

A. I. Nº - 147794.0007/03-6
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - GISLENE GUSMÃO LIMA
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 26.05.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-03/04

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 “Déo-colônia” é a prevista em Lei. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/03, exige o ICMS no valor de R\$19.019,75, relativo ao exercício de 2003, em razão do contribuinte utilizar-se, no mês de janeiro, crédito fiscal no valor de R\$1.481,01, 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 nº 7.014/96, com base na Liminar concedida – Processo nº 9.645.563/03, a qual foi revogada e denegada a Segurança pleiteada, em 23 de abril de 2003 (Infração 1), como, também, pelo recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$17.538,74, referente aos meses de fevereiro a setembro, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível na comercialização das citadas mercadorias (perfumes, colônias e deo-colônias – Infração 2), que conforme art. 51-A, II, §2º, do RICMS, é de 27%, sendo que o contribuinte permaneceu com tal procedimento mesmo após a revogação da Liminar e denegação da segurança pleiteada, cujos valores foram apurados através de exames dos Arquivos Magnéticos apresentados à SEFAZ.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta impugnação, às fls. 58 a 70 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. Aduz que cada produto comercializado é identificado em razão de sua natureza e especificidade, mediante um código atribuído pelo fabricante. Esclarece que cada identificação é resultado da composição química do produto, declarado pelo fabricante à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que concede o 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 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.”

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.

Aduz 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 nº 2.460/89, que regulamentou a lei que instituiu o ICMS no Estado (Lei nº 4.825/89) – vem, de forma inexplicável, tentando tributar os referidos produtos como se perfumes fossem.

Em seguida, cita processo de consulta à SEFAZ de nº 703.061/96, cuja resposta através do Parecer GECOT de nº 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 nº 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 a 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.

A autuante, em sua informação, à fl. 74 do PAF, ressalta 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. 19/23) que revogou a liminar e negou a segurança pelo autuado.

Ressalta que a afirmação do contribuinte de que se tratam de produtos de higiene vai de encontro a 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. 35/48).

Destaca que de acordo com o informe no site do autuado (fl. 34) “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.

Esta 3ª 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. 88 e 89, 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 deo-colônias, 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 deo-colônias 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 deo-colônias, 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 deo-colônias, 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. 81 a 87, 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 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 nº 4.825/89, com interpretação dada pela Portaria 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, maquilagem, 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 desionizada 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. 91 e 92) para tomar ciência da diligência procedida, porém não se manifestou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS, decorrente de crédito indevido, a título de estorno de débito, relativo à alíquota de 27% na comercialização de perfumes, colônias e deo-colônia, apesar de revogada e denegada a segurança concedida através de Liminar neste sentido, como também pela aplicação da alíquota de 17% ao invés de 25%, acrescido de 2% destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, cabível nas operações internas destes produtos, conforme determina o art. 51-A, II, §2º, do RICMS e art. 16, II, “h”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, em sua extensa impugnação, defende que tais produtos são classificados como produtos de higiene e, como tal, sujeitos à alíquota do ICMS de 17% (dezessete por cento).

Já a autuante, em sua informação, mantém seu entendimento de que se tratam de perfumes, do que se respalda na legislação do próprio ICMS e na decisão judicial que revogou a Liminar e denegou a segurança pleiteada ao contribuinte.

O entendimento no âmbito estadual, tanto pela jurisprudência dos julgados do próprio CONSEF quanto pela própria legislação, é de que a colônia e a deo-colônia são uma espécie do gênero “Perfume”, cuja tributação é à alíquota de 25%, a partir do advento da Lei nº 4.825/89, fato este corroborado, inclusive, através de manifestação da DITRI neste sentido, em 13/03/2001, através do Parecer GECOT nº 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. 88 e 89, 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 nº 4.825/89, com interpretação dada pela Portaria 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 deo-colônia 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 deo-colônias 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 Dec. n.º 6.284/97. (Infração 2).

Quanto à primeira exigência, 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, sendo, portanto, indevido o crédito fiscal apropriado, e, quanto à alíquota aplicável, o assunto já foi exaustivamente exaurido.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 147794.0007/03-6, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.019,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA