IMPOSTO — INCONSTITUCIONALIDADE — REPETIÇÃO

— Cabe repetição do imposto pago indevidamente, quando reconhecido que o contribuinte de jure *não recuperou do contribuinte* de facto *o* quantum *respectivo.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tabacos Blumenau S.A. *versus* Estado de Santa Catarina
Recurso extraordinário n.º 70.160 — Relator: Sr. Ministro ELOY DA ROCHA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, na conformidade das notas taquigráficas.

Brasília, 14 de junho de 1971. *Adalício Nogueira*, Presidente. *Eloy da Rocha*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Ministro Eloy da Rocha*: Tabacos Blumenau S.A. propôs contra o Estado de Santa Catarina ação de repetição de indébito da importância de Cr$ 16.269.308, antigos, correspondente ao imposto sobre tabacos e derivados e à taxa de assistência à indústria local, tributos recolhidos nos exercícios de 1962, 1963 e 1964, no último ano, até 21 de agosto.

Alegou a autora que a inconstitucionalidade dos tributos, previstos nos arts. 11, incisos 3 e 12, da Lei estadual n.º 2.772, de 21.7.61, foi reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive nos RMS n.ºs 13.121, 13.250 e 13.238, de 1964, por ela impetrados.

A sentença de primeira instância julgou procedente, em parte, a ação, para condenar o Estado a restituir à autora a quantia relativa à arrecadação do imposto sobre as operações para o exterior. Considerou a sentença (folhas 140-1):

"Há de se distinguir, no caso em análise, duas circunstâncias: primeira, a referente ao pagamento do imposto nas vendas internas; segunda, a que diz respeito ao imposto pago nas exportações para o exterior.

Na primeira hipótese, como de modo idêntico decidi na Ação Ordinária número 267/66, em que foi autora a sociedade Bebidas Rodolfo Thomsem Sociedade Anônima, Indústria e Comércio, e réu o Estado de Santa Catarina entendo que a postulante não suportou a carga tributária, ao menos não demonstrou, suficientemente, o contrário, descarregando-a no adquirente da mercadoria por força do fenômeno da repercussão.

Na segunda hipótese, parece claro, não agiu a autora como mero recolhedor do tributo, mas suportou ela, exclusivamente, a incidência, tendo, por conseguinte, a sua margem de lucro reduzida, já que lhe faleciam poderes para fixar o preço no mercado internacional.

Quanto à taxa de assistência à indústria local, como observa o réu, em documento junto à contestação (folhas 61), decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal, configurar ela verdadeira "imposto de barreira". Nessa condição, à semelhança do então imposto de vendas e consignações, a importância tributada foi acrescido ao preço da mercadoria, ocorrendo, de igual modo, o fenômeno da repercussão.

Daí, resolvo julgar procedente, em parte, a ação para condenar o Estado a restituir à autora a importância correspondente à arredacação do imposto que incidiu sobre as operações para o exterior.

Não tem cabimento, na espécie, a correção monetária.

Honorários são indevidos por ser a autora vitoriosa apenas parcialmente, não se aplicando, portanto, o princípio da sucumbência.

Custas em proporção.

Recorro de ofício para o egrégio Tribunal de Justiça."

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento às apelações *ex officio* e do Estado, para julgar a ação totalmente improcedente. Declarou o acórdão (fls. 178-9):

"O ilustre magistrado, em bem elaborada sentença, expressou o seu convencimento. É de se observar, entretanto, que a autora, na segunda hipótese, também não fez a prova de haver assumido o encargo. Tal prova inexiste, sendo os laudos periciais pouco esclarecedores neste sentido. Acresce que, conforme acentua o Estado em suas razões de apelação, "conhecendo previamente, a futura exigência de um tributo, o contribuinte dispõe de meios de fugir ao ônus do tributo, alterando o seu custo de produção, majorando o preço da mercadoria e em conseqüência repercutindo o ônus do tributo no comprador."

Em suma: nas vendas para o exterior a autora, igualmente, não demonstrou prejuízo, condição básica para a restituição."

Recorreu, extraordinariamente, a autora, com fundamento nas letras *a* e *d*. Alegou violação do art. 964 do Código, Civil e indicou, para comprovar dissídio jurisprudencial, os julgados de folhas 186-9, nomeadamente, o RE número 58.290, de 17.6.66 (*RTJ*, v. 39, p. 325-30), o RE n.º 43.509 e o RE n.º 43.884.

A douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O *Sr. Ministro Eloy da Rocha* (Relator): Não favorece à recorrente o julgado no RE n.º 58.290, porque, na espécie, os tributos foram recolhidos, até 21.8.64, anteriormente à concessão do mandado de segurança.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consagrada na *Súmula* n.º 546, cabe restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido que o contribuinte *de iure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo.

No caso, o perito indicado pelo Estado distinguiu o efeito da tributação no comércio interno e externo. (fls. 129): "No comércio interno (dentro do Estado) a autora não sofreu prejuízos, visto ter logo estabelecido preço conveniente para a safra que se iria iniciar. No comércio externo (para fora do país) teve reduzida a sua margem de lucro em 2%, visto não ser da sua competência estabelecer o preço no mercado internacional. Pode-se assim afirmar que a autora sofreu diminuição de seus créditos no valor dos tributos recolhidos."

Conheço do recurso e lhe dou provimento parcial, para julgar procedente, em parte, a ação de repetição, nos termos da sentença de primeira instância.

EXTRATO DA ATA

RE 70.160 — SC — Rel., Ministro Eloy da Rocha. Recte., Tabacos Blumenau S.A. (dv., Emildo L. Rabello). Recdo., Estado de Santa Catarina (Adv., José Marques Vieira).

Decisão: Conheceu-se do recurso e deu-se-lhe provimento parcial. Decisão unânime.

Presidência do Sr. Ministro Adalício Nogueira. Presentes à sessão os Senhores Ministro Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto e Antônio Neder, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.