

titucionais do tributo federal. Ou seja, ao fixar as condições para que, se e quando verificadas, o montante do IPI não integre a base de cálculo do ICMS, a Lei Maior não autoriza que iguais efeitos sejam obtidos por obra do legislador ordinário, sob pena de severa afronta ao texto constitucional.

4. Nem se compreende — é até mesmo intuitivo — que uma ficção criada na órbita da União, para fins de arrecadação do IPI, tivesse a virtude de operar a exclusão da incidência do tributo estadual em operações efetuadas por estabelecimento comercial — como é o caso da recorrente — não sujeito, portanto, ao imposto federal.

5. Com a devida vênia, o acórdão invocado no recurso não se aplica à hipótese, pois versa sobre importação de mercadorias, não cuidando, por conseguinte, de estabelecimento equiparado a industrial.

6. Isto posto, nego provimento.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 29 de julho de 1992.

a) Duclerc Dias Conrado, 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. 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, 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.

4. No item imediatamente posterior, porém, extrapolou o comando que lhe impôs o texto constitucional, ao determinar que dever-se-á 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”.

5. 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).

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

7. 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 realizadas 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 cívica de inconstitucionalidade: a exigência de seu cumprimento viola direito líquido e certo do contribuinte, estabelecido em nível constitucional.”

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

9. Assume especial relevância a decisão unânime recentemente prolatada pelo plenário do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, ao julgar o Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação Cível n. 162.265-2/0-07 (Relator Des. Octerer 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”.

10. Diante disso, vênia devida ao 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 31 de julho de 1992.

a) Aldo Sedra Filho.

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

Com a devida vênia, embora reconhecendo a relevância da argumentação e dos elementos trazidos ao voto do Juiz Aldo Sedra Filho, pondero, entretanto, que a decisão do Tribunal de Justiça ainda está sujeita a RE junto ao Supremo Tribunal Federal, razão pela qual mantenho meu voto por seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, em 31 de julho de 1992.

a) Duclerc Dias Conrado, Relator.

RESUMO DA DECISÃO: recurso ordinário. Provido. Decisão não unânime. Proc. DRT-3 n. 3534/91, julgado em sessão da 4ª Câmara Especial.

EMENTAS

5045 — NOTA FISCAL — Considerada inábil nos termos do art. 68 da Lei n. 6.374/89 — Indicação de destinatário paulista — Mercadoria apreendida em Posto Fiscal de Fronteira com destino ao Estado de Minas Gerais — Divergência quanto aos valores e quantidades apuradas — Provido parcialmente o recurso, para reduzir a multa e manter o ICMS — Decisão unânime.

O fulcro da questão é aceitar-se ou não a nota fiscal apreendida com as mercadorias, como válida para a operação. Conforme se pode verificar, aquele documento foi emitido em nome de destinatário, com endereço em Ribeirão Preto, tendo como natureza da operação uma saída em demonstração. Nenhum dispositivo do RICM, todavia, foi anotado no mesmo. Ora, as mercadorias foram apreendidas em Posto Fiscal de Fronteira, quando saíam do território paulista para o de Minas Gerais. Logo, aquele documento não poderia ser aceito como válido, nos termos do art. 68 da Lei n. 6.374/89, pelas seguintes razões: a) a nota fiscal indicava destinatário em São Paulo, enquanto as mercadorias seguiam para Minas Gerais; b) a natureza da operação irregular, pois o diferimento do pagamento do imposto, previsto no art. 265 do RICM, somente se aplica às saídas em