

A. I. Nº - 147794.0009/03-9
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - GISLENE GUSMAO LIMA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05/10/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0295-05/06

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias, são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DAS ENTRADAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado, em 29/12/2003, para cobrar o imposto no valor de R\$24.072,78 acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização, no mês de janeiro de 2003, de crédito fiscal a título de estorno de débito, referente a correta aplicação da alíquota de 27% na comercialização das mercadorias especificadas na alínea "h" do Inciso II do art. 16 da Lei 7.014/96, com base na Liminar concedida (Processo nº 9.645.563/03), que foi revogada e denegada a Segurança pleiteada, em 23/4/2003 – R\$1.906,21;
2. Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O Contribuinte aplicou alíquota inferior à determinada pela legislação vigente na comercialização de perfumes, colônias e deocolônias, conforme determina o art. 51-A, II, § 2º, do RICMS e o art. 16, da Lei 7.014/96. Os valores de ICMS a recolher foram apurados após exames dos Arquivos Magnéticos apresentados a SEFAZ, via Internet - Validador Versão 4.0.5 - Registros 60Rx75 (fevereiro a setembro de 2003) – R\$R\$22.166,57.

O autuado, por advogado, impugnou o lançamento fiscal (fls. 42/52). Apresentou-se como pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de quotas de responsabilidade limitada, tendo por objeto social o comércio varejista de produtos, inclusive as "Deocolônias" e os "Desodorantes Corporais" em lide, produzidos por indústria situada no Estado do Paraná e que realiza a subsequente operação de venda a varejo no Estado da Bahia. Para tal, 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.

Neste contexto, cada produto comercializado é identificado em razão de sua natureza e especificidade (aromática, cromática ou outra qualquer), mediante um código atribuído pela empresa fabricante e mantido pela empresa autuada no momento da emissão da nota fiscal de venda a varejo. Assim, tanto a aquisição quanto a venda de cada produto encontram-se meticulosamente registradas nos livros contábeis e fiscais.

Ressaltou que a citada identificação resultava 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. Neste sentido trouxe aos autos explicações da empresa fabricante de que as “deocolônias” e os “desodorantes colônias” referem-se à mesma classe de produtos, sendo produtos de perfumaria nos quais se encontra presente um agente com ação desodorante, que os diferenciam das “colônias”, pois nelas inexistente. Neste sentido também anexou cópia de Declaração da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Cosméticos, órgão componente da estrutura da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, onde consta que as “deocolônias” O BOTICÁRIO, registradas naquela Divisão, segundo os requisitos da Lei 6360/76 e do Decreto 79094/77 que a regulamenta, estão classificadas como produtos de higiene.

Mesmo com todos estes fatos, o Estado da Bahia, desde a entrada em vigor do Decreto nº 2.460/89, que regulamentou a lei que instituiu o ICMS no Estado (Lei nº 4.825/89), vem, de forma inexplicável, tributando os referidos produtos como se perfumes fossem. Neste sentido já havia formulado consulta (Processo nº 703.061/96) ao Departamento de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo obtido da Gerência de Orientação de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação daquele órgão a resposta apresentada mediante o Parecer GECOT nº 1.909/98, a resposta de que as “águas-de-colônia, incluídas as deo-colônias, são tributados pela alíquota de 25%, nas operações internas, bem como em outras operações a ela equiparadas, excetuando-se a essa regra a lavanda.” No entanto, apesar desta conclusão, destacou, como 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 dispõe de competência legal para, a partir da composição química dos produtos, indicar a sua classificação na NBM/SH.

Afirmou que no sistema de direito positivo vigente no Brasil, o registro de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos de higiene, cosméticos, perfumes, entre outros é de competência da Agência de Vigilância Sanitária do Ministério de Saúde e não do fisco, conforme expressa a Lei nº 6.360, de 23/9/76, cujos art. 1º e 2º transcreveu. E esta mesma lei estabelece claramente a distinção entre os produtos de higiene (neles incluídos os desodorantes) e os perfumes (art. 3º). Por seu turno, o Decreto nº 79.094/77, que regulamentou a citada lei, no seu art. 49, I, “e” ao especificar o conteúdo do comando legal, ratificou a definição do que seja desodorante, ou seja, “destinados a combater os odores da transpiração, podendo ser coloridos e perfumados, apresentados em formas e veículos apropriados”. A Resolução RDC nº 79, de 28/8/2000, do Diretor Presidente da Agência de Vigilância Sanitária não deixava qualquer dúvida quanto à irrelevância da presença de aroma na composição química do produto para sua classificação como produto de higiene, quando, em seu Anexo I, expressamente inclui as denominadas deocolônias nessa categoria.

Informou que para a autorização do registro e fabrico de determinado produto como desodorante, a Agência de Vigilância Sanitária determina que na sua composição química esteja presente uma substância bactericida, destinada a combater os odores da transpiração, caso das deocolônias e dos desodorantes corporais comercializadas pela empresa. Citou como exemplos as deocolônias Tuareg e Floratta, onde se verificava, através dos seus registros (cópias anexadas), a existência da substância ativa denominada de TRICLOSAN, o que motivou sua classificação como desodorante.

Por fim, em relação à classificação das deocolônias e desodorantes corporais em consonância com a Nomenclatura Básica de Mercadorias – Sistema Harmonizado (NBM/SH), não restava dúvida que elas ocupam a posição NBM/SH 3307, mais precisamente, a posição NBM/SH 3307.20.0100, utilizada para designar os produtos de higiene e limpeza e não perfumes, como foi inclusive decidido pelo Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda, nos autos do Processo nº 10.980.016.019/85-61, mediante o Acórdão nº 201-66.571, em que figura como Recorrente a Botica Comercial Farmacêutica Ltda (cópia anexada).

Solicitou a apreciação deste Colegiado com julgamento a si favorável e, em caso contrário,

demandaria no judiciário para fazer valer o reconhecimento do seu direito.

A autuante prestou informação (fl. 58) afirmando que o procedimento fiscal estava embasado no que determina o RICMS/97, corroborado pela decisão proferida nos Autos nº 9.645.563/2003 (fls. 24/28) que revogou a liminar e negou a segurança pleiteada pelo impugnante.

Ressaltou que o procedimento do autuado em afirmar que os produtos por ele comercializados estão todos enquadrados na categoria de "produtos de higiene" era contrário à forma como os mesmos são apresentados no mercado, visto que em seu Catálogo de Produtos, publicado no Site <http://www.boticário.com>, a propaganda e comercialização de perfumes masculinos, feminino e infantil, com apresentação de embalagens e preço de comercialização são bem diferenciados do praticado para o produto desodorante (fls. 29/39). Tomado como exemplo o mesmo que apresentou o impugnante, observou que o produto "Floratta" (fl. 51) encontra-se publicado no seu Site como perfume, e, ainda, na Linha Floratta, existem o desodorante spray e a emulsão corporal. Perguntou se deocolônias e desodorantes corporais, de acordo com declaração da defesa, contém agente com ação desodorante (triclosan), porque dentro da mesma linha de produto existia o "desodorante spray"?

Continuando com seu contra arrazoado, observou que no site da empresa, ela assim se expressa: "Basicamente, o que difere a deo-colônia, a colônia e o perfume é o grau de concentração da essência ...", já o produto de higiene não possui a obrigatoriedade de concentração de essência, podendo, inclusive, ser isento de fragrância.

Transcrevendo trechos do voto do Dr. Juiz da Nona Vara da Fazenda Pública que denegou o pedido do autuado, e que o art. 51, II, "h" do RICMS/97 não indica a possibilidade de tributação diferenciada baseada no uso de algum insumo, e sim pela destinação de uso explicitado pelo fabricante, citando os produtos como perfumes e não como desodorantes corporais simples e antiperspirantes, ratificou o procedimento fiscal.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em março de 2004, baixou os autos em diligência objetivando a emissão de parecer técnico por auditor especializado sobre a questão dos "desodorantes colônias" (fl. 60).

Em 25/2/2006 (fl. 63) o Supervisor da antiga Inspetoria do Bonocô encaminhou os autos à SAT/DAT/Metro para que a autuante realizasse a diligência solicitada (fl. 63).

A autuante manifestando-se (fl. 64) observou que o impugnante queria fazer crer que as deocolônias, apresentadas "em artísticas embalagens, utilizado em geral, no colo, pulso, atrás da orelha e na dobra dos joelhos, conforme indicação da própria autuada, comercializados, em geral a preços superiores a R\$50,00, é o mesmo produto - desodorante corporais simples e antiperspirantes (NBM/SH 3307.30.00), destinado a combater os odores da transpiração -, utilizado basicamente na região das axilas, cujo preço fica em tomo de R\$12,00 a R\$17,00".

Em seguida, disse entender que a questão requeria análise do órgão federal competente para emitir laudo acerca da composição química, utilização no corpo humano e sua real posição na tabela de classificação fiscal do IPI (NCM/SH), bem como, a sua inclusão ou não no art. 51, II, "h", do RICMS/97.

Entendendo não ser de sua competência emitir parecer técnico sobre a matéria, manteve a ação fiscal.

VOTO

Observo, inicialmente, que as duas infrações indicadas no Auto de Infração embora de naturezas diversas foram apuradas pela mesma situação existente, ou seja, a aplicação da alíquota de 25% sobre os produtos comercializados pelo impugnante. Desta forma podem ser analisadas em conjunto, o que faço.

O fato gerador das irregularidades em discussão tem larga discussão neste Conselho de Fazenda e a ação fiscal foi desenvolvida após ter sido denegado o pedido do impugnante, através de Mandado de Segurança impetrado na 9ª Vara da Fazenda Pública, para que o fisco estadual se abstivesse de cobrar o ICMS sobre as operações de vendas das deocolônias e desodorantes colônias da marca “O Boticário” (Autos nº 9.645.563/2003)

Observo, ainda, que as mercadorias autuadas foram: águas-de-colônia e deocolônias. Todas ditas indicadas nas notas fiscais com o código NBM/SH na posição 3307.20.0100 e 3303.20.00200, conforme relação elaborada pela autuante, já que assim descritas nos arquivos magnéticos apresentados pela empresa ao fisco.

A defesa se pauta de que as mercadorias autuadas não poderiam ser classificadas como “perfumes” e sim como “desodorantes”, pois possuem substâncias antiperspirantes e bactericidas. Portanto, sua classificação é a de higiene pessoal, conforme expressa a disposição da Lei nº 6.360, de 23/9/76, que estabelece claramente a distinção entre os produtos de higiene (neles incluídos os desodorantes) e os perfumes. Trouxe ainda, as disposições contidas no Decreto nº 79.094/77 (regulamentador da citada lei) e a Resolução RDC nº 79, de 28/8/2000, do Diretor Presidente da Agência de Vigilância Sanitária que, disse, não deixava qualquer dúvida quanto à irrelevância da presença de aroma na composição química do produto para sua classificação como produto de higiene.

Em 2004, determinei diligência para que setor especializado desta Secretaria de Fazenda opinasse sobre a questão. Após mais de dois anos passados, a solicitação deste Colegiado não foi atendida pela Inspetoria já que encaminhou os autos à autuante para cumprir a diligência. Entretanto, como tenho posição firmada sobre a questão, diante das várias informações que já obtive sobre o assunto ao longo destes anos, desconsidero o pedido formulado, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 e passo ao mérito da lide.

Não me atenho à norma tributária vigente antes do exercício de 2003, pois aqui não deve ser argüida, já que os fatos neste ano acorreram.

Neste sentido, determina a Lei nº 7.014/96:

Art. 15. *As alíquotas do ICMS são as seguintes:*

I - 17% (dezessete por cento):

.....

Art. 16. *Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

.....

h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;

Art. 16-A. *Durante o período de 1º de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados no inciso II e IV do artigo anterior, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.*

O RICMS/97, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos (art. 51, II, "h"), indicando a NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 para perfumes, águas-de-colônia e deocolônias, nomenclatura esta utilizada pelo autuado e não a aquela de nº NBM/SH 3307.20.0100, como afirmou em sua defesa.

Diante da norma tributária vigente, sobre as deocolônias deve se aplicada a alíquota de 25%, mais

o percentual de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza. Esta foi, inclusive, a resposta dada ao impugnante quando realizou consulta a esta Secretaria da Fazenda (Parecer GECOT nº 1.909/98) que o defendente citou.

Ressalto que tal definição teve por base a própria Lei nº 6.360, de 23/9/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária e os produtos a ela sujeitos, ao definir perfumes e desodorantes, os diferenciando, textualmente:

Art. 3º -

III – Produtos de Higiene: Produtos para uso externo, antissépticos ou não, destinados ao asseio ou à desinfecção corporal (grifo), compreendendo os sabonetes, xampus, dentifrícios, enxaguatórios bucais, antiperspirantes, desodorantes, produtos para barbear e após barbear, estípticos e outros;

IV – Perfumes; Produtos de composição aromática (grifo) obtida à base de substâncias naturais ou sintéticas, que, em concentrações e veículos apropriados, tenham como principal finalidade a odorização de pessoas ou ambientes, incluídos os extratos, as águas perfumadas, os perfumes cremosos, preparados para banho e os odorizadores de ambiente, apresentados em forma líquida, geleificada, pastosa ou sólida;"

Esta definição foi repetida no Decreto nº 79.094 de 5/1/1977, em seu artigo 3º, que regulamentou a citada lei. Com estas transcrições, de fato, produtos de higiene pessoal, conforme dito pelo impugnante, necessariamente, não precisam ter em sua composição aromas, mas, os perfumes, em todas as suas classificações, sim e estes, é o que estão em lide.

E, para sanar qualquer dúvida que tive a respeito do rótulo das embalagens que diferenciam “deocolônias” e “desodorantes colônias” (e não “desodorantes corporais”, como disse o impugnante, pois este produto se diferencia daquele), analisei os documentos anexados aos processo pela autuante do site da O Boticário (fls. 29/39) e, realizei uma pesquisa no site (www.oboticario.com.br), deparando-me com a confirmação de tudo exposto, ou seja, todos os produtos autuados são apresentados e vendidos ao consumidor como perfumes. Na linha para crianças, inclusive bebê, não existe qualquer desodorante para esta faixa de idade. Todos os produtos autuados são rotulados como “colônias”. Na linha de mulheres, somente para ficar nela, pesquisando na página “universo boticário - perfumaria” que se diferencia da página dos desodorantes, encontro, e somente como exemplo, os seguintes produtos autuados e, inclusive, um deles citado pela defesa: Floratta in Blue 110 ml com o seguinte comentário: *Floratta in Blue é uma fragrância fresca e suave com notas transparentes que transmitem sensação de conforto e leveza. Floratta foi inspirada nas mulheres que buscam a qualidade de vida, valorizando principalmente o seu bem-estar e os momentos descontraídos e alegres. Apreciam perfumes frescos e confortáveis* (grifo) e procuram interpretar com sensibilidade o que a vida naturalmente lhes oferece. Para o Acqua Fresca 110 ml: “Acqua Fresca possui uma fragrância cítrica que combina suavidade e frescor, proporcionando uma agradável sensação de bem-estar o dia todo. Suas notas lembram folhas recém-cortadas, transmitindo esportividade e descontração. O frescor de Acqua Fresca lembra uma agradável manhã de primavera. **Acqua Fresca é um clássico da perfumaria brasileira** (grifo), uma fragrância criada por O Boticário para mulheres dinâmicas e extrovertidas”. E, neste sentido apresenta toda a sua linha de perfumes, que sempre está rotulada como desodorante colônia.

Além do mais, embora possa ter na sua composição uma substância bactericida (em proporção menor que nos desodorantes), não possui substância antiperspirantes, própria, essencial e fundamental, daqueles.

Desta forma, entendo que os produtos autuados não poderiam estar na posição NCM 3307.20.10, como pretende o autuado, pois não são “desodorantes corporais e antiperspirantes - líquidos”, já que sua finalidade principal é a odorização de pessoas.

Por fim, quanto a cópia de decisão do Segundo Conselho de Contribuintes da DRF de Curitiba, exarado em 1990, trazida aos autos pela defesa, é decisão singular.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147794.0009/03-9**, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMETICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.072,78**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, inciso II, “a” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR