IMPÔSTO INDIRETO — RESTITUIÇÃO

— A ação de repetição de impôsto indireto improcede, não havendo prejuízo para o autor.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Indústrias C. Fabrini S. A. *versus* Estado de São Paulo
Apelação n.º 106.357 — Relator: Sr. Desembargador João Guzzo

RELATÓRIO

Indústrias C. Fabrini S. A. interpôs, em tempo hábil, êste recurso de revista de decisão proferida pela Egrégia Quarta Câmara Civil na apelação nº 106.357, de São Paulo, em que, confirmando sentença de primeira instância, afirmou a tese da impossibilidade de repetição dos impostos indiretos, em face da inocorrência de prejuízo, por descarregar no primeiro comprador, o contribuinte de direito, o ônus do tributo, que indevidamente lhe fôra exigido.

Como acórdãos divergentes, aponta os proferidos na apelação ns. 84.398, 92.386 e 99.158, respectivamente pelas Segunda, Primeira e Quinta Câmaras dêste Egrégio Tribunal, todos unânimes, que se encontram publicados na *Revista dos Tribunais*, vols. 282/231, 287/305 e 298/283). Dêste último acórdão interpôs a Fazenda do Estado embargos infringentes, que foram rejeitados, conforme certidão de fls.

O recurso foi processado em ordem. Anexaram-se aos autos os extratos das peças indicadas, pelo recorrente e pela

recorrida — A Fazenda do Estado; aduziram as partes as suas alegações e, efetuados o preparo e a distribuição, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral da Justiça pelo deferimento do recurso, reconhecida a divergência apontada entre o acórdão recorrido e os trazidos a confronto e, no mérito, opinou pela improcedência do recurso.

É o relatório.

Ao Exmo. Sr. Desembargador Revisor.

São Paulo, 25 de setembro de 1961. *Medeiros Júnior.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista nº 106.357 da comarca da Capital, sendo recorrente Indústrias C. Fabrini S. A. e recorrida a Fazenda do Estado: Acordam, em Câmaras Civis Reunidas, por maioria de votos, adotado o relatório de fls., com o complemento de fls., julgar improcedente a revista, para manter *data vênia*, pelos seus próprios fundamentos, o respeitável aresto recorrido.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 21 de março de 1962 — *Raphael de Barros Monteiro,* presidente — *João Guzzo,* relator designado — *Carvalho Pinto — Euler Bueno — Pinto do Amaral,* vencido — *R. F. Ferraz de Sampaio — O. A. Bandeira de Mello — Ulysses Dória — Cerqueira Leite — Tácito M. de Góes Nobre — Virgilio Manente — Cruz Neto — Dimas R. de Almeida — A. Médici Filho — Campos Gouvêa — Azevedo Franceschini — Coelho de Paula,* vencido — *Andrade Junqueira,* vencido — *Heráclides Batalha de Camargo — Medeiros Júnior,* vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: Votei pela procedência do recurso para que prevaleça a interpretação firmada pelo acórdão confrontando.

A matéria não é nova e o assunto tem sido muito debatido. Ainda, recentemente Odilon da Costa Manso, em acórdão de que foi relator, publicado pela *Revista dos Tribunais,* vol. 305, págs. 283-293, com sua reconhecida erudição, tratou do tema com abundância de detalhes, historiando, mesmo, a evolução do conceito de tributo, desde a mais remota antigüidade até ao regime atual, implantado pelas constituições democráticas, que nenhum tributo pode ser impôsto sem o consenso dos próprios contribuintes, através de seus representantes do Poder Legislativo. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça. (Constituição federal, artigo 141, § 34).

Chegando, finalmente, ao tema da restituição, diz Odilon da Costa Manso: "Mas, para negar o caráter de impôsto aos tributos ilegais, basta à Justiça a própria ilegalidade.

Se não fundada na Constituição e nas leis, a cobrança é indevida *ipso facto.*

E se indevida, a repetição do indébito também se opera, *ipso facto.* O instituto se traslada, então, para o campo do Direio Público, encontrando fundamento próprio nesse mesmo campo. Suas bases já não se encravam no velho texto de Pomponius, mas se alicerçam na estrutura constitucional do Direito Tributário".

Invoca Bielsa, Fritz Fleiner e prossegue com o nosso insuperável Clóvis Beviláqua. Êste aborda o assunto da restituição do impôsto indevido, em comentário ao art. 965, dizendo: "Quando alguém paga, em virtude de intimação, impôsto ilegalmente criado ou inconstitucional, tem direito de pedir a restituição (Octavio Kelly, *Jurisprudência federal,* ns. 1.108 e segs.). Neste caso, não há êrro do *solvens,* que pode estar convencido de que paga o que não deve; mas, nem se lhe aplica a presunção de que fêz liberalidade, nem se pode supor que dissimulou a obrigação executada. A razão, pela qual aquêles que pagam impostos ilegais têm direito à restituição, é que tal impôsto não tem existência jurídica, e, conseqüentemente, o

particular sofreu uma extorsão. É o ato ilícito do Poder Público que autoriza a repetição.

Fere, finalmente, e com insofismável propriedade, a questão crucial do legítimo interêsse econômico, atrás da qual pretende se encastelar a Fazenda do Estado, para escapulir-se à obrigação de restituir: "Muito menos vale invocar a distinção entre contribuinte legal e contribuinte de fato — diz Costa Manso — para negar ação àquele sob o pretexto de que não sofreu, ou não provou houvesse sofrido prejuízo, porque o impôsto indevido resvalaria, econômicamente, sôbre inumeráveis cidadãos, diluído no seio do povo.

Pois, se o comerciante, em face da extorsão do Fisco, por sua vez procura ferrar-se de maiores danos majorando o preço das utilidades, esta será mais uma conseqüência nefasta e grave, a exigir da Justiça que corte, cerce, o mal na sua origem, e a origem é a infração das normas de legalidade tributária cometida pelo Fisco.

Destarte, não é por amor a alguns, mas, em última análise, em benefício de todos, da própria comunidade, que se deve coibir o abuso tributário.

Pois, se assim não fôr, somam-se, contra o povo, as voracidades do Fisco e do capitalismo".

E, com apoio em Mário Pugliese, *Istituzione di Diritto Finanziario*, págs. 38-40, ressalta que o contribuinte de fato é estranho à relação jurídica tributária. Só o contribuinte legal é que tem ação contra o Fisco fundada em relação jurídica tributária. Dêle é que o Fisco recebe. A êle compete repetir, com base no Direito Público.

No mesmo julgamento, ora invocado (*Revista dos Tribunais*, vol. 305-283), fêz declaração de voto S. Exa. o Desembargador Paulo Barbosa, expondo a distinção entre as ações de enriquecimento sem causa e a de repetição do indébito. "A ação de repetição é conseqüência da nulidade do negócio e por ela fica restabelecida a situação de fato em conformidade com o estado jurídico. Não é possível, assim, exigir-se de quem repete o indébito a prova de requisito próprio da ação de enriquecimento, como é o do empobrecimento do autor, correlato ao enriquecimento do réu. São requisitos, êsses, naturalmente pressupostos no que paga e no que recebe o indevido, por inválida a prestação realizada. Tais considerações sobem de importância em se tratando de repetição de tributos, pois o pagamento, então, além de indevido, é compulsório, razão a mais para se não exigir prova de empobrecimento, quando já se não exige a de êrro".

A própria autora, ora recorrente, fundamentou muito bem as suas alegações, reproduzindo conceitos das mais categorizadas autoridades.

"Não obsta à restituição do impôsto indevido o princípio teórico da translação: "Contra essa (restituição) se levanta o argumento econômico da translação do impôsto. Mas, além de ser precário, pois se procura fundar na mais obscura e incerta teoria da ciência das finanças, qual a da repercussão e translação de impostos, não pode invalidar situação regulada, estritamente, pelo direito positivo.

"É o que tem decidido o Egrégio Supremo Tribunal Federal, entre outros, nos recentes acórdãos ns. 3.051, de 27 de novembro de 1938, e 7.122, de 17 de abril de 1939, publicados nos (*Arq. Judiciário*, vol. 51, págs. 123, 52 e 163).

"Ao primeiro dêsses julgados serve de fundamento a consideração de que "onde se dá um pagamento indevido, o *accipiens* nada tem a ver com os negócios do *solvens* tudo se resume em restituir o que foi mal recebido, sem quaisquer ressalva", como sempre tem sido decidido" (Sá Filho, parecer como Procurador-Geral da Fazenda Nacional, em *Estudos de Direito Fiscal*, pág. 316) — (Castro Nunes, *Da Fazenda Pública em Juízo*, ed. de 1960, págs. 524 a 526).

De Amilcar de Araújo Falcão, ilustre professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, traz a reclamante, à colação, pertinentes conceitos, expendidos no seu *Direito Tributário Brasileiro*, ed. 1960 págs. 55 a 59.

Antão de Morais, como relator de dois acórdãos publicados na *Revista Forense*, vol. 78, págs. 77 e 529, em ações de repetição de impôsto pago indevidamente, deixou afirmado com apoio em Coelho da Rocha, § 157, Mainz, § 277, Molitor, nº 875 Giorgi vol. 5, nº 77, Clóvis Beviláqua, ao art. 955, Carvalho Santos, vol. 12, pág. 397, *Revista dos Tribunais*, vol. 94, pág. 524 e 106, pág. 701, e *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 7, págs. 553 e segs., que para reaver o impôsto indevidamente pago a autora não precisava provar o êrro; que a obrigação de restituir decorre da falta de causa.

Esta solução conta em seu favor com inúmeras e renomadas autoridades, podendo ressaltar dentre elas José A. B. de Melo Rocha, "Restituição de Impôsto", *in Revista de Crítica Judiciária*, vol 7, 540/570; João Arruda, F. Mendes Pimentel, J. M. de Azevedo Marques e Paulo M. Lacerda, pareceres *in Revista dos Tribunais*, vol. 100/23; Philadelpho Azevedo, *Um Triênio de Judicatura*, vol. 8, pág. 24; Amilcar de Castro, *in Revista dos Tribunais*, vol. 94/515; E. V. de Miranda Carvalho — "Os impostos pagos por êsse êrro podem ser repetidos com os juros da mora", *in Revista dos Tribunais*, vol. 99/47.

Washington de Barros Monteiro não discrepa: "Impostos eivados daqueles vícios (ilegais ou inconstitucionais, recolhidos ao erário, em virtude de imposição fiscal) não têm existência jurídica, concedendo-se por isso a sua restituição. O particular sofre desfalque em seu patrimônio mercê de ato ilícito do Poder Público, circunstância que lhe outorga direito à restituição".

Carvalho Santos *in Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 12, pág. 396, afirma, com apoio em Aubry et Rau, Demogue, Pacifici Mazzoni, Cunha Gonçalves e Clóvis Beviláqua, que o pagamento extorquido por violência ou ameaças pode ser repetido, regulando-se pelas mesmas regras do pagamento por êrro. E acrescenta: em se tratando de pagamento de impostos indevidos, essa regra tem inteira aplicação, mesmo que o contribuinte pague sem resistência. E passa a transcrever notável parecer de J. X. Carvalho de Mendonça, sôbre restituição de impôsto, com o qual afirma haverem concordado Clóvis Beviláqua e o Conselheiro Lafayette.

Assim, a tese propugnada pela reclamante está sòlidamente amparada, pelo que o seu recurso merece integral acolhimento.

Voto pela procedência da revista.