IMPÔSTO INDIRETO — RESTITUIÇÃO — IMPÔSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES — IMPÔSTO DE CONSUMO

— Não cabe restituição da parcela do impôsto de consumo que, incorporada ao impôsto de vendas e consignações, foi reembolsada, ao vendedor, com o preço da mercadoria, pelo comprador.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Indústrias Reunidas Macul S.A. *versus* Estado de São Paulo
Apelação cível n.º 107.047 — Relator: Sr. Desembargador CARDOSO ROLIM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 107.047, da comarca de São Paulo, apelante Indústrias Reunidas Macul S. A. e apelada a Fazenda do Estado: Acordam, em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, confirmando a bem fundamentada sentença recorrida.

Segue a maioria exatamente a tese propugnada pelo digno Juiz *a quo*: "para legitimar a ação de repetição, não basta, apenas, a ocorrência do pagamento sem causa. Indispensável é que dêle resulte para o *solvens* um empobrecimento e um enriquecimento ilícito por parte de quem o recebe" (cf. *Revista dos Tribunais*, vol. 284/359).

Na espécie, ficou devidamente apurado pelo exame pericial, que a autora, ao vender os produtos, recebeu integralmente tôdas as parcelas do impôsto de vendas e consignações.

Em outras palavras, êsse tributo foi recuperado pela autora, que, assim, nenhum desfalque sofreu, nenhum prejuízo teve.

Só os seus compradores é que poderiam queixar-se de pagamento indevido e não a autora que na realidade nada pagou; limitou-se a adiantar a importância do impôsto e fê-lo entrar no preço da mercadoria, para reembolsar-se.

Enfim como proclamou o colendo Supremo Tribunal Federal: "se o impôsto de consumo, se incorporou ao preço da mercadoria e veio a onerar o consumidor, a emprêsa que o pagou não tem direito a pleitear-lhe a restituição" (*Diário da Justiça* da União, de 7 de março de 1960, pág. 569).

Custas pela apelante.

São Paulo, 21 de março de 1961 — *Carvalho Pinto*, Presidente com voto — *Cardoso Rolim*, Relator — *Pinto do Amaral*, vencido.

*

SENTENÇA

Vistos etc.

Indústrias Reunidas Macul S. A., sociedade estabelecida na comarca de Marília, dêste Estado, promoveu a presente ação ordinária de repetição de indébito contra a Fazenda do Estado, alegando, em resumo o seguinte: *a*) que a autora exerce atividades com indústria de tecelagem, estando inscrita, para efeitos fiscais, perante o Estado e recolhe o impôsto de consumo *ad valorem* por verba, lançando-o em parcela separada na nota fiscal; *b*) nos têrmos da lei, o citado tributo é devido pelos contribuintes, antes da saída dos produtos das fábricas, estabelecimentos comerciais, alfândegas e mesas de rendas, devendo o seu valor ser incorporado ao dos produtos e cobrado do consumidor; *c*) que, dessa maneira, o impôsto de consumo, que o industrial adianta para o Fisco, cobrando do primeiro comprador, sòmente se incorpora ao preço da mercadoria uma vez vendida e, portanto, após a primeira venda, e seu devedor é o adquirente e não o fabricante;

d) que a ré exige o pagamento do impôsto de vendas e consignações não sòmente sôbre o preço da venda da autora, mas, também sôbre a parcela do impôsto de consumo, tributo federal que incide sôbre a mercadoria ao sair da fábrica; *e*) que, desde que o preço do produto e seu respectivo impôsto de consumo, devem ser separados, incorporando-se êste naquele, sòmente na mão do primeiro comprador, quando por êste revendido, a incidência do impôsto de vendas e consignações sôbre a parcela referente ao impôsto de consumo importaria na tributação de um impôsto federal por impôsto estadual, sendo, pois, ilegal a exigência da Fazenda do Estado; *f*) que essa ilegalidade tem sido ressaltada por nossos tribunais, considerando indevida a cobrança, nos moldes do que vem fazendo a ré; *g*) que a autora, nos últimos cinco anos, recolhera, até setembro de 1958, a importância de Cr$ 311.841,70 de impôsto de consumo.

Termina pedindo a condenação da ré a restituir o que indevidamente foi pago e a ser apurado em execução, acrescido dos juros da mora, custas e honorários de advogado.

Contestando a ação (fls.), alega a ré ser improcedente a ação e isso porque, consoante se infere do Decreto nº 26.149, os fabricante e os importadores são os devedores do impôsto de consumo, que o recolhem por sua própria conta.

Assim, quando feita a venda do produto, é evidente que o valor do impôsto de consumo já se acha incorporado ao do mesmo sendo improcedente a pretensão da autora.

Por outro lado, argüi ilegitimidade de parte, alegando que quando da venda dos produtos a autora recuperou, não só o que pagou a título de impôsto de consumo, que integrava o preço do produto, mas, também, o que despendeu no pagamento do impôsto de venda e consignações.

Um e outro, somados ao preço do produto, foram levados a cargo do consumidor.

Provada a recuperação, a lide se configurará temerária, tendo por objeto o enriquecimento ilícito, incidindo, pois, nas sanções estabelecidas nos arts. 63 e 64 do Código de Processo Civil.

Nessa conformidade, conclui, deve a autora ser julgada carecedora da ação.

Manifestou-se a autora sôbre a alegada ilegitimidade.

Saneado o processo, realizou-se a prova pericial, tendo os peritos das partes oferecido os laudos de fls.

Na audiência de julgamento, tiveram as partes oportunidade de sustentar seus articulados iniciais, como consta do têrmo e memorial junto.

Feito o relatório, passo a decidir: Acolho a argüição de ilegitimidade aduzida na contestação de fls. e, em conseqüência, julgo a autora carecedora da ação de repetição intentada contra a ré.

Como o salienta a autora e o confirmam os peritos, vinha a mesma recolhendo o impôsto sôbre vendas e consignações sôbre a parcela correspondente ao impôsto de consumo.

Por ocasião da venda dos produtos, ao preço dos mesmos eram adicionados os tributos pagos e demais encargos, compondo-se, assim, o preço pelo qual eram vendidos aos consumidores.

Vale dizer, como expressamente esclarece o perito signatário do laudo de fls., que a autora reembolsou-se de tôdas as quantias despendidas àquele título, ou seja, dos impostos pagos, não sofrendo, destarte, qualquer desfalque em seu patrimônio,

Forrou-se, inteiramente, ao vender os produtos, descarregando no comprador, incluídos no preço, aquêles encargos fiscais.

A prevalecer a tese da autora, chegar-se-ia à conclusão de que pretende reembolsar-se duas vêzes de uma mesma importância.

Para legitimar a ação de repetição, como o decidiu o egrégio Tribunal de

Justiça, "Não basta, apenas, a ocorrência do pagamento sem causa. Indispensável é que dêle resulte para o *solvens* um empobrecimento e um enriquecimento ilícito por parte de quem recebe" (*Revista dos Tribunais,* vol. 284/359).

Tais são os requisitos necessários ao exercício da ação estampados em nosso Direito.

G. Pacchioni, transcrevendo o texto do Código Civil Italiano, pertinente à ação, diz que *"Chi senza una giusta causa si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto nei limiti dell'arrichimento a indenizzare quest'ultima della correlativa diminuizione patrimoniale"* (*Elementi di Diritto Civile,* pág. 300).

Trabucchi, *in Istituzioni di Diritto Civile,* pág. 667, diz que: *"Il contenuto dell'indennizzo e della restituizione che si invoca con l'esercizio dell'azione di arrichimento è limitato al vantaggio che entro il limite massimo della corrispondente diminuizione patrimoniale si trova nel patrimonio dell'arricchito al momento della domanda".*

Segundo o direito francês, são condições para a ação: 1º) que *"le demandeur ait subi un appauvrissement";* 2º) que *"le défendeur sit reçu de ce fait un enrichissement";* 3º) que *"l'enrichissement de l'un provienne de l'appauvrissement de l'autre";* 4º) que *"cet enrichissement soit sans cause"* (Planiol-Ripert, *in Traité Élémentaire de Droit Civil,* vol. II, pág. 446).

É necessário, pois, para o exercício da ação, que o autor prove, cumpridamente, ter sofrido uma diminuição em seu patrimônio, correspondente ao aumento do réu.

Ora, no caso em debate, como o comprovam plenamente os elementos trazidos para os autos, a autora recolheu o impôsto indireto, no momento fiscal, mas é certo que não sofreu qualquer prejuízo com êsse recolhimento, pois quem suportou o ônus fiscal, em última análise, pelo fenômeno da repercussão, foram os adquirentes dos produtos de sua fabricação.

Significa dizer que a autora simplesmente adiantou o pagamento do tributo, reembolsando-se quando da venda da mercadoria, sofrendo os consumidores a descarga daquele ônus fiscal.

Assim, se ilegal a exigência, com o que não concordamos, os consumidores é que sofreram a diminuição patrimonial, mas não a autora, fabricante, que se forrou da quantia desembolsada, ao vender os produtos.

Assim, carece a autora do direito de ação.

Isto pôsto, julgo a autora carecedora da ação, condenando-a nas custas do processo e honorários de advogado, que fixo em 5% sôbre o valor da ação, por ocorrer a hipótese prevista no art. 63 do Código de Processo Civil.

Publique-se na audiência designada.

São Paulo, 29 de setembro de 1960 — *José Lourenço Dias Figueiredo.*