

Processo nº 04/380.176/97  
Acórdão nº 6.670

Sessão do dia 30 de novembro de 2000.

**RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 5.185**

Recorrente: **PENA BRANCA FAST FOOD S.A.**

Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE  
REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Relator: Conselheiro **MAURICIO LAVAL PINA DE SOUSA MUGNAINI**

**ISS – NULIDADE - DESCABIMENTO**

Não caracterizado o prejuízo ao direito de defesa da Recorrente, deve-se afastar a nulidade argüida em preliminar. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

**ISS – DIVERSÕES PÚBLICAS – NÃO  
CONTRIBUINTE**

Serviços de diversões públicas, prestados por firma comercial não contribuinte do imposto sobre serviços, submete a mesma a todas as previsões da Lei nº 691/84 e do Decreto nº 10.514/91, sendo pertinentes a exigência do tributo e as penalidades aplicáveis às infrações. Recurso improvido. Decisão unânime.

**ISS – PENALIDADES – *RETROATIO IN  
MELIUS***

Impõem-se aos casos pendentes a redução da multa e ou a capitulação mais favorável, em face da nova redação dada ao art. 51 da Lei nº 691/84, pela Lei nº 2.715/98. Recurso provido parcialmente. Decisão unânime.

**IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS**

## RELATÓRIO

Adoto o relatório da Douta Representação da Fazenda de fls. 72/73 (parte).

“Trata o presente de Recurso interposto por **PENA BRANCA FAST FOOD S/A** contra a decisão do Senhor Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários que julgou improcedente a impugnação apresentada ao Auto de Infração no 82.201, de 29 de agosto de 1997, mantendo-o com a alteração da penalidade aplicada.

### *DO AUTO DE INFRAÇÃO*

INFRINGÊNCIA: art. 44, da Lei nº 691/84, combinado com o art. 50, inciso VII, ambos da Lei nº 691/84.

PENALIDADE: artigo 51, Inciso I, item 6, alínea "b", da Lei nº 691/84, alterado pela Lei nº 2.715/98.

OCORRÊNCIA: Deixou de recolher, no período de julho/96 a dezembro/96, o ISS devido pela prestação dos serviços de diversões públicas, previstos no inciso LX, item 1, da lista de serviços introduzida pela Lei nº 1.194/87, tributados a 10% (dez por cento), consoante art. 33, inciso II, item 5, da Lei 691/84, com a redação da Lei nº 1.513/89, conforme quadro demonstrativo anexa, parte integrante da notificação fiscal.

Irresignada, a Recorrente alega que os valores apurados no auto de infração têm origem, exclusivamente, na receita de sublocação do imóvel, e como tal estão expressamente registradas em seus livros comerciais, inexistindo relação com operações concernentes a serviços de diversões públicas.

Sustenta que, alugou um terreno, onde construiu um restaurante para produção e comercialização de alimentos e exploração da franquia “Pizza Hut”. Como o terreno é muito grande, sublocou parte dela para a construção e instalação da pista de patinação.

Traz aos autos a inicial do processo em trâmite na 32ª Vara Cível, de ação renovatória, esta contestada pela locadora, em razão de ter a locatária, descumprindo o contrato então celebrado, sublocado o imóvel a terceiros.

Aduz que, a instalação de cinemas, circos ou de quaisquer outras formas de entretenimento, de titularidade de terceiros, localizadas na circunvizinhança da loja da Recorrente não tem o condão de ser considerada como uma extensão de seus negócios, responsabilizando-a pela incidência do ISS nessas atividades.

Quanto a penalidade aplicada, se considerado devido o tributo, entende que a correta seria a prevista pelo art. 51, inciso I, item 2, alínea “a”, da legislação de regência, com multa de 60% (sessenta por cento).

Termina sua peça recursal requerendo o cancelamento do auto de infração e, alternativamente, se outro for o entendimento deste E. Conselho, a redução da penalidade aplicada, de 250% (duzentos e cinqüenta por cento) para 60% (sessenta por cento).

Às fls. 73, em sua promoção a Representação da Fazenda argüi a preliminar de nulidade da decisão de Primeira Instância, e reaberto prazo para impugnação, com base no art. 40, inciso III, do Decreto “N” nº 14.602/96, que declara nulas as decisões proferidas com preterição ou prejuízo do direito de defesa.

No mérito, requer seja dado provimento parcial ao recurso para reduzir a penalidade aplicada, mantendo-se o restante do auto nos termos em que foi lavrado.

É o relatório.

## **V O T O S**

### ***PRELIMINAR DE NULIDADE***

Preliminar de nulidade suscitada pela Representação da Fazenda, em face do agravamento da penalidade sem reabertura de prazo à então impugnante:

REJEITO a preliminar por não ter sido argüida pela Recorrente na defesa de seus interesses, o que por si só demonstra não estar prejudicada no seu direito à ampla defesa. Também, rejeito por economia processual, visto que da nulidade declarada e da reabertura de prazo na instância *a quo*, de nada aproveitará a Recorrente, como se verá no mérito, onde em sintonia integral com a essência do pensamento da Representação da Fazenda revisaremos o agravamento imposto pela autoridade de primeira instância, cancelando-o.

### ***MÉRITO***

Duas são as questões fundamentais: o imposto relativo aos serviços de diversões públicas e a penalidade aplicável ao caso.

No principal, parece-nos conformada a Recorrente pois mesmo em grau de recurso não trouxe aos autos qualquer prova de que sublocava área parcial de suas instalações para a exploração por terceiros (também jamais indicados) de um ringue de patinação. As receitas obtidas com tal operação, lançadas na contabilidade como rendas de sublocação entre os meses de julho de 1996 a dezembro do mesmo ano, por incrível que pareça, variaram mês a mês em somas muito significativas (60 mil reais, 160 mil reais, 80 mil reais, 60 mil reais, 46 mil reais e 40 mil reais), o que não nos parece seja plausível em contratos de sublocação de áreas (terreno pavimentado sem edificação), quer pelos valores, quer pela variação. Tudo a indicar a apropriação contábil das receitas de bilheteria do ringue de patinação.

Insustentável sua defesa de que tratam-se apenas de receitas da sublocação. Correto o auto e a decisão da instância *a quo* pela exigência do ISS sobre diversões públicas, pelo que deve-se NEGAR PROVIMENTO.

Quanto à penalidade aplicável, até aqui os autos registram dois posicionamentos distintos: a) o da autoridade julgadora de primeira instância, propondo penalidade de 250%, cujo enquadramento é o previsto no art. 51, I, 6, “a” da Lei nº 691/84, **por entender que houve omissão de receitas** e b) o da Representação da Fazenda, propondo penalidade de 90%, cujo enquadramento é o previsto no art. 51, I, 5, “a”, **concluindo que a base de cálculo foi apurada a partir de documentos contábeis**, o que é fato. Ademais, é de se destacar que o pleito da Recorrente é no sentido de que prevaleça a penalidade em 60%.

A capitulação que a nobre Representação da Fazenda indica é resultante da redação nova dada pela Lei nº 2.715/98, que não existia à época da lavratura do auto. Tal proposta, vem no sentido de fazer retroagir a norma para atenuar a penalidade, o que é admissível face aos princípios que norteiam o direito tributário.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao presente Recurso Voluntário para que se mantenha a penalidade em 90%, nos termos em que pede a Representação da Fazenda.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **PENA BRANCA FAST FOOD S.A.** e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS.**

Acorda o Conselho de Contribuintes:

1 - Por unanimidade, rejeitar a Preliminar de Nulidade da decisão de Primeira Instância,

suscitada pela Representação da Fazenda, nos termos do voto do Relator;

2 - Por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2000.

**SERGIO LYRIO FIRMO - PRESIDENTE**

**MAURICIO LAVAL PINA DE SOUSA MUGNAINI - RELATOR**