

PROCESSO - A.I. Nº 147794.0014/03-2
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0163-03-04
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 29.07.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0183-12/04

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO FISCAL. Exigência subsistente, após revogação da Liminar que concedia tal direito. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/12/03, exige o ICMS no valor de R\$ 741,10, relativo ao exercício de 2003, em razão do contribuinte utilizar-se, no mês de janeiro, de crédito fiscal no referido valor, 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 n.º 7.014/96, com base na Liminar concedida – Processo n.º 9.645.563/03, a qual foi revogada e denegada a Segurança pleiteada, em 23 de abril de 2003.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta impugnação, às fls. 19 a 31 do PAF, onde aduz que a presente exigência do ICMS incide sobre a comercialização de “Deo-Colônias” e Desodorantes Corporais, da marca Boticário, a uma alíquota de 25%, como se perfumes fossem, quando é notória a classificação dos citados produtos como desodorantes (tributados a uma alíquota de 17%), não somente 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 passa a tecer o perfil do autuado, citando seu objeto social de comércio varejista de perfumaria e cosméticos em geral, o qual celebrou contrato de franquia com a empresa “O Boticário”, no qual se obriga a comercializar, com exclusividade, seus produtos. Diz que cada produto comercializado é identificado em razão de sua natureza e especificidade, mediante um código atribuído pelo fabricante, e que cada identificação é resultado da composição química do produto, declarado pelo fabricante à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, responsável pela concessão do registro, que resulta em sua classificação como produto de higiene, perfume, cosmético, etc. Assim, o responsável técnico do fabricante afirma que...

*“As denominações **DEO-COLÔNIA** e **DESODORANTE-COLÔNIA** referem-se à mesma classe de produtos, sendo produtos de perfumaria nos quais se encontra presente um agente com ação desodorante, que é o fator de diferenciação em relação às COLÔNIAS.”*

Conclui que, respaldado na declaração da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Cosméticos as “DEO-COLÔNIAS O BOTICÁRIO”, segundo os requisitos da Lei nº 6360/76 e do Decreto nº 79094/77 que a regulamenta, estão classificadas como PRODUTO DE HIGIENE.

Diz ainda, que, inobstante a notória e antiga certeza quanto à natureza dos produtos “Deo-Colônias” e Desodorantes Corporais, inquestionavelmente classificados como produtos de higiene (desodorantes), o Estado da Bahia – desde a entrada em vigor do Decreto n.º 2.460/89, que

regulamentou a lei que instituiu o ICMS no Estado (Lei n.º 4.825/89) – vem, de forma inexplicável, tentando tributar os referidos produtos como se perfumes fossem. Cita processo de consulta à SEFAZ de n.º 703.061/96, cuja resposta através do Parecer GECOT de n.º 1.909/98 é no sentido de...

“ICMS. Alíquota. Perfumes (extrato) e 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”.

Destaca 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 deo-colônia (perfume), pode não o ser.

Defende que a competência de tal classificação é da citada Agência de Vigilância Sanitária do Ministério de Saúde e não do Fisco, conforme a citada Lei n.º 6.360/76, a qual registrou tais produtos na categoria de Produtos de Higiene, no sub-item Desodorante, o que se pode constatar mediante consulta ao endereço eletrônico **www.anvisa.gov.br**.

Finalmente, quanto à Nomenclatura Básica de Mercadorias – Sistema Harmonizado (NBM/SH), tais produtos ocupam a posição “3307”, utilizada para designar os produtos de higiene e limpeza, como foi inclusive decidido pelo Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda, nos autos do Processo nº 10.980.016.019/85-61, mediante Acórdão nº 201-66.571.

Assim, diante do exposto, entende que por serem tais produtos de higiene e limpeza, estão sujeitos à tributação pelo ICMS a uma alíquota de 17% e não de 25%, como se perfumes fossem, como pretende a autuação. Anexa documentos às fls. 33 a 52 dos autos, visando comprovar suas alegações.

A autuante, em sua informação, à fl. 55 do PAF, diz que o Auto de Infração objetiva a exigência do ICMS calculado à alíquota prevista no art. 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS vigente. Afirma que o procedimento fiscal está totalmente embasado no que determina o RICMS, corroborado pela Decisão proferida nos Autos nº 9.645.563/2003 (fls. 19 a 23) que revogou a liminar e negou a segurança pelo autuado.

Ressalta que a afirmação do contribuinte de que se trata de produtos de higiene, vai de encontro à forma como os mesmos são apresentados no mercado, visto que em seu catálogo de produtos, publicados no site **www.boticario.com**, temos a propaganda e comercialização de PERFUMES, com apresentação de embalagens e preço de comercialização bem diferenciado do praticado para o produto DESODORANTE (fls. 14 a 17).

Destaca que, de acordo com o informe no site do autuado *“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.

Por fim, cita Relatório da Decisão judicial, dispositivos legais e pede a procedência da exigência.

A JJF, em face da controvérsia, deliberou converter o PAF em diligência à DITRI para que aquele órgão emitisse Parecer sobre qual seria a alíquota a ser aplicada sobre as operações de saídas de Deo-Colônias e Desodorantes Corporais realizadas pelo autuado, para o cálculo do ICMS devido.

A Diretoria de Tributação (DITRI), por meio da Gerência de Consulta e Orientação Tributária (GECOT), emitiu o Parecer acostado às fls. 61 a 64, o qual foi ratificado pelo seu Gerente, nos seguintes termos:

Em resposta à diligência solicitada pelo CONSEF nos autos do processo em epígrafe, e relativo ao entendimento desta Diretoria de Tributação no tocante à alíquota aplicável às operações de comercialização de deocolônias, informamos que esta matéria já foi objeto de diversos Pareceres exarados pela GECOT - Gerência de Consulta e Orientação Tributária, sempre no sentido de que as referidas mercadorias sujeitam-se à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista as disposições contidas no art. 51, inciso II, “h”, do RICMS/BA, bem como na Portaria nº 1.161/89, do Secretário da Fazenda.

Da mesma forma, cumpre-nos ressaltar que o entendimento desta Diretoria de Tributação encontra respaldo em reiteradas decisões da Divisão de Nomenclatura e Classificação de Mercadorias da Coordenação do Sistema de Tributação do Ministério da Fazenda – órgão competente para dirimir dúvidas quanto à correta classificação de mercadorias na NBM/SH – as quais vêm enquadrando as deocolônias na posição 3303 (perfumes e águas de colônia).

Entendemos necessário ressaltar, por fim, que caso a empresa autuada entenda que os seus produtos estão sendo denominados equivocadamente de deocolônias, quando na verdade se tratam de desodorantes corporais, classificados na posição 3307 da NBM/SH, sugerimos que a mesma seja orientada a formular consulta junto à Divisão de Nomenclatura do Ministério da Fazenda, acima referida, visto que esta Diretoria de Tributação não possui conhecimento técnico nem competência legal para apontar a classificação do produto na NBM/SH a partir de sua composição química. Com efeito, o que nos cabe informar é que, tratando-se efetivamente de deocolônias, a alíquota aplicável será a de 25% (mais 2%, a partir de 01/01/2002 a 31/12/2010, destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza).

A Gerência de Consulta e Orientação Tributária juntou, às fls. 65 a 69, cópias dos seguintes documentos:

1. o Parecer GECOT nº 727, exarado em 13/03/01 em resposta a uma consulta formulada por um dos estabelecimentos do autuado, concluindo que “*perfumes sob a forma de extrato, bem como águas de colônia, aí compreendidas todas as espécies de deocolônias, são tributadas, nas operações e outras a ela equiparadas, à alíquota de 25%, excetuando-se desta regra, apenas, a lavanda, vigendo tal regra a partir do advento da Lei nº 4.825/89, com interpretação dada pela Portaria nº 1.161/89*”;
2. a Portaria nº 1.161, de 17/11/89, estabelecendo a alíquota de 25% nas operações de saídas com perfumes (aí compreendidos o extrato, a água de colônia, a colônia-pós-barba etc.), exceto desodorantes, xampus, cremes, maquiagem, cosméticos e correlatos;
3. o Parecer COSIT nº 559, de 16/04/93, emitido pela Divisão de Nomenclatura e Classificação de Mercadorias – DINOM, na TIPI aprovada pelo Decreto nº 97.410/88 e na TAB aprovada pela Portaria MEFP nº 58/91, em Decisão proferida em Recurso de Ofício, com o seguinte teor:

Código TIPI – 3303.00.0200

Mercadoria – Água de colônia acondicionada em frascos de 60 a 120 ml, comercialmente denominada “Seiva Rara Deocolônia”.

4. o Despacho Homologatório COSIT (DINOM) nº 191, de 28/07/94, emitido em Decisão proferida em Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, com o seguinte texto:

Código TIPI – 3303.00.0200

Mercadoria – Colônias resultantes de uma mistura de álcool, óleos essenciais, água deionizada e Irgasan, e de acordo com óleo essencial utilizado são comercialmente denominadas “Deo colônia”, “Deo colônia Anne”, “Deo colônia Devaneio”, “Deo colônia Fênix”, “Deo colônia Magie”, “Deo colônia Naxos” e “Deo colônia Água Fresca”.

O autuado foi intimado (fls. 71 e 72) para tomar ciência da diligência procedida, porém não se manifestou.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O entendimento no âmbito estadual, tanto pela jurisprudência dos julgados do próprio CONSEF quanto pela própria legislação, é de que a colônia e a deocolônia são uma espécie do gênero “Perfume”, cuja tributação é à alíquota de 25%, a partir do advento da Lei n.º 4.825/89, fato este corroborado, inclusive, através de manifestação da DITRI neste sentido, em 13/03/2001, através do Parecer GECOT n.º 727.

*Mesmo diante do entendimento acima citado, e visando dirimir qualquer controvérsia ainda existente em torno do assunto, esta JJF converteu o PAF em diligência à DITRI para que aquele órgão emitisse novo Parecer sobre o assunto em tela, sendo que a Diretoria de Tributação (DITRI), por meio da Gerência de Consulta e Orientação Tributária (GECOT), ao emitir o Parecer acostado às fls. 68 a 69, mais uma vez ratificou o seguinte entendimento: **“perfumes sob a forma de extrato, bem como águas de colônia, aí compreendidas todas as espécies de deo-colônias, são tributadas, nas operações e outras a ela equiparadas, à alíquota de 25%, excetuando-se desta regra, apenas, a lavanda, vigendo tal regra a partir do advento da Lei n.º 4.825/89, com interpretação dada pela Portaria n.º 1.161/89”.***

Vale ressaltar, que para a definição dos produtos acima mencionados, se deve recorrer ao Órgão Federal competente, já citado nos autos, para dirimir dúvidas quanto à correta classificação de mercadorias na NBM/SH (Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado), onde se constata que “PERFUMES E ÁGUAS-DE-COLONIA” enquadram-se na posição 3303.00, sendo a deocolônia uma especificação das águas-de-colônia, conforme TIPI.

Portanto, em consonância com o pensamento da DITRI, entendo que água-de-colônia, deocolônia ou perfumes são produtos da mesma natureza, enquadrados sob o mesmo código da NBM/SH, diferenciando-se entre si em razão da concentração da essência na composição, do que se conclui a procedência da exigência fiscal em tributar as colônias e as deocolônias pela alíquota de 25%, acrescido do percentual de 2% destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, relativo às operações internas, inerentes ao exercício de 2003, por se tratarem de mercadorias especificadas na alínea “h” do inciso II do artigo 16 da Lei n.º 7.014/96 e no artigo 51-A, II, §2º, do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97.

Dessa forma, considerando que a Liminar que concedia o direito ao crédito fiscal, a título de estorno de débito, já havia sido revogada e denegada a segurança pleiteada pelo contribuinte, entendo indevido o crédito fiscal apropriado, e objeto do presente processo.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reproduz integralmente o texto de sua defesa, sem nada acrescentar, requerendo, finalmente, o reconhecimento do seu direito, por entender que as Deo-Colônias e os Desodorantes Corporais comercializados pelo autuado, estão classificados na posição NBM/SH 3307, utilizada para designar os produtos de higiene e limpeza, especificamente na posição NBM/SH 3307.20.0100, referente a desodorantes corporais, estando as operações de

circulação desses produtos sujeitas à tributação pelo ICMS a uma alíquota de 17% e não 25%, como se perfumes fossem, como pretende a autuação.

A Douta Procuradoria opina pelo não provimento do Recurso Voluntário porque, traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento de 1ª Instância, os quais foram refutados em sua inteireza, tornando-se desnecessária qualquer nova análise por parte do colegiado, nem em relação a fatos, documentos ou fundamentos de direito. Acrescenta ainda, que a autuação tem base legal, não restando dúvida de que se trata de perfumes, semelhantes à água de colônia, ambos enquadrados no mesmo código NBM/SH 3303.00, tributados à alíquota de 25%; não há lacunas ou inconstitucionalidade na legislação tributária estadual que regula a matéria; a interpretação correta foi a que fundamentou a ação fiscal e nesse particular existem Pareceres que confirmam o inadequado procedimento do autuado.

VOTO

Inicialmente é importante ressaltar que a peça recursal repete integralmente o texto da defesa, sem nada acrescentar, não merecendo, portanto, análise diversa daquela que serviu de sustentação ao julgador de Primeira Instância para decidir, e, à Douta Procuradoria Fiscal para opinar pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. De fato, como resultado de diligência requerida pelo julgador de primeiro grau, foram anexados Pareceres da GETRO/DITRI, com o objetivo de dirimir a controvérsia, restando definido o enquadramento da mercadoria objeto da ação fiscal, na alínea “h” do inciso II do artigo 16 da Lei nº 7.014/96, e no artigo 51-A, II, § 2º do RICMS/97.

Por todas essas razões, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão de Primeira Instância, pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147794.0014/03-2, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$741,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS