

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

FORNECIMENTO MÚSICA EM RESTAURANTE

Recurso

Apelação Cível 78.955

Tribunal

STJ

PAGAMENTO DO INDEVIDO — PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE

EMENTA

Não é mister que a parte exaure a via administrativa para pleitear em juízo o que indevidamente verteu aos cofres públicos, posto que é garantia constitucional do particular o livre acesso ao Poder Judiciário.

RESUMO O ACÓRDÃO: - ... a controvérsia gira em torno da necessidade de prévia solicitação da restituição na via administrativa, como requisito indispensável ao ingresso no Judiciário para pleitear a devolução do que indevidamente pagou, in casu, a título de ICM sobre o fornecimento de alimentos e bebidas em seu restaurante. - Por diversas vezes tive oportunidade de apreciar esta questão perante o extinto Tribunal Federal de Recursos, sempre sustentando a tese de não ser mister que a parte exaure as vias administrativas para pleitear em juízo o que indevidamente verteu aos cofres públicos, posto que é garantia constitucional do particular o livre acesso ao Poder Judiciário. E como bem assinalou o eminente Ministro PEDRO ACIOLLI, quando do julgamento da Apelação Cível nº 78.955 - SP, in DJ de 3-10-85, "essa garantia não pode ser limitada senão pela própria Constituição, o que é de natureza ínsita à sua parte dogmática". - Ademais, no caso vertente, torna-se transparente a relação litigiosa, travada entre as partes, quando o ente público impugnou a pretensão em seu mérito. - Cabe, ainda, transcrever o trecho do pronunciamento do douto Ministério Público que, opinando pelo provimento do apelo extremo, com grande propriedade ressaltou: "Com efeito, se o interesse de agir resulta da necessidade de invocar a tutela jurisdicional para a proteção de direito subjetivo, então parece inegável o interesse de quem, havendo pago tributo inequivocadamente considerado ilegítimo pela Fazenda Pública, busca socorrer-se diretamente do Judiciário para obter a repetição do indébito, descartando qualquer tentativa de receber administrativamente a devolução, por saber que tal providência, em face do notório entendimento do Fisco, não passaria de formalidade totalmente ineficaz. - Não se trata, note-se bem, de afastar, em todos os casos, a exigibilidade da postulação administrativa, como condição para caracterizar a lide e despertar o interesse processual, na ação da repetição de indébito. Não raro, caso há em que só a expressa recusa de devolver o pagamento indevido evidenciará a resistência do Erário, configurando-se o conflito de interesses e a necessidade de reclamar a prestação jurisdicional. - Nem é o caso de aderir, sem reservas, à tese da absoluta liberdade de acesso ao Poder Judiciário, pois, como lucidamente observa ADA PELLEGRIN GRINOVER, "os Tribunais entendem cabível a regulamentação do exercício do direito de ação pelo legislador ordinário, mesmo com a sujeição a condições de procedibilidade, mas desde que se observa a possibilidade efetiva do exercício, sem limitações ou restrições que possam equivar a aniquilação da garantia constitucional ... a jurisprudência brasileira tem admitido o poder de irregulamentação, pelo legislador ordinário, do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judiciário" ("As Garantias Constitucionais de Direito de Ação", RT/1973, págs. 164 e 168). - O que não se pode, menosprezando a função instrumental do processo e a sua vocação cada vez mais acentuada para a efetividade - como enfatizam os doutos - é condicionar a ação de repetição de indébito a uma peregrinação inútil do contribuinte pelos balcões da burocracia oficial, obrigando-o a formular requerimentos destituídos de qualquer sentido prático, numa pura perda de tempo e de trabalho, quando todos sabem, de antemão que a resposta da Fazenda, que sustenta tese adversa sobre mérito da pretensão, seria inflexivelmente negativa. - O interesse de agir, é bem de ver, não nasce a partir da impugnação do pedido em juízo pois, a prosperar tal entendimento, data venia, o Estado acionad o, ver-se-ia

na esdrúxula contingência de ter que renunciar a uma defesa integral, em aberta afronta ao princípio da eventualidade. De resto, as condições da ação devem, naturalmente, existir antes e não depois, do exercício da própria ação. O que acontece, pura e simplesmente, é que a necessidade de recorrer à tutela jurisdicional, em tais casos, rigorosamente preexiste à propositura da demanda, diante do conhecimento público e geral de que o Tesouro não deferiria, jamais, pelas vias administrativas, a restituição do tributo questionado." - Recurso provido. Ac. de 13-06-1990 DJ de 6-8-1990 Arquivo do EMFOR - STJ/163 EMENTÁRIO FORENSE. Janeiro, 1994. A

NOTA DA REDAÇÃO

jurisprudência brasileira