

A. I. Nº - 147794.0015/03-9
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - GISLENE GUSMÃO LIMA
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 30. 03. 04

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-04/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA A TÍTULO DE ESTORNO DE DÉBITO COM BASE EM LIMINAR. Infração caracterizada, já que a liminar foi revogada e denegada a segurança pleiteada pela empresa. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO.** De acordo com a legislação, os perfumes (extrato) e águas de colônias, inclusive as deocolônias, são produtos tributados à alíquota de 27% em operações internas. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/11/2003, exige ICMS no valor de R\$61.818,85, em razão das seguintes irregularidades:

1. Creditou-se indevidamente do imposto no valor de R\$8.411,61, a título de estorno de débito, referente à correta aplicação da alíquota de 27% na comercialização das mercadorias especificadas na alínea “h”, do inciso II, do art. 16, da Lei nº 7014/96, com base na Liminar concedida através do Processo nº 9.645.563/03, a qual foi revogada e denegada a segurança pleiteada em 23/04/2003;
2. Recolheu a menos o imposto no valor de R\$53.407,24, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Segundo a autuante, o contribuinte aplicou alíquota inferior à prevista pela legislação vigente, na comercialização de perfumes, colônias e deocolônias, que determina em seu art. 51-A, II, § 2º, do RICMS ser de 27%.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 41 a 53 dos autos, descreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal e disse ser notória a classificação dos produtos comercializados como desodorantes (tributados a alíquota de 17%), não só porque expressamente previsto em lei, como também em decorrência de atos individuais e concretos emanados do Ministério da Saúde, por meio da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária.

Em seguida, descreveu o seu perfil e disse que, para realizar a sua atividade econômica, celebrou contrato de franquia com a empresa Botica Comercial Farmacêutica Ltda., detentora da marca “O Boticário”, através da qual se obriga a comercializar, com exclusividade, os produtos de higiene pessoal, perfumes, cosméticos e outros fabricados pela citada empresa.

Salienta ser do conhecimento dos autuantes, que cada produto comercializado, é identificado em razão de sua natureza e especificidade, mediante um código atribuído pela empresa fabricante e utilizado pela defendente no momento da emissão da nota fiscal de venda a varejo, cujas operações tanto na aquisição quanto na venda encontram-se registradas nos seus livros contábeis e fiscais.

Esclarece que a citada identificação é resultado da composição química do produto, declarada pela empresa fabricante à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que concede o registro ao respectivo produto praticando ato administrativo individual e concreto, que resulta em sua classificação como produto de higiene, perfume, cosmético, etc.

Às fls. 43 e 44, o autuado discorreu sobre a natureza dos produtos e sua classificação, bem como transcreveu declaração de autoria da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Cosméticos, órgão componente da estrutura do Ministério da Saúde, que ao atender solicitação de interessado, reenquadrou os produtos elencados à fl. 44, como sendo produtos de higiene.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado disse que para aplicar corretamente a legislação tributária estadual às operações de circulação de mercadorias realizadas pela empresa, formulou o Processo de Consulta nº 703.061/96, ao Departamento de Administração Tributária da SEFAZ, cuja resposta foi dada através do Parecer GECOT nº 1909/98, oportunidade em que transcreveu o seu teor.

Esclarece que, apesar da conclusão sintetizada na ementa acima transcrita aparentemente ratificar a legalidade do ato apontado coator, cumpre destacar interessante passagem do referido parecer, em que o próprio Estado da Bahia reconhece que a natureza de um produto é determinada não pelo simples nome a ele atribuído, mas por seu registro no órgão competente, e que não se dispôs de competência legal para, a partir da composição química dos produtos, apontar a sua classificação na NBM/SH e que, portanto, o produto que a autuada está chamando de deocolônia (perfume), pode não o ser, oportunidade em que transcreveu parte do entendimento exarado pelo parecerista.

Argumenta que o registro de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos de higiene, cosméticos, perfumes, entre outros, é da competência da Agência de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (e não do Fisco), conforme previsto na Lei nº 6360/76, em seus artigos 1º e 2º, cujos teores transcreveu, em apoio ao seu argumento.

De acordo com o autuado, o mesmo diploma legal acima citado, ao estabelecer as definições dos vocábulos adotados, determina claramente a distinção entre os produtos de higiene (neles incluídos os desodorantes), e os perfumes, oportunidade em que transcreveu o teor do seu art. 3º e de seus incisos III e IV. Frisa que o Decreto nº 79.094/77, que regulamentou a Lei nº 6360/76, como não poderia deixar de ser, limita-se a especificar o conteúdo do comando legal, ratificando no que diz respeito ao caso ora examinado, a classificação dos desodorantes como produto de higiene e detalhando a sua conceituação nos termos do art. 49, I, “b”. Diz, com base no referido dispositivo, que o critério legal a ser utilizado para definir os desodorantes em geral, é o fato de se destinarem ao combate dos odores da transpiração, sendo irrelevantes sua coloração, embalagem e o fato de serem perfumados ou não. Cita o teor da Resolução nº 79, do Diretor da Agência de Vigilância Sanitária.

Assevera que a Agência de Vigilância Sanitária somente autoriza o registro e o fabrico de determinado produto como desodorante, quando entra em sua composição química uma substância bactericida, destinada justamente a combater os odores da transpiração, como é o caso das Deo-Colônias Tuareg e Floratta e dos desodorantes corporais, em que se verifica a existência da substância ativa TRICLOSAN, o que motivou a sua classificação como desodorante, conforme documentos anexos.

À fl. 51, o autuado transcreveu parte do voto proferido pelo relator do Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda, em um processo que figura como recorrente a Botica Comercial Farmacêutica Ltda., fabricante dos produtos comercializados pela empresa.

Ao finalizar, disse que diante do acima exposto, constata-se que as Deo-Colônias e os desodorantes corporais comercializados pela empresa estão classificados na posição NBM/SH 3307.20.0100, referente a desodorantes corporais, cujas operações de circulação dos referidos produtos à tributação pelo ICMS é a alíquota de 17% e não de 25% como se perfumes fossem, como pretende a autuação, pelo que espera do Eg. Conselho o reconhecimento do seu direito.

A autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 78 dos autos, após transcrever os termos da acusação fiscal, disse que a defesa apresentada, em síntese, aduz que todos os produtos comercializados pela empresa enquadram-se na categoria de “Produtos de Higiene”.

Em seguida, afirmou que o procedimento fiscal está totalmente embasado no que determina o RICMS vigente e corroborado pela decisão proferida nos Autos nº 9.645.563/2003 (fls. 18/22), a qual revogou a liminar e negou a segurança pleiteada pelo autuado.

Segundo a autuante, o procedimento do autuado em que afirma que os produtos por ele comercializados são todos enquadrados na categoria de “produtos de higiene”, vai de encontro à forma como os mesmos são apresentados no mercado, visto que no seu Catálogo de Produtos, publicado no seu “SITE” na INTERNET, consta a propaganda e comercialização de perfumes masculino, feminino e infantil, com apresentação de embalagens e preços bem diferenciados do praticado para o produto desodorante (ver fls. 25/38)

Quanto à alegação do autuado a respeito do produto “Florata” (fl. 50), diz que o mesmo se encontra publicado no seu SITE como perfume, oportunidade em que transcreveu parte do relatório de autoria de juiz que indica, além de citar o art. 51, II, “h”, do RICMS vigente.

Ao concluir, disse que, por se achar a autuação corretamente fundamentada, deve o Conselho de Fazenda Estadual decretar a sua procedência.

VOTO

O fundamento da autuação foi em razão do autuado haver utilizado crédito fiscal indevido, a título de estorno de crédito (infração 1) e do recolhimento a menos do imposto, em razão de aplicação incorreta da alíquota de 17% ao invés de 27% (infração 2).

Ao se defender das acusações, o autuado alegou que as deocolônias e os desodorantes corporais comercializados pela empresa estão classificados na posição NBM/SH 3307, como produtos de higiene e limpeza, cujas operações são tributadas a alíquota de 17% e não de 25%, como se fossem perfumes, o que não concordo. É que conforme salientou a autuante em sua informação fiscal, os produtos acima e constantes no SITE do autuado na INTERNET, são classificados como perfumes, os quais são acondicionados em embalagens especiais e preços de comercialização bem diferenciado do praticado para o produto desodorante.

De acordo com o art. 51, II, “h”, do RICMS/97 a alíquota prevista para perfumes é de 25%, para colônia e deocolônias, independentemente do produto conter insumo adicional na sua formulação.

Ressalto que sobre a matéria reiteradas decisões deste CONSEF, já firmaram entendimento de ser correta a aplicação da alíquota de 27%, para as operações realizadas pelo autuado, bem como, na esfera judicial, onde foi revogada a liminar antes concedida e negada a segurança pleiteada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 147794.0015/03-9**, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.818,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR