusive, da questão de mérito.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do **Recurso Voluntário**, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo seu **PROVIMENTO**, para declarar **NULA** a sentença exarada na instância “a quo” que, com dispensa de recurso hierárquico, considerou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001692/2013-73**, lavrado em 11/10/2013, contra a empresa **TIM CELULAR S/A.**, regularmente inscrita no CCICMS estadual sob nº 16.143.665-0, devidamente qualificada nos autos.

Ao mesmo tempo, determino que se faça constar nos autos o documento protocolado sob o nº

037.592.2014-2, e que estes sejam posteriormente remetidos à instância preliminar para preferir nova decisão sobre a causa.

Intimações necessárias devem incluir a remessa para a pessoa e endereço indicados às fls. 743, além das rotineiramente efetuadas.

P.R.E.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de janeiro
de 2016.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima

Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO .

Assessora Jurídica

Relatório

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o Recurso Voluntário, interposto contra a decisão monocrática, que PROCEDEU PARCIALMENTE, com dispensa de recurso obrigatório, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001692/2013-73 (fls. 3 e 4), lavrado em 11

de outubro de 2013, segundo o qual a empresa autuada, TIM CELULAR S.A., é acusada de cometimento das irregularidades que adiante transcrevo:

- **CRÉDITO INDEVIDO (Ativo Imobilizado)** em virtude de apuração incorreta do crédito fiscal – Falta de recolhimento do ICMS, em virtude o contribuinte ter aproveitado o crédito fiscal, concernente à aquisição de ativo fixo, em montante superior ao devido, tendo em vista a inobservância da correta forma para a apuração do imposto em cada período.

Nota Explicativa: 1) a empresa acima identificada não respeitou a forma de cálculo do coeficiente de creditamento do CIAP fixada no inciso III do art. 78 do RICMS/PB, assim como na Lei Complementar nº 102/2000, uma vez que os normativos referenciados determinam que o coeficiente de creditamento é a relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período; 2) registre-se que as saídas tributadas e as saídas e as saídas totais foram extraídas do Livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS apresentado pela empresa; 3) a empresa utiliza o coeficiente de creditamento igual a um durante o período fiscalizado, conforme anotado no Livro CIAP apresentado; 40 são partes integrantes deste feito fiscal cópias dos livros LRAICMS e CIAP do exercício de 2010”.

- **CRÉDITO INEXISTENTE** - Contrariando dispositivos legais, o contribuinte utilizou crédito(s) de ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: Os créditos fiscais autuados compreendem: ICMS DIFAL ANTECIPADO (R\$ 968.678,14), CRÉDITO ESPECIAL (R\$ 259.785,00) e ESTORNOS DE POSTERGAÇÃO DE CICLO DE FATURAMENTO (R\$ 97.794,12), pois até esta data não foram acostados documentos fiscais que lhes deem lastro, caracterizando apropriação de créditos fiscais do ICMS sem amparo de documentação fiscal hábil, por isso considerados inexistentes. A autuada foi chamada através da Notificação 05/2013 a apresentar a documentação comprobatória relativa a tais créditos. Em resposta, apresentou DAR's Avulsos juntamente com planilhas relacionando notas fiscais, afirmando duplicidade do pagamento do ICMS DIFAL ao argumento de que as referidas notas também estariam computadas em faturas emitidas pela SER/PB, igualmente pagas, segundo registros no sistema ATF. Confrontados os documentos disponibilizados, constatamos efetivamente o pagamento em duplicidade do ICMS DIFAL apenas das notas fiscais relacionadas nas planilhas mensais em anexo, cujos valores foram excluídos da presente autuação. A presente exigência fiscal tem como suporte os lançamentos do crédito do imposto nos registros fiscais e apuração do ICMS informados no SPED Fiscal nos itens Demonstrativo dos estornos de Débitos e Demonstrativo dos Outros Créditos, conforme demonstrativos fiscais e elementos probatórios que passam a integrar o presente feito fiscal”.

Por considerarem infringidos os arts. 78, I, II e III, 72, 73 e 77 do RICMS/PB, as autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 1.613.806,09, ao mesmo tempo em que sugeriram a aplicação da penalidade pecuniária na mesma importância, com

fundamento do art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo essas quantias o crédito tributário no montante de R\$ 3.227.612,18.

Documentos instrutórios constam às fls. 6 a 163: Resumo e demonstrativos dos créditos tributários, Notificação nº 05/2013, respostas através de *e-mails*, informação fiscal, cópia de extrato demonstrativo de fatura, cópia de DAR's, Registro de Apuração do ICMS (com lançamentos dos períodos de setembro a dezembro/2010) e outros documentos).

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal (conforme atesta o comprovante de ciência e entrega da 1ª via do auto infracional, assinado por seu receptor, em 14/10/2013), a autuada apresentou reclamação tempestiva, fazendo-o por intermédio de advogado habilitado nos autos, nos termos dos instrumentos procuratórios, de fls. 167, 218 e 219 (frente e verso), alegando preliminar de nulidade do lançamento dos créditos tributários inexistentes e correspondentes aos créditos especiais de telefonia pré-paga concedidos aos usuários desse sistema de telefonia, e ainda, com relação à glosa dos créditos de ICMS atinentes à aquisição de bens destinados ao ativo permanente.

No mérito, pugna pela improcedência do auto de infração, ao fundamento de que: os créditos de ICMS relacionados à aquisição de bens para o ativo permanente foram aproveitados com absoluta observância à legislação pertinente, e, com relação a esse ponto, sucessivamente, acresce que deve ser reduzido o valor dos débitos em exigência, mediante o reconhecimento dos estornos de crédito realizados pela empresa; com relação à acusação fiscal de crédito indevido, estes, em verdade, são líquidos e certos; em caráter sucessivo, no que tange às penalidades, estas devem ser canceladas em virtude da natureza confiscatória, irrazoável e desproporcional da medida.

Por último, requer que a remessa das intimações para pessoa e endereço indicados ao final da peça reclamatória, de fls. 171 a 213.

Acosta documentos às fls. 215 a 553.

Instadas a se manifestar, as autuantes rechaçam os argumentos sobre a nulidade do lançamento de ofício e, quanto ao mérito, pugnam pela manutenção parcial do auto infracional, alegando, para tanto, que relativamente à apuração que deu lugar à acusação de crédito indevido, incorreram em equívoco na glosa de créditos fiscais relacionados a bens do ativo permanente, quando inicialmente desconsideraram os estornos de créditos realizados no LRAICMS, no período de setembro a dezembro/2010, a título de “Estornos de Créditos CIAP LC 102/2000”, nos valores respetivos de R\$ 1.403,96, R\$ 1423,21, R\$ 1.488,36 e R\$ 1.287,80, e diante desse fato entendem como devida a retificação do lançamento de ofício, mediante a exclusão desses valores, que somam R\$ 5.603,13 de ICMS. Quanto aos créditos tributários referentes à acusação de crédito inexistente, informam que os documentos de fls. 243 a 537, apresentados pela reclamante, efetivamente comprovam o pagamento em duplicidade do ICMS DIFAL, conforme evidenciado na fl. 551, e por esse fato

reelaboraram o demonstrativo correspondente ao DIFAL apropriado no período de setembro/2010 a dezembro/2011, conforme lançamentos no SPED Fiscal. Ao mesmo tempo, mantiveram os valores de crédito inexistente referente ao ICMS DIFAL Antecipado cujo creditamento em duplicidade não se comprovou e, pela mesma razão, os que concernem aos créditos especiais de telefonia pré-paga.

Ao final, apresentam total do crédito tributário corrigido, o qual passou ao valor de R\$ 3.163.100,70, distribuídos em partes iguais de ICMS e multa infracional.

Conclusos os autos à instância prima (fl. 570), onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, após a informação de haver antecedentes fiscais da autuada (fl. 569), porém sem caracterização de recidiva.

Às fls. 573 e 574 e 587, deu-se a juntada de documento mediante o qual as autuantes prestaram informações sobre o Processo nº 0626922007-6, relativo a pedido de restituição de pagamento do ICMS, e acostaram documentação correspondente ao citado processo.

Outra vez remetidos os autos ao julgador fiscal, este requisitou diligência, mediante o despacho exarado às fls. 591 e 592, objetivando a lavratura de termo complementar de infração, aos fundamentos aduzidos na referido despacho.

Efetuada a lavratura do Termo Complementar de Infração, de fl. 593, datado de 18/9/2014, mediante o qual o crédito tributário foi complementado com o valor de R\$ 418.871,08, constituído em partes iguais de ICMS e multa por infração, relativo à acusação de crédito inexistente.

Demonstrativo e informação fiscal foram anexados, às fls.594 e 595.

Cientificada da lavratura da peça complementar de infração, consoante atesta o comprovante de ciência e entrega da 1ª via da respectiva peça adicional, assinado por seu receptor, em 19/9/2014. Na sequência, na data de 26/9/2014, a autuada apresenta requerimento, às fls. 601 a 604, relativo à peça reclamatória, e junta documentos às fls. 606 a 638.

Remetidos para instância preliminar, mediante despacho, de fl. 639, datado de 29/9/2014, a autoridade julgadora decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração, complementado pelo Termo Complementar de Infração, consoante a sentença de fls. 640 a 654, de modo que o crédito tributário passou a se constituir do valor de R\$ 3.635.276,60, distribuído em ICMS e multa infracional.

Com dispensa de recurso hierárquico e, após cientificada da decisão monocrática, consoante atesta o documento de fls. 655, a autuada recorre tempestivamente a esta Corte de Julgamento, mediante a peça recursal de fls. 659 a 713, na qual, inicialmente, faz uma síntese dos fatos e atos processuais, onde ressalta que, após a lavratura do Termo Complementar de Infração, apresentou petição em complemento à impugnação contra o lançamento fiscal originário, trazendo, na oportunidade, novos documentos para corroborar o alegado e cópia correta do auto infracional, em substituição à acostada no momento do protocolo da impugnação.

Acresce que no dia 21/10/2014 apresentou, finalmente, impugnação ao Termo Complementar de Infração, dentro do prazo de 30 dias contados da intimação da lavratura dessa peça complementar, que se deu em 19/9/2014, e, todavia, no dia 31/10/2014 fora intimada sobre a decisão da instância preliminar, a qual, para sua surpresa, havia sido proferida em 13/10/2014, i.e., ainda dentro do prazo para apresentação da impugnação ao referido Termo.

Aduz que, nesse contexto, a autoridade julgadora da primeira instância recebeu a petição datada de 26/9/2014, que fora protocolada em complemento à peça apresentada contra o lançamento inicial, como se fosse a impugnação ao Termo Complementar de Infração, deixando, conseqüentemente, de apreciar a impugnação ao lançamento fiscal complementar, esta, sim, apresentada em 21/10/2014, quando a GEJUP já havia proferido, em 13/10/2014, a decisão recorrida, ou seja, antes do término do prazo defensivo de 30 dias, contados da notificação do citado Termo, em evidente cerceamento do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, e direta violação aos princípios constitucionalmente tutelados (art. 5º, VIV e LV) e ao art. 43, I, da Lei Estadual nº 10.094/2013.

Por essas razões, pugna, em preliminar, pela nulidade da decisão recorrida.

No mérito, alega nulidade na lavratura do Termo Complementar de Infração, ao fundamento de que a referida peça acusatória (a) fora utilizada para finalidade distinta da prevista na legislação de regência e, além disso, (b) decorreria de ato estranho às competências legais reservadas à autoridade julgadora da primeira instância. Sobre estas situações, apresenta as razões de sua discordância.

Quanto à questão de fundo da causa, alega a regularidade dos créditos de ICMS relativos a créditos de telefonia pré-paga, concedidos à sua clientela, os quais foram objeto de pedido de restituição protocolado em 2/8/2007, mediante o Processo nº 0626922007-6, sendo que até à data da interposição deste recurso ainda não havia resposta ao requerimento atinente à referida restituição, de forma que em face da inércia da Fazenda Estadual, após cinco anos sem resposta ao pedido de restituição, a recorrente aproveitou os créditos de ICMS em referência, no período de agosto de 2011, fato que determinou a lavratura do auto de infração em tela, sob a alegação de falta de comprovação do respectivo direito, sem, contudo, terem sido analisadas as alegações e documentos do Processo de Restituição que antecedia o lançamento de ofício.

Nesse contexto, entende que a Fiscalização agiu em total desconformidade com o art. 142 do CTN, visto que não teria cumprido a sua obrigação de apurar a matéria tributável.

No tocante ao aproveitamento de créditos referentes ao ativo permanente alega a existência de erro no critério adotado pela Fiscalização na apuração dos valores registrados a título de saídas que compuseram a base de cálculo do imposto, eis que não corresponderiam ao total das operações tributadas nos períodos de apuração em questão, tendo em vista os fatos que expõe na peça recursal.

No que toca ao aproveitamento dos créditos referentes ao DIFAL Antecipado, os quais a Fiscalização considerou inexistentes em face da falta de amparo documental fiscal hábil, a recorrente defende a exclusão dos valores correspondentes à exação fiscal, ao amparo dos fundamentos que apresenta no recurso.

Relativamente à acusação de crédito inexistente decorrente de estornos de débitos em virtude da postergação do ciclo de faturamento, entende que deve ser afastada a cobrança, ao fundamento de que os estornos de débitos no valor de R\$ 97.794,12, realizados no LRAICMS e referente ao período de apuração de junho/2010, descrito como “Estornos de Débitos – POSTERGAÇÃO DE CICLO DE FATURAMENTO” decorreu de ajustes efetuados na escrita fiscal, sem prejuízo ao Erário.

Noutro seguimento, alega a existência de natureza confiscatória das penalidades aplicadas, por entender que representam expropriação patrimonial.

Ao final, requer:

- preliminarmente, a nulidade da decisão “a quo”, porquanto teria sido proferida sem considerar a impugnação ao Termo Complementar de Infração;

- quanto ao mérito, a nulidade do referido Termo, em face dos fundamentos expedidos na sua exposição de motivos;

- a nulidade do lançamento fiscal originário, no que concerne à glosa dos créditos de ICMS atinentes aos créditos especiais de telefonia pre-paga concedidos a seus clientes, e, ainda, com relação à glosa dos créditos de ICMS referentes à aquisição de bens destinados ao ativo permanente;

- quanto à matéria discutida no auto de infração e complemento, que seja reconhecida a liquidez e certeza dos créditos de ICMS aproveitados;

- o cancelamento das penalidades aplicadas, diante da natureza confiscatória, irrazoável e desproporcional que as grava.

- a realização de sustentação oral e arremessa das intimações para pessoa e endereço indicados que indica ao final da peça recursal.

Junta documentos às fls. 715 a 737.

Na sequência, os autos foram conclusos e remetidos a este Conselho de Recursos Fiscais, onde se deu a juntada de memorial apresentado pela recorrente, às fls. 740 a 743, no qual sintetiza os argumentos oferecidos na peça recursal e noticia que em 26/3/2015 foi intimada da decisão proferida nos autos do Processo de Restituição dos Indébitos de ICMS, permitindo o aproveitamento dos créditos relacionados aos valores de “Crédito Especial”, concedido a seus clientes.

Na oportunidade, também juntou os documentos de fls. 746 a 752.

Após esses fatos, os autos me foram distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Mediante um exame preliminar, requisitei diligência através do despacho de fls. 756 e 752, objetivando o pronunciamento das autuantes sobre a documentação de fls. 740 a 752, no fito de conhecimento e averbação através de parecer.

Em atendimento, as autuantes apresentaram a informação de fls. 761 a 771 e anexaram relatório de eventos do processo, na fl. 760.

Está relatado.

VOTO

A presente querela decorreu da constatação da infração de falta de recolhimento do ICMS, em decorrência (a) da apropriação indevida de créditos do imposto incidente sobre a aquisição de ativo fixo, porquanto não teria sido observada a correta forma de apuração do imposto em cada período, e (b) apropriação de créditos inexistentes, assim considerados em virtude da falta de amparo documental.

De acordo com a nota explicativa, presente no auto de infração, relativamente à primeira irregularidade:

“1) a empresa acima identificada não respeitou a forma de cálculo do coeficiente de creditamento do CIAP fixada no inciso III do art. 78 do RICMS/PB, assim como na Lei Complementar nº 102/2000, uma vez que os normativos referenciados determinam que o coeficiente de creditamento é a relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período;

2) registre-se que as saídas tributadas e as saídas e as saídas totais foram extraídas do Livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS apresentado pela empresa;

3) a empresa utiliza o coeficiente de creditamento igual a um durante o período fiscalizado, conforme anotado no Livro CIAP apresentado; 40 são partes integrantes deste feito fiscal cópias dos livros LRAICMS e CIAP do exercício de 2010”.

No que toca à segunda irregularidade, ainda, segundo a referida nota explicativa:

“Os créditos fiscais autuados compreendem: ICMS DIFAL ANTECIPADO (R\$ 968.678,14), CRÉDITO ESPECIAL (R\$ 259.785,00) e ESTORNOS DE POSTERGAÇÃO DE CICLO DE FATURAMENTO (R\$ 97.794,12), pois até esta data não foram acostados documentos fiscais que lhes deem lastro, caracterizando apropriação de créditos fiscais do ICMS sem amparo de documentação fiscal hábil, por isso considerados inexistentes. A autuada foi chamada através da Notificação 05/2013 a apresentar a documentação comprobatória relativa a tais créditos. Em resposta, apresentou DAR's Avulsos juntamente com planilhas relacionando notas fiscais, afirmando duplicidade do pagamento do ICMS DIFAL ao argumento de que as referidas notas também estariam computadas em faturas emitidas pela SER/PB, igualmente pagas, segundo registros no sistema ATF. Confrontados os documentos disponibilizados, constatamos efetivamente o pagamento em duplicidade do ICMS DIFAL apenas das notas fiscais relacionadas nas planilhas mensais em anexo, cujos valores foram excluídos da presente autuação. A presente exigência fiscal tem como suporte os lançamentos do crédito do imposto nos registros fiscais e apuração do ICMS informados no SPED Fiscal nos itens Demonstrativo dos estornos de Débitos e Demonstrativo dos Outros Créditos, conforme demonstrativos fiscais e elementos probatórios que passam a integrar o presente feito fiscal”.

Tais irregularidades se referem ao período de junho/2010 a dezembro/2011.

Inicialmente, cumpre observar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, via de consequência, impõe-se seu acolhimento.

Passo, pois, à análise da primeira preliminar suscitada na peça recursal.

Nulidade da decisão recorrida

De acordo com a recursante, a decisão singular é manifestamente nula porque apesar de ter analisado a procedência dos créditos tributários lançados no auto de infração e, ainda, os lançados contidos no Termo Complementar de Infração, deixou de apreciar a impugnação que foi apresentada ao referido Termo Complementar, em flagrante violação à legislação estadual e aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como do devido processo legal.

Diante do que, o deslinde da questão reside em verificar, primeiramente, a ocorrência dos fatos alegados pela recorrente e, em segundo, se esses fatos, caso confirmados, configuraram uma prejudicial ao seu direito de defesa, caracterizando-se, pois, como vício processual com reflexos negativos ao deslinde no mérito da causa.

Perscrutando os elementos de constituição dos autos, observa-se que a ciência da lavratura do Termo Complementar de Infração, de fl. 593, ocorreu na data de 19/9/2014, conforme revela o comprovante de ciência e entrega da 1ª via da referida peça acusatória, assinada por seu receptor, na citada data.

Diante do que, a recorrente dispunha do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa ao libelo complementar, cuja contagem teve início a partir do primeiro dia útil seguinte e término igualmente em dia útil, (Aplicação das regras combinadas dos arts. 67 e 19, §§ 1º e 2º, bem como do art. 43, § 1º da Lei Estadual nº 10.094/20013), isto é, considerando que o dia 20/9/2014 era um sábado, dia não útil, a contagem do prazo defensual se iniciou em 22/9/2014, uma segunda feira, dia útil, findando-se em 21/10/2014 (terça feira, dia útil).

Isto considerando, observa-se, ainda, que em 26/9/2014 a recorrente apresentou uma peça de defesa que foi protocolada pela repartição preparadora, como sendo da espécie “Reclamação do Auto de Infração”, e denominada, pela própria defendente, como “complemento à impugnação apresentada em 13/11/2013”, consoante se infere da respectiva etiqueta de apresentação, posta na fl. 600, e nos termos e conteúdo da referida peça, de fls. 601 a 604, que se fez acompanhar da documentação comprobatória, apensada às fls. 606 a 638.

Ato contínuo, em 29/9/2014, a repartição preparadora fez conclusos os autos e determinou sua remessa à primeira instância de julgamento de processos administrativos tributários, mediante o Termo de Conclusão – Com Remessa para a GEJUP”, constante na fl. 639. Dando seguimento à marcha processual, o julgador singular proferiu decisão, em 13/10/2014, conforme sentença de fls. 640 a 654.

A recorrente, ao suscitar a existência do vício processual em análise, não anexou cópia da peça em relação a qual alega ser a efetivamente impugnatória ao Termo Complementar. Todavia, na fl. 760, as autuantes anexam um histórico de eventos da tramitação do processo, o qual noticia que em 21/10/2014 houve a apresentação de impugnação a que se deu arquivamento.

Diante do que, confirma-se os fatos alegados pela recorrente, relativamente à sequência da apresentação das peças processuais acima citadas, inclusive quanto à impugnação ao Termo Complementar de Infração, apresentada na referida data.

Em segundo, resta saber, para o efeito de confirmar a ocorrência do vício processual suscitado, se a peça de impugnação, de fls. 601 a 604, revela-se impugnatória ao auto de infração, e não ao Termo Complementar de Infração, conforme alega a recorrente, que intenta, mediante a juntada dos documentos acima citados, comprovar a assertiva de que a peça impugnatória ao Termo Complementar não é a de fls. 601 a 604, mas, sim, outra peça, cuja apresentação se deu no último dia do prazo para defesa ao referido libelo complementar, o que, a seu ver, caracterizaria cerceamento ao seu direito de defesa devido à falta de exame desta, pela instância preliminar, e acarretaria, por esse fato, a nulidade do respectivo *decisum*.

O processo é o meio pelo qual o indivíduo busca resolver um determinado conflito de interesses. Exterioriza-se pela sucessão ordenada de atos, desde a petição inicial até o ato-fim, que é a sentença. A fim de impedir o prolongamento interminável do processo, a lei estabelece prazos dentro dos quais os atos devem ser praticados.

Com efeito, para que o processo encontre rápida e definitiva solução do litígio deduzido em juízo, torna-se indispensável fixar o tempo dentro do qual se deve realizar os atos processuais. E um dos mecanismos com que o processo conta para implementar o objetivo de eliminar os obstáculos à sua marcha regular e tornar efetivo o ideal de rápida composição do litígio é o instituto da preclusão.

Sob o prisma subjetivo a preclusão caracteriza-se pela perda de uma faculdade processual já esgotada pelo exercício ou não exercitada na devida oportunidade.

Nesse contexto, impõe-se verificar se o ato processual de impugnação ao Termo de Complementar de Infração foi praticado mediante a peça de fls. 601 a 604, apresentada em 26/9/2014, ou se essa peça de fato consistiu num complemento ao auto de infração, como defende a recorrente, para o efeito de aferir se, com essa atividade assim exercida pela recorrente, operou-se a preclusão.

Para os doutrinadores do direito, filiados ao esquema básico que sistematizou esse instituto, ocorre a preclusão consumativa quando a faculdade processual já foi exercida validamente. Essa modalidade preclusiva encontra exemplo no art. 117 do CPC, que prevê a extinção do direito de suscitar conflito de competência para a parte que antes tiver oferecido exceção de incompetência. Essa forma de preclusão “tem o caráter e natureza de fato extintivo” (Frederico Marques, citado por Humberto Theodoro Júnior em “A preclusão no processo civil”, Revista Jurídica nº 273, p. 5). Exemplificando: o réu apresenta a contestação no décimo dia. No dia seguinte, viu que se esqueceu de mencionar um fato e tenta apresentar novamente a contestação.

No âmbito processual administrativo, o autuado apresenta defesa ao auto infracional no décimo dia do prazo legal reservado a essa atividade, todavia, posteriormente, porém antes de findo o prazo legal, ao constatar que deixou de tecer considerações sobre algum fato que considera importante, tenta impugnar novamente o lançamento de ofício. Logicamente, tal ato não poderá ser aceito em virtude da já apresentada defesa anterior. Uma vez praticado o ato processual, este não poderá ser mais oferecido, haja vista ter se operado a preclusão consumativa.

Pelo seu conteúdo, a referida peça não faz qualquer referência ao lançamento complementar, nem ao ato que determinou a sua lavratura. Distintamente, toda a argumentação nela ínsita corresponde unicamente ao lançamento inicial, o que por si só não poderia ser tomado como comprobatório ao argumento recursal não fosse a prova de que a impugnação, de fato, correspondente ao Termo Complementar, havia sido apresentada no último dia do prazo legalmente previsto para o exercício dessa atividade, em 21/10/2014 (art. 43, § 1º c/c o art. 67 da Lei nº 10.094/2013), isto é, no dia 21/10/2014, e que, no entanto, fora arquivada em 19/2/2015. E o que revela o documento de fl. 760, o qual, como justificativa do arquivamento, consigna: “tendo em vista que o contribuinte protocolou recurso voluntário – Documento 0410982014-6”.

Verifica-se, todavia, que a peça recursal acima citada foi apresentada em 2/12/2014, isto é, posteriormente à peça impugnatória arquivada, cuja apresentação se deu em 21/10/2014.

Donde se infere que a impugnação ao Termo Complementar se consumou de fato através da protocolização da peça a que se refere o documento de fl. 760, e que a de fl. 601 a 604 consistiu apenas um complemento ao auto infracional.

Desse modo, conclui-se que pelo arquivamento indevido da peça impugnatória a que se refere o documento de fl. 760, visto que não havia se operado a preclusão consumativa do direito de a

recorrente impugnar o Termo Complementar de Infração, o que foi feito, ao final, no último dia do trintídio legal, mediante a apresentação da peça de fl. 601 a 604, não se operando, também, a preclusão temporal, que consiste na perda de uma faculdade processual pelo não exercício dentro do prazo.

Diante da atividade da repartição preparadora que, ao promover o arquivamento da peça de defesa, a que se refere o documento de fl. 760, impediu a sua apreciação pela instância preliminar, caracterizando-se, por estes fatos, cerceamento do direito de defesa da recorrente, constitucionalmente inculcado, não me restando alternativa senão declarar a nulidade da decisão singular.

Efetivamente, ao concluir os autos à GEJUP, em 29/9/2014, a repartição preparadora fê-lo antes mesmo do término do prazo de 30 dias reservado à apresentação da defesa, o qual se expiraria em 21/10/2014, data em que tempestivamente foi protocolada a defesa a que se refere o documento de fl. 760. As próprias autuantes entenderam a ocorrência da referida falha processual, quando juntaram aos autos a informação fiscal de fls. 761 a 771.

Com efeito, reza o artigo 72 da Lei Estadual nº 10.094/2013 que *“a defesa compreende qualquer manifestação do contribuinte com vistas a, dentro dos princípios legais, mediante processo, impugnar, apresentar recurso ou opor embargos”*.

Desse modo, acolho a preliminar suscitada, visto que a sentença que não apreciou a defesa validamente apresentada contém um vício processual e, por esse fato deve ser declarada nula de pleno direito, para que seja respeitado o direito de defesa da recorrente, mediante apreciação, pelo julgador singular, da impugnação oferecida ao Termo Complementar de Infração.

Tendo em vista o desfecho acima, resta prejudicada a análise das demais preliminares e, conseqüentemente, do mérito da causa.

Com esses fundamentos,

Voto pelo recebimento do **Recurso Voluntário**, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo seu **PROVIMENTO**, para declarar **NULA** a sentença exarada na instância “a quo” que, com dispensa de recurso hierárquico, considerou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001692/2013-73**, lavrado em 11/10/2013, contra a empresa **TIM CELULAR S/A.**, regularmente inscrita no CCICMS estadual sob nº 16.143.665-0, devidamente qualificada nos autos.

Ao mesmo tempo, determino que se faça constar nos autos o documento protocolado sob o nº

037.592.2014-2, e que estes sejam posteriormente remetidos à instância preliminar para preferir nova decisão sobre a causa.

Intimações necessárias devem incluir a remessa para a pessoa e endereço indicados às fls. 743, além das rotineiramente efetuadas.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de janeiro de 2016.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA

Conselheira Relatora