IMPÔSTO INDIRETO — RESTITUIÇÃO

— Não basta para autorizar a restituição de impôsto indireto a sua inconstitucionalidade ou ilegalidade; é mister ainda não tenha repercutido, para evitar o enriquecimento ilícito.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado do Espírito Santo *versus* Instituto Pinheiros, Produtos Terapêuticos S.A. Recurso extraordinário n.º 68.018 — Relator: Sr. Ministro THOMPSON FLORES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do re-

curso e, por maioria, dar-lhe provimento.

Brasília, 3 de outubro de 1969. — *Adalício Nogueira*, Presidente. — *Thompson Flores*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento.

Brasília, 3 de outubro de 1969. — *Adalício Nogueira*, Presidente. — *Thompson Flores*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Themístocles Cavalcanti — Cuidam os autos de ação ordinária de repetição do indébito proposta pelo Instituto Pinheiros, Produtos Terapêuticos S. A., contra o Estado do Espírito Santo, a fim de que lhe fôsse restituído o Impôsto de Vendas e Consignações, indevidamente pago na importância de NCr$ 316,99, recolhida parceladamente, nos anos de 1952 a 1957.

A ação foi julgada procedente (fôlhas 896-899), apoiando-se a sentença em entendimento do Supremo Tribunal em que, nos casos em que o próprio produtor é que expõe à venda as suas mercadorias através de agências, sucursais, depósitos, filiais e representantes esparsos pelos diversos pontos do território nacional, o impôsto é devido no lugar da procedência ou de fabricação e não naquele em que é vendida ou entregue ao comprador.

A fls. 866 foi interposto agravo no auto do processo, do despacho saneador de fls. 863, em virtude de ter sido desprezada a preliminar de ilegitimidade de parte do autor por falta de legítimo interêsse econômico ou moral para propor a ação.

Da decisão de 1.ª instância, apelou o Estado tendo sido desprezado o agravo no auto do processo e no mérito foi confirmada a sentença apelada.

Na parte em que o acórdão da apelação desprezou o agravo no auto do processo, interpôs o Estado o presente recurso extraordinário, amparado pelo art. 101, III, letras *a* e *d*, da Constituição Federal de 1946, dando como violados o art. 280, II, do Código do Processo Civil, por ausência de fundamentação art. 852 c/c art. 841, do Código de Processo Civil — se o fundamento foi a intempestividade, art. 76, e 2.º, do Código de Processo Civil.

Traz à colação aresto que demonstra ser *indireto* o tributo em causa e argumentando com o acórdão citado (fls. 950), diz que falta um elemento essencial à propositura da ação de repetição, qual seja a do *empobrecimento*.

Mister se dizer que decorridos 9 anos da interposição do Recurso Extraordinário, é que subiram os autos, argumentando o Estado, em suas razões de recorrente, com a *Súmula* n.º 71:

"Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto".

VOTO

O Sr. Ministro Themístocles Cavalcanti (Relator) — Conheço e nego provimento ao recurso. A instância recorrida já examinou o mérito da questão e decidiu pela procedência da ação, deixando sem objeto a preliminar de ilegitimidade de parte (fôlha 975).

A questão da *Súmula* n.º 71 que se refere à restituição do impôsto indireto não pode ser decidida pela preliminar da legitimidade da parte, ou melhor, pela simples verificação da qualidade do contribuinte para promover a restituição.

A questão aqui é de mérito e não de preliminar.

A decisão sôbre a legitimidade da

parte não pode envolver a do direito, no mérito da controvérsia.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente.

Data venia do eminente Relator, conheço do recurso.

Vejo entre o julgado recorrido e a *Súmula* n.º 71 o dissídio invocado, ao menos em tese.

Considerou o julgado que o impôsto indireto era ilegal, e só por isso determinou a devolução.

A meu ver, não é bastante para a restituição do tributo indireto seja êle inconstitucional ou ilegal, é mister outro requisito, não tenha êle repercutido para evitar o enriquecimento ilícito.

Deslembrou-se o julgado impugnado dessa exigência, ensejando o dissídio.

E o provimento impõe-se, para que o egrégio Tribunal, prosseguindo no julgamento, examine da repercussão, se ocorreu ou não, com as legais decorrências.

Em conclusão, conheço do recurso e dou-lhe provimento, nos têrmos e pelas considerações expendidas.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Peço vênia ao eminente Relator, para acompanhar o voto do eminente Ministro Thompson Flores.

Trata-se de ação de repetição de impôsto. O Tribunal julgou que não era devido o impôsto; tinha aplicação, ainda assim, a *Súmula* n.º 71, invocada no recurso extraordinário.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 68.018 — ES — Rel., Ministro Themístocles Cavalcanti, Recte., Estado do Espírito Santo (Adv., Petrônio José Barbosa). Recdo, Instituto Pinheiros, Produtos Terapêuticos S. A. (Adv., Elcio Alvares).

Decisão: Conhecido unânimemente, foi provido contra o voto do Relator.

Presidência do Sr. Ministro Adalício Nogueira. Presentes à sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Adaucto Cardoso, Themístocles Cavalcanti e Thompson Flores.