IMPÔSTO — REPETIÇÃO

— Não basta, para a restituição, que o tributo haja sido pago indevidamente, sendo mister, ainda, prova de não repercussão.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cia. Swift do Brasil S.A. *versus* Fazenda do Estado

Embargos no recurso extraordinário n.º 51.267 — Relator: Sr. Ministro ELOY DA ROCHA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, por maioria de votos, não conhecer dos embargos, na conformidade das notas taquigráficas.

Brasília, 2 de dezembro de 1970.

Oswaldo Trigueiro, Presidente. *Eloy da Rocha*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adalício Nogueira — Feito redistribuído.

O ven. acórdão de fls. 244, de que foi Relator o eminente Ministro Prado Kelly e contra que se argüiram os presentes embargos de divergência (fls. 246-55), oferece a seguinte ementa:

"Aplicação do verbête 71 da *Súmula*".

Desprovimento do apêlo extremo".

Foram os mesmos admitidos e impugnados (fls. 267 e 271/2), opinando a douta Procuradoria-Geral da República, no sentido de não serem conhecidos ou, se o contrário ocorrer, rejeitados (fls. 275/6).

A hipótese versada no processo é a de que a embargante, havendo obtido mandado de segurança, com trânsito em julgado, assegurando-a contra o pagamento do impôsto de vendas e consignações, incidente, por igual, sôbre a parcela relativa ao impôsto de consumo, propôs contra a Fazenda do Esatdo de São Paulo ação ordinária de repetição do indébito, para recuperar o que desembolsou a mais.

As decisões da Justiça local lhe foram infensas e o v. aresto embargado as secundou, estribado no verbête da *Súmula* 71.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Adalício Nogueira (Relator) — O primeiro problema a debater-se, no caso, é o do conhecimento dos embargos. A embargante, para positivar divergência de decisões, esteia-se em proferidas em agravos regimentais e, sobretudo, na prolatada no recurso extraordinário n.º 58.290, da lavra do eminente Ministro Luiz Gallotti, em que S. Exa. declarou inaplicável a *Súmula* 71, visto estar o recorrente acobertado por um mandado de segurança, que o resguardava do tributo exigido (*R.T.J.* 39/325).

Mas êsse julgado não pode gerar dissídio, eis que provém da própria Turma, de cujo pronunciamento se intentaram êstes embargos.

Todavia, derredor da matéria, é manifesta a discrepância de entendimentos neste eg. Supremo Tribunal Federal.

Haja vista a julgamento dos embargos no recurso extraordinário n.º 47.624, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (*R.T.J.* 44/530) e, ainda mais recentemente, os embargos no recurso extraordinário n.º 59.058, Relator o eminente Ministro Amaral Santos, que, em caso semelhante ao presente, deferiu a restituição de tributo indireto, por entender inaplicável a *Súmula* 71 (*R.T.J.* 52/393).

Reveste-se, assim, de tão plena notoriedade, a divergência em foco e é tão relevante a matéria debatida, que eu conheço, preliminarmente dos embargos.

VISTA

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Sr. Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

ERE 51.267 — SP — Rel., Ministro Adalício Nogueira. Embte., Cia. Swift do Brasil S.A. (Adv., Pedro Gordilho). Embda, Fazenda do Estado (Adv. Helladio Toledo Monteiro) (Dec. embda., Terceira Turma, 2/3/67).

Decisão: Adiado por pedido de vista do Ministro Eloy da Rocha, depois do voto do Relator (Ministro Adalício Nogueira) pelo conhecimento.

Presidência do Sr. Ministro Aliomar

Baleeiro, Vice-Presidente, por estar licenciado o Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Adalício Nogueira, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Thompson Flores e Bilac Ministros Luiz Gallotti e Adaucto Cardoso. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Amaral Santos.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Sr. Presidente, a embargante, Companhia Swift do Brasil, propôs ação de repetição de indébito, para recuperar parcela do impôsto de vendas e consignações que pagou no período de 1952-1958, incidente sôbre impôsto de consumo. Antes da ação, à ora embargante fôra concedido, em grau de recurso, pelo Supremo Tribunal, mandado de segurança. Foi negada a repetição, tanto na instância ordinária como em recurso extraordinário, pela Turma, com apoio na *Súmula* 71.

O eminente Ministro Adalício Nogueira conheceu dos embargos de divergência. Vou ler o voto de Sua Excelência, para lembrar o ponto em discussão (*lê*).

Data venia do eminente Relator, não conheço dos embargos.

A primeira decisão apontada pela embargante é a do recurso extraordinário n.º 58.290, de 14/6/66, de que foi Relator o eminente Ministro Luiz Gallotti (*R.T.J.* 39/325-30). O Sr. Ministro Adalício Nogueira assinala, de começo, que êste julgado, porque da mesma Turma do acórdão embargado, não poderia amparar os embargos. Mas afirma que é notória a discrepância e indica outras decisões, nas quais há referência ao recurso extraordinário n.º 58.290.

O acórdão no recurso extraordinário n.º 58.290 tem sido citado com freqüência, para afastar a aplicação de *Srmula* 71. Nesse recurso, o voto do Relator declara que, em face da decisão concessiva de mandado de segurança, "a parte tinha motivo justo para não se considerar devedora do impôsto e para não incorporá-lo ao preço da mercadoria; tinha motivo para contar com a restituição, uma vez que estava protegida por decisão com trânsito em julgado". Conclui S. Exa. que, "no caso, aprovar o procedimento do Fisco e negar proteção à recorrente seria, realmente, desrespeitar a coisa julgada". É que havia, com anterioridade, um mandado de segurança. O eminente Ministro Luiz Gallotti definiu, claramente, sua posição: "Nunca tive um caso assim. Já julguei centenas, mas não um caso em que houvesse mandado de segurança concedido antes...". Esclareceu-se, na mesma ocasião, que a contribuinte, naquele caso, passara a escriturar, separadamente, depois do julgamento do mandado de segurança, o que devia e o que não devia, porque já estava amparada por decisão judicial.

Pela particularidade do caso, o Supremo Tribunal Federal, de acôrdo com o voto do eminente Ministro Luiz Gallotti, não aplicou a *Súmula* 71.

O eminente Ministro Adalício Nogueira mencionou, ainda, a decisão do Supremo Tribunal, em reunião plenária, nos embargos no recurso extraordinário n.º 59.058, de 25/9/68 de que foi Relator o eminente Ministro Amaral Santos (*R.T.J.* 52/393-401). Houve largo debate sôbre a *Súmula* 71, que foi implicada, em razão da peculiaridade do caso.

O eminente Ministro Thompson Flores manifestou sua opinião sôbre a *Súmula*, que coincidia com a minha. Declarou S. Exa. (*R.T.J.* 52/396): Para mim não é bastante que ocorra a coisa julgada. Esta não será um *bill* para prevenir eternamente o interessado a não pagar o tributo, porque protegeu uma determinada e certa situação a qual acudiu o *mandamus*.

Para a hipótese, o mandado julgado faz com que se respeite a situação, impedindo nova cobrança.

A restituição, porém, impõe, no que tange aos impostos indiretos, requisito outro, que a prova demonstra que o requerente suportou o ônus. Desembalsou o que não era devido e não se refez dessa saída".

O eminente Ministro Amaral Santos respondendo a uma pergunta do eminente Victor Nunes Leal, esclareceu a hipótese de que então se tratava (*R.T.J.* 52/400-1): "Perguntaria ao eminente Relator se a cobrança de que tratam os autos foi efetuada depois de concedida a segurança. O Senhor Ministro Amaral Santos (Relator) — "Muito depois. Vários anos, três ou quatro, não posso precisar, o contribuinte, deixando de acrescentar ao preço o impôsto, porque sabia que não tinha que pagar por fôrça de mandado de segurança, ficou devendo ao Estado. O Estado quer cobrar, como se não houvesse o mandado de segurança concedido".

Acrescentou o Sr. Ministro Victor Nunes: "No caso, porém, a cobrança foi feita depois de concedido mandado de segurança ao contribuinte. Parece-me, pois, evidenciado o abuso a que se referiu, há pouco, o Senhor Ministro Aliomar Baleeiro. Comportamento abusivo do Fisco, resistindo à interpretação judiciária. Dou relêvo maior a êste argumento, porque devemos combater os abusos onde quer que êles se manifestem, e pelos meios que estiverem ao nosso alcance. Também acompanho o eminente Relator, recebendo os embargos".

Tive oportunidade de assinalar que, por haver prova de que se não dera a repercussão, recebia os embargos.

No presente caso, o pedido de restituição, julgado improcedente na instância ordinária e na Turma, foi formulado a 25/5/59 e referiu-se a pagamento feito de 4/7/52 — 22/5/57. A embargante, Cia. Swift do Brasil S.A., impetrara mandado de segurança, concedido em primeira instância e cassado, a 31/1/57, pelo Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal deferiu o mandado, em acórdão de 16/5/58. A contribuinte pagou o tributo, apenas, até o dia 22 do mesmo mês, uma semana depois do mandado.

Embora a Cia. Swift do Brasil, ora embargante, tenha obtido o deferimento do mandado, o impôsto dor ela pago, de 1952 a 1958, foi incluído no preço. Houve a repercussão. Ela não sofreu empobrecimento algum. Se a Fazenda Publica fôr obrigada a repor o tributo, ocorrerá enriquecimento ilícito da contribuinte. Receberá, em restituição, da Fazenda, o impôsto que cobrou do consumidor.

É aplicável a *Súmula* 71, com a alteração da de n.º 546: "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido, por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto o quantum* respectivo". Não basta, para a restituição, que o tributo haja sido pago indevidamente. É de mister, ainda, prova de sua não repercussão.

Não há identidade, a meu ver, entre o caso dêstes embargos e as situações consideradas nas decisões trazidas para comfrovar a alegada divergência. Na espécie, o pedido de repetição se refere a parcelas pagas anteriormente ao mandado.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente.

Data venia do voto do eminente Relator, acompanhando o voto do eminente Ministro Eloy da Rocha.

S. Exa., longamente, mostrou incorrer a divergência em que se assentaram os embargos.

Dêles, pois, não conheço.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Amaral Santos — Sr. Presidente, dada a exposição do eminente Ministro Eloy da Rocha, acompanho S. Exa., visto que não há divergência. Não conheço dos embargos.

VOTO SEM PRELIMINAR

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Sr. Presidente, tenho a impressão de que o eminente Ministro Adalício Nogueira também se referiu à notoriedade da divergência. E o meu mestre de processo, o eminente Ministro Amaral Santos, uma vez defendeu aqui a necessidade de seguirmos as diretrizes do direito comparado, no caso o direito alemão, que dispensa a prova nas decisões ou ela é do próprio Tribunal.

No caso, a divergência é do próprio Supremo Tribunal Federal e está hoje em *Súmula.*

Conheço dos embargos, Sr. Presidente, de acôrdo com o eminente Relator, *data venia* do eminente Ministro Eloy da Rocha.

EXTRATO DA ATA

ERE 51.267 — SP — Rel., Ministro Adalício Nogueira. Embte., Cia. Swift do Brasil S.A. (Adv., Pedro Gordilho). Embda., Fazenda do Estado (Adv., Helladio Toledo Monteiro) (Dec. embda., Terceira Turma, 2/3/67).

Decisão: Não conhecidos, contra os votos dos Ministros Relator (Adalício Nogueira) e Aliomar Baleeiro.

Presidência do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Aliomar Baleeiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão Adaucto Cardoso, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores e Bilac Pinto. Procurador-Geral da República, o Professor Xavier de Albuquerque.