

A. I. Nº - 147794.0016/03-5
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - GISLENE GUSMÃO LIMA
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 30. 04. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-04/04

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 (extratos) 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 29/12/2003, exige ICMS no valor de R\$ 19.826,94, em razão das seguintes irregularidades:

1. Creditou-se indevidamente do imposto no valor de R\$ 1.594,38, 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\$ 18.232,56, 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 apresentou defesa tempestiva, fls. 47 a 59, afirmando que é 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. Explicou que, para realizar a sua atividade econômica, celebrou contrato de franquia com a empresa Botica Comercial Farmacêutica Ltda., detentora da marca “O Boticário”, através do qual se obriga a comercializar, com exclusividade, os produtos de higiene pessoal, perfumes, cosméticos e outros fabricados pela citada empresa.

Salienta que cada produto comercializado é identificado em razão de sua natureza e especificidade, mediante um código atribuído pela fabricante e utilizado pelo autuado na emissão da nota fiscal de venda a varejo, cujas operações de aquisição e de venda encontram-se registradas nos seus livros contábeis e fiscais. Esclarece que a citada identificação é resultado da composição química do produto, declarada pela fabricante à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que concede o registro ao respectivo produto praticando ato administrativo individual e concreto, o qual resulta em sua classificação como produto de higiene, perfume, cosmético, etc. Às fls. 49 e 50, discorreu sobre a natureza dos produtos e sua classificação, bem como transcreveu declaração de

autoria da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Cosméticos, que reenquadrou os produtos elencados à fl. 50, como sendo 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, e transcreveu a ementa. Diz que, apesar da conclusão sintetizada na ementa aparentemente ratificar a legalidade do ato apontado coator, cumpre destacar 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 dispõe de competência legal para, a partir da composição química dos produtos, apontar a sua classificação na NBM/SH e que, portanto, o produto que o autuado 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. Diz que esse mesmo diploma legal, ao estabelecer as definições dos vocábulos adotados, determina a distinção entre os produtos de higiene (neles incluídos os desodorantes) e os perfumes, oportunidade em que transcreveu o teor do seu art. 3º, III e IV.

Frisa que o Decreto nº 79.094/77, que regulamentou a Lei nº 6360/76, 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 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. 57, 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 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 são tributadas pelo ICMS à alíquota de 17%, e não de 25%, como se fossem perfumes, pelo que espera deste Conselho o reconhecimento do seu direito.

Na informação fiscal, fl. 84, a autuante, 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 embasado no que determina o RICMS vigente e corroborado pela decisão proferida nos Autos nº 9.645.563/2003 (fls. 23/27), a qual revogou a liminar e negou a segurança pleiteada.

Segundo a autuante, a afirmação defensiva de que todos os produtos comercializados pelo autuado estão enquadrados na categoria de “produtos de higiene” vai de encontro à forma como os mesmos são

apresentados no mercado, visto que no Catálogo de Produtos do defendente, 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. 30/44)

Quanto à alegação do autuado a respeito do produto “Florata” (fl. 56), 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-BA/97.

Ao finalizar, a autuante solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata o presente lançamento da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, 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.

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.

Dessa forma, quanto à infração 1, não assiste razão ao autuado, pois a liminar que embasou a utilização do crédito fiscal foi revogada e denegada a segurança pleiteada pelo sujeito passivo.

Relativamente à infração 2, também não assiste razão ao autuado, pois 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, além do percentual de 2% destinado ao Fundo de Combate à Pobreza.

Por fim, saliento que o dispositivo correto para a multa indicada pela autuante na infração 1, é o inciso VII, “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima 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 147794.0016/03-5, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 19.826,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e “f” da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR