

A. I. Nº - 147794.0008/03-2
AUTUADO - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - GISLENE GUSMÃO LIMA
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 16.06.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0199-03/04

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 10/11/03, para exigir o ICMS no valor de R\$20.026,68, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização de 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 23/04/03 (janeiro de 2003) – R\$2.639,10;
2. Recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, ainda, na descrição dos fatos que o contribuinte aplicou alíquota inferior à determinada pela legislação vigente, na comercialização de perfumes, colônias e deocolônias, que é de 27% (25% mais 2% destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza), conforme disposto no artigo 16-A, incidente sobre os produtos especificados na alínea “h” do inciso II do artigo 16, da Lei nº 7.014/96, continuando a proceder dessa maneira mesmo após a revogação da liminar concedida em mandado de segurança. Os valores foram apurados por meio dos arquivos magnéticos apresentados à Secretaria da Fazenda (fevereiro a maio de 2003) – R\$17.387,58.

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, conforme o documento anexo (fl. 51): “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, consoante o documento de fl. 53.

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, conforme os documentos anexos.

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 (fls. 63 a 73), 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.

A autuante, em sua informação fiscal (fl. 75), alega que o lançamento está fundamentado na legislação vigente, corroborado pela decisão proferida nos autos do Processo nº 9.645.563/2003 (fls. 18 a 22), 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 (fl. 31) 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”.

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 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. 83 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 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 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 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 cientificado do resultado da diligência (fls. 94 a 95), mas não se manifestou nos autos.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal, a título de estorno de débito, e do recolhimento a menos do imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota incidente nas saídas de perfumes, colônias e deocolônias, que seria de 27% (25% mais 2% destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza), ao invés de 17%, como entendeu o contribuinte.

O autuado impugnou o lançamento, alegando que os produtos Deo-Colônias e Desodorantes Corporais estão, na verdade, classificados na posição NBM/SH 3307, como produtos de higiene, pela Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, órgão oficial encarregado de conceder o registro aos produtos eventualmente fabricados no país, conforme disposição dos artigos 1º e 2º, da Lei nº 6.360/76. Concluiu afirmando que, como os mencionados produtos Deo-Colônias e Desodorantes Corporais estão classificados como produtos de higiene, deve se sujeitar à tributação do ICMS à alíquota de 17%, e não 25%, como se perfumes fossem.

A autuante, por outro lado, argumentou que os mencionados produtos são apresentados no catálogo de produtos, publicado no *site* da empresa O Boticário, como perfumes masculinos e femininos, com embalagens e preços completamente diferentes dos desodorantes. Reproduziu 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”.

Em razão da controvérsia, esta 3ª JJF decidiu 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 aos autos, o qual foi ratificado pelo seu Gerente, concluindo que, conforme respostas anteriormente concedidas ao autuado, a alíquota aplicável, para o cálculo do ICMS nas saídas de Deocolônias é de 25% (conforme o artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97), acrescido de 2%, no período de 01/01/2002 a 31/12/2010, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. O parecerista acrescentou que o “entendimento da 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)”.

Efetivamente, analisando os documentos acostados pela DITRI/GECOT, verifico que 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, classificou a mercadoria Água de colônia acondicionada em frascos de 60 a 120 ml, comercialmente denominada “Seiva Rara Deocolônia”, no código TIPI 3303.00.0200.

Posteriormente, o Despacho Homologatório COSIT (DINOM) nº 191, de 28/07/94, emitido em decisão proferida em Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, classificou a mercadoria “Colônias resultantes de uma mistura de álcool, óleos essenciais, água desionizada e Irgasan, e de acordo com óleo essencial utilizado”, comercialmente denominadas “Deo colônia”, “Deo colônia Anne”, “Deo colônia Devaneio”, “Deo colônia Fênix”, “Deo colônia Magie”, “Deo colônia Naxos” e “Deo colônia Água Fresca”, no código TIPI 3303.00.0200.

Pelo exposto, há que se concluir que os produtos comercializados pelo autuado sob a denominação de “Deocolônias” e “Desodorantes Corporais” (objeto desta autuação) são classificados, pelo Ministério da Fazenda, no código NBM/SH 3303.00.200 e, como tal, o ICMS deve incidir à alíquota de 25% (acrescido de 2%, no período de 01/01/2002 a 31/12/2010, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza), consoante o disposto na alínea “h” do inciso II do artigo 51 combinado com o § 2º do artigo 51-A, do RICMS/97.

Ressalte-se, ainda, que a Portaria nº 1.161/89, estabelece 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.

Por fim, como o contribuinte não contestou especificamente os valores apresentados pela autuante, considero correto o débito indicado neste lançamento.

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 nº 147794.0008/03-2, lavrado contra **PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.026,68**, 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, 09 de junho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA