IMPÔSTO INDIRETO — REPERCUSSÃO — RESTITUIÇÃO

— Não cabe a restituição de impôsto indireto, reconhecido inconstitucional, em favor de quem já o recebeu do consumidor, por fôrça da repercussão.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* A. M. Pereira & Cia., e outros
Apelação cível n.º 103.017 — Relator: Sr. Desembargador HENRIQUE AUGUSTO MACHADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 103.017, da comarca de São Paulo, em que são recorrentes o Juízo *ex officio* e a Fazenda do Estado e são recorridas A. M. Pereira & Cia. e outras: Acordam, em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., como parte integrante dêste, dar provimento a ambos os recursos, contra o voto do Sr. Relator sorteado, para julgar as autoras carecedoras da ação.

A ação de repetição do indébito — *pessoa rei persecutório* — é uma variedade da *in rem verso* e são seus requesitos: *a*) o pagamento de uma obrigação; *b*) que êsse pagamento seja indevido; *c*) que o pagamento decorra de êrro de fato ou de direito; e *d*) que seja suscetível de repetição.

Essa é a lição de Cunha Gonçalves (*Tratado,* vol. IV, tomo II, pág. 1.016, da 1.ª ed. brasileira).

Uma conseqüência do pagamento indevido deve ser o enriquecimento ilícito, a exigir a prova do enriquecimento do *accipiens* e a do empobrecimento correlativo do *solvens*.

E foi por isso que já se decidiu que, "para a repetição do indébito, em ação *in rem verso,* é necessária a prova do enriquecimento do réu, do empobrecimento do autor, da falta de justa causa e da relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento" (*Revista dos Tribunais,* vol. 288/373).

Em fim, o que legitima a ação *in rem verso* é a ocorrência do prejuízo com o pagamento efetuado sem justa causa. Sem êsse prejuízo, haverá verdadeiro locupletamento para o que pagou o indevido.

Fundamentando-se a ação no locupletamento de uma parte, pelo indevido, jurídico não será que a outra parte, por sua vez, obtenha semelhante locupletamento.

As recorridas pagaram o adicional de 10% sôbre o impôsto de vendas e consignações de café, reconhecido como inconstitucional, mas o receberam de volta, uma vez que o cobraram dos adquirentes do produto. Foram, na verdade, intermidiárias no recolhimento do adicional, pelo fenômeno da repercussão, do impôsto indireto, em que o contribuinte é o consumidor e não o produtor ou o comerciante.

Se não suportaram o adicional, se êste foi recolhido sem que tivessem sofrido qualquer prejuízo, quem poderia reclamar a repetição seria então o contribuinte que o pagou e não elas, simples intermediárias no seu recolhimento.

Não se compreende se possa tirar de quem recebeu sem causa, para dar a quem prejuízo algum sofreu com o recebimento. Seria admitir-se o enriquecimento ilícito.

Essas, as razões por que deram as autoras como carecedoras da ação que intentaram.

São Paulo, 5 de agôsto de 1960 — *Carvalho Pinto,* Presidente com voto vencido. — *Henrique Augusto Machado,* Relator designado para o acórdão. — *Davi Filho.*