

11. Ressalta, ainda, que a fiscalização se ateve somente à filial; que a matriz não foi objeto da questão discutida neste processo.

12. Ao final propugna pela confirmação do feito.

13. Relatado, havendo protesto por sustentação oral, aguardo-a, para, após manifestação da Representação Fiscal, proferir meu voto.

14. A interessada deixou de comparecer para a sustentação oral pleiteada.

### VOTO

1. Está devidamente comprovado nos autos que o estabelecimento fiscalizado pelo autor do feito foi a filial, cujo Código de Atividade (CAE) registrado na Repartição é n. 53.000, "Centro de Distribuição Industrial", equiparado a industrial por força do art. 9º, III, da legislação do IPI:

"Art. 9º — Equiparam-se a estabelecimento industrial:

III — as filiais e demais estabelecimentos que exercerem o comércio de produtos importados ou industrializados por outro estabelecimento da mesma firma, salvo se operarem exclusivamente na venda a varejo e não estiverem enquadrados na hipótese do inciso anterior (Lei n. 4.502/64, art. 4º, II, e parágrafo 2º);"

2. Por sua vez, dispõe o art. 24, parágrafo 1º, item 4, da Lei estadual n. 6.374, de 1º.3.89:

"Art. 24 — (...)

Parágrafo 1º — Incluem-se na base de cálculo: (...)

Item 4 — o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados na operação realizada por estabelecimento simplesmente equiparado a industrial pela legislação relativa ao imposto federal."

3. Como se pode notar, e conforme assentado na informação fiscal, a filial em questão tem por finalidade a comercialização do produto, nada tendo a ver com a sua industrialização, negocia como se fosse um estabelecimento comercial, não podendo, destarte, de acordo com o dispositivo legal acima mencionado, excluir da base de cálculo de suas operações o valor do IPI, a exemplo dos estabelecimentos que revendem mercadorias.

4. Nessa conformidade, e diante dos elementos que instruem os autos, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de setembro de 1992.

a) Aduato Madureira, Relator.

### VOTO EM SEPARADO

1. Pedi vista destes autos para debruçar-me mais detidamente sobre o tema jurídico neles suscitado, o qual, sobre ter sido, de há muito, alvo de reiterados comentários e pareceres de lavra da melhor doutrina, foi objeto de recente sessão plenária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade do art. 24, parágrafo 1º, da Lei n. 6.374/89.

2. Com efeito, a Constituição Federal promulgada em 5.10.88 estabeleceu, como regra geral, a inclusão do montante do IPI na base de cálculo do ICMS. Excepcionou-a, contudo, em seu art. 155, parágrafo 2º, inc. XI, ao dispor que não haverá a inclusão

"quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

3. A Lei n. 6.374/89, que instituiu o ICMS paulista, ao dispor sobre a base de cálculo do tributo, repetiu, em seu art. 24, parágrafo 1º, item 3, o preceito da Carta Magna acima referido.

No item imediatamente posterior, porém, extrapolou o comando que lhe impôs o texto constitucional, ao determinar que se deverá incluir, na base de cálculo,

"4 — o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados na operação realizada por estabelecimento simplesmente equiparado a industrial pela legislação relativa ao imposto federal".

4. Ora, parece claro que, da forma como dispôs, a Lei estadual desconsiderou a exceção expressamente prevista na Constituição, na medida em que determinou a aludida inclusão em operações promovidas por estabelecimentos equiparados a industriais, ainda que realizadas entre contribuintes e destinadas à industrialização ou à comercialização (e, por consequência, mesmo que configurem fatos geradores de ambos os impostos).

5. Consoante ressaltado de início, a questão de há muito provocou a reação de juristas e tratadistas.

Já em 22.5.89 (portanto, pouco mais de dois meses após a publicação da Lei n. 6.374/89), Rubens Approbato Machado, em lúcido artigo transcrito pelo DCI, assim se referia ao indigitado dispositivo legal:

"Isto significa dizer, no ditame da lei paulista, que em todas as operações rea-

lizadas por estabelecimentos equiparados a industrial, o IPI integrará a base de cálculo do ICMS, o que é absolutamente inconstitucional.

(...)

Se admitirmos como constitucional e legal o disposto no art. 24, parágrafo 1º, item 4, da Lei n. 6.374/89, estaríamos, no mínimo, cometendo uma heresia jurídica.

A malsinada disposição ora impugnada é eivada de inconstitucionalidade: a exigência de seu cumprimento viola direito líquido e certo do contribuinte, estabelecido em nível constitucional".

6. O Judiciário, por sua vez, também vem negando guarida à referida exigência da lei paulista.

Assume especial relevância a decisão unânime recentemente prolatada pelo Plenário do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, ao julgar Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação Cível n. 162.265-2/0-07 (Relator Des. Oetterer Guedes, julgamento de 19.2.92), declarou "inconstitucional a disposição do art. 24, parágrafo 1º, da Lei estadual n. 6.374/89", em decisão assim ementada:

"Não é viável que a Lei estadual, na tentativa de contornar a Lei Maior, estabeleça dissemelhança. Não pode a Lei estadual estabelecer uma distinção onde a Constituição não distingue".

7. Diante disso, vênha devida ao Juiz-Relator, ousou divergir de seu voto, e o faço para dar provimento ao recurso, cancelando, em consequência, as exigências de imposto e multa consignadas no AIIM.

É como voto.

Sala das Sessões, em 23 de setembro de 1992.

a) Aldo Sedra Filho.

### VOTO EM SEPARADO

"Data venia", acompanho o voto do Juiz Aldo Sedra Filho, coerente com o entendimento do Tribunal de Justiça, em decisão sobre matéria idêntica.

Sala das Sessões, em 23 de setembro de 1992.

a) José Augusto Sundfeld Silva.

RESUMO DA DECISÃO: recurso ordinário. Provido. Decisão não unânime. Proc. DRT-1 n. 15804/90. 4ª Câmara Especial.