

PROCESSO	- A. I. Nº 147794.0011/03-3
RECORRENTE	- PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0230-03/04
ORIGEM	- INFAS BONOCÔ
INTERNET	- 21/09/2004

1ª CÂMARA DE JUGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO FISCAL. Exigência subsistente, após revogação da Liminar que concedia tal direito. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIAS SUPÉRFICIAIS. DEOCOLÔNIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A aplicação da alíquota de 25%, mais 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, nas operações internas com perfumes, ainda que sob a denominação de “Deo-colônia” é a prevista em lei. Mantida a Decisão da JJF. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 3ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF nº 0230-03/04 – lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 2.209,00, acrescido de multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. O autuado utilizou crédito fiscal, 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 artigo 16 da Lei nº 7.014/96, com base na liminar concedida no Mandado de Segurança nº 9.645.563/03, a qual foi revogada em 23 de Abril de 2003 (janeiro de 2003) – R\$293,86;
2. Recolhimento do imposto inferior ao realmente devido, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição da infração, que o contribuinte aplicou alíquota inferior à determinada pela legislação vigente para a comercialização dos produtos especificados na alínea “h”, inciso II do artigo 16 da Lei nº 7.014/96 - perfumes, extratos, águas-de-colonia, inclusive colônia e deocolonia - que é de 27% (25% mais 2% destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza), em conformidade com o disposto no artigo 51-A, inciso II, prg. 2, do RICMS e no artigo 16-A. O autuado continuou a proceder dessa maneira mesmo após a revogação da liminar concedida em Mandado de Segurança e a posterior denegação da Segurança. Os valores foram apurados por meio dos arquivos magnéticos apresentados à Secretaria da Fazenda (fevereiro a setembro de 2003) – R\$1.915,53.

De acordo com o relatório do Acórdão recorrido:

“O autuado apresentou defesa, por meio de advogado (fls. 38 a 50), inicialmente explicando que 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.

Acrescenta que, nesse contexto, adquire os produtos denominados “Deo-Colônias” e “Desodorantes Corporais” e os revende no Estado da Bahia, apurando o ICMS a ser recolhido. Diz que cada produto comercializado é identificado em razão de sua natureza e especificidade (aromática, cromática ou outra qualquer), mediante um código atribuído pelo fabricante e mantido por ele no momento da emissão da nota fiscal de venda a varejo, e que a mencionada identificação é resultado da composição química do produto, declarada pelo fabricante à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que concede o registro ao respectivo produto, classificando-o como de higiene, perfume, cosmético etc.

Prossegue aduzindo que o fabricante, instado a apontar as diferenças existentes entre as Deocolônias/Desodorantes Corporais e as Colônias/Perfumes, assim se expressou: “As denominações DEO-COLÔNIA e DESODORANTE-COLÔNIA referem-se à mesma classe de produtos, sendo produtos de perfumaria nos quais encontra-se presente um agente com ação desodorante, que é o fator de diferenciação em relação às COLÔNIAS, onde tal agente desodorante não se encontra presente”.

Acrescenta que o esclarecimento acima se encontra respaldado em conhecida Declaração da Divisão Nacional da Vigilância Sanitária de Cosméticos, órgão componente da estrutura da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que há muito afirma peremptoriamente que as “Deo-Colônias O Boticário”, segundo os requisitos da Lei nº 6.360/76 e do Decreto nº 79.094/77 que a regulamenta, estão classificadas como produtos de higiene.

Argumenta que, inobstante a certeza de que os produtos Deo-Colônias e Desodorantes Corporais estão classificados como produtos de higiene (desodorantes), o Estado da Bahia, desde o advento do Decreto nº 2.460/89, que regulamentou a Lei nº 4.825/89, vem tentando tributá-los como se fossem perfumes.

Tendo em vista a necessidade de aplicar corretamente a legislação, ressalta que formulou Consulta à DITRI (Processo nº 703.061/96) e obteve a seguinte resposta, através do Parecer GECOT nº 1909/98: “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”.

Salienta que, apesar de a conclusão da DITRI aparentemente ratificar a legalidade do ato, o próprio Estado da Bahia, no Parecer GECOT nº 1909/98, reconheceu 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 dispunha de competência legal para, a partir da composição química dos produtos, apontar a sua classificação na NBM/SH.

Esclarece que, em nosso sistema positivo, 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 expressa disposição dos artigos 1º e 2º, da Lei nº 6.360/76, que transcreve. Aduz que o diploma legal, em seu artigo 3º, estabelece a distinção entre os produtos de higiene (neles incluídos os desodorantes) e os perfumes e que a Resolução RDC nº 79/00, do Diretor Presidente da Agência de Vigilância Sanitária, não deixa dúvidas quanto à irrelevância da presença de aroma na composição química do produto, para a sua classificação como produto de higiene ou desodorante, e conclui que, para que a Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA) autorize

o registro e o fabrico de determinado produto como desodorante, faz-se necessária a existência de uma substância bactericida destinada a combater os odores da transpiração, justamente o caso das Deo-Colônias e dos Desodorantes Corporais comercializados por seu estabelecimento, como por exemplo, as Deo-Colônias Tuareg e Floratta, em que se verifica a presença da substância ativa denominada de TRICLOSAN, o que motivou a sua classificação como desodorante.

Aduz finalmente que:

1. *os produtos por ele comercializados, sob a denominação de Deo-Colônias e Desodorantes Corporais, tiveram seu pedido de registro deferido pela Agência de Vigilância Sanitária, que os classificou como desodorante colônia, o que significa dizer que se enquadram na categoria de produtos de higiene, como pode ser constatado mediante consulta ao site da ANVISA;*
2. *no que se refere à classificação das deocolônias, ocupam a posição NBM/SH 3307, utilizada para designar os produtos de higiene e limpeza, como decidido, aliás, pelo Conselho de Contribuintes 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 empresa A Botica Comercial Farmacêutica Ltda., o qual transcreve.*

Conclui afirmando que os mencionados produtos Deo-Colônias e Desodorantes Corporais estão classificados como produtos de higiene, sujeitos à tributação do ICMS à alíquota de 17%, e não 25%, como se perfumes fossem, e pede a improcedência da autuação.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente repete todos os argumentos trazidos na impugnação inicial (resumo acima, transcrito do relatório da Decisão de Primeira Instânciaria), razão pelo qual considero desnecessários repeti-los.

A autuante, em sua informação fiscal (fl. 54), alega que o lançamento está fundamentado na legislação vigente, corroborado pela Decisão proferida nos autos do Processo nº 9.645.563/2003 (fls. 23 a 27), que revogou a liminar concedida e denegou a segurança pretendida pelo contribuinte.

Argumenta que as alegações defensivas, de que os produtos Deo-Colônias e Desodorantes Corporais estão classificados como produtos de higiene, vão de encontro à forma como são apresentados no mercado, visto que, em seu catálogo de produtos, publicado no site da empresa O Boticário, são vendidos como perfumes masculinos e femininos, com embalagens e preços completamente diferentes dos desodorantes. Quanto ao produto Floratta, diz que é apresentado como perfume, desodorante spray e emulsão corporal e indaga o porquê de existir na forma de desodorante spray, uma vez que a Deo-Colônia contém o agente bactericida Triclosan.

Reproduz as informações constantes no site do fabricante, de que o que difere a deo-colônia, a colônia e o perfume é o grau de concentração da essência, e destaca a manifestação da Promotora de Justiça, no Mandado de Segurança impetrado, de que a Deo-Colônia é um produto sui generis capaz de confundir o consumidor menos desavisado, haja vista situar-se a meio caminho entre o produto destinado à higiene corporal e o perfume, e de que “se a sua composição química mostra a presença de um agente bactericida – capaz de fazê-la desempenhar funções de higienização corporal, correspondendo, assim, tecnicamente a um produto compatível com a classe dos desodorantes – a sua forma, aspecto e modo como é anunciada comercialmente fazem dela um produto facilmente identificável com a classe dos perfumes e, como tal, enquadrada pelas normas do ICMS e do IPI”.

Conclui pedindo a procedência do Auto de Infração e salientando que a alínea “h” do inciso II do artigo 51 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 e que, no caso em tela, cita os produtos como PERFUMES e não como desodorantes corporais simples e antiperspirantes”.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, pontuou que a matéria já foi por diversas vezes debatida no CONSEF, chegando inclusive a DITRI ter expedido ato normativo no sentido de que deo-colônias, colônias e desodorantes corporais estão inseridas no gênero perfumes. A diferença entre essas espécies, segundo a Procuradora, está apenas na concentração da essência na composição do produto. Segundo o Parecer, não resta dúvida de que a mercadoria objeto da lide se trata de espécies do gênero perfume, enquadrado no código NBM/SH 3303,00, sendo, então, tributada à alíquota de 25%. Frisa, ainda, que a liminar na qual a empresa se baseou para utilização dos créditos fiscais já foi revogada e foi denegada a segurança.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No presente caso, está sendo exigida a diferença do imposto, em decorrência da aplicação, pelo contribuinte, de alíquota indevida de 17%, na comercialização interna dos produtos deo-colônia e desodorante corporal, que o fisco entende ser de 27%.

Pelo exposto, conclui-se que os produtos comercializados pelo autuado sob a denominação de “Deo-colônias” e “Desodorantes Corporais” (objeto desta autuação) são classificados perfumes e, como tais, o ICMS deve incidir à alíquota de 25% (acrescido de 2%), consoante o disposto na alínea “h” do inciso II do artigo 51 combinado com o § 2º do artigo 51-A, do RICMS/97.

Acolho o opinativo da PGE/PROFIS e voto para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida, e, consequentemente, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 147794.0011/03-3, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.209,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ERATÓSTENES MACEDO DA SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR DA PGE/PROFIS