

IMPOSTO — REPETIÇÃO DO INDÉBITO FISCAL

— *Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto.*

— *O ônus de provar a não repercussão, para tornar cabível a restituição, é do contribuinte que a reclama.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de São Paulo *versus* CALAFFA — Engenharia, Solos e Fundações Ltda.

Recurso extraordinário nº 74.631 — Relator: Sr. Ministro

XAVIER DE ALBUQUERQUE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em confor-

midade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator.

Brasília, 7 de dezembro de 1973. *Thompson Flores*, Presidente. *Xavier de Albuquerque*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Trata-se de ação de repetição do indébito fiscal representado pelo antigo imposto de transações do Estado de São Paulo, julgada procedente nas duas instâncias ordinárias. O estado alegou, desde a contestação, que a autora não provara a não repercussão do tributo, mas a sentença considerou despendida a questão e desnecessária tal prova, ao passo que o acórdão derradeiro, proferido em embargos infringentes, fundou-se em que o ônus da prova não era da autora. Nas palavras do aresto (fls. 84): “se o autor provou haver pago o imposto, não lhe competia provar também que não o recebeu do contribuinte de fato”.

Daí o recurso extraordinário do estado, pelas letras *a* e *d*, fundado em negação de vigência aos arts. 2º e 209, § 1º, do Código de Processo Civil, e ao art. 166 do Código Tributário Nacional, bem como dissídio com as *Súmulas* 71 e 546.

A Procuradoria-Geral da República entendeu não haver dissídio entre o acórdão recorrido e a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal, pelo que, em razão da alçada regimental, opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Relator): A ação foi julgada procedente, não porque as instâncias locais entendessem não se tratar de tributo indireto,

ou, sendo dessa natureza o imposto, porque entendessem haver a recorrida prova do a não repercussão, mas porque a produção de tal prova não constituía ônus da autora.

Ora, a razão de decidir do acórdão recorrido afronta sem disfarce a norma do art. 166 do Código Tributário Nacional, segundo a qual o ônus de provar a não repercussão do tributo é do contribuinte que o repete.

Além disso, há dissídio evidente com a *Súmula* 71, dissídio que o abrandamento contido na *Súmula* 546 não afasta, porque o aresto atacado não reconheceu que o contribuinte de direito não houvesse recuperado do contribuinte de fato o *quantum* reclamado; limitou-se à assertiva, já assinalada, de que não lhe cumpria fazer a prova desse fato.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente a ação, condenando a recorrida nas custas e em honorários de 10% sobre o valor dado à causa.

EXTRATO DA ATA

RE nº 74.631 — SP — Rel., Ministro Xavier de Albuquerque. Recte., Estado de São Paulo (Av., Ylves José de Miranda Guimarães). Recda., Caiaffa — Engenharia, Solos e Fundações Ltda. (Adv., João Modesto de Abreu).

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Senhores Ministros Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque, e o Dr. Oscar Corra Pina, Procurador-Geral da República, substituto. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro, Presidente.