

## Mudança de lei entre dois pedidos afasta litispendência, diz TRF-3

Pedidos de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins feitos antes e depois da Lei 12.973/2014 devem estar em mandados de segurança separados. De acordo com a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, como a lei mudou as formas de cobrança de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, não pode haver litispendência entre mandados de segurança dos mesmos autores e que tratam do mesmo assunto, mas têm causas de pedir diferentes — a existência da lei.

O tribunal reformou sentença que havia reconhecido a litispendência e extinguido sem resolução de mérito um MS no qual uma empresa de cortiça pediu, em 2015, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. A decisão da primeira instância argumentou que outro mandado de segurança havia sido impetrado pela mesma empresa em 2013, com o mesmo pedido, embora não citasse a Lei 12.973.

Contra a decisão, a empresa, defendida por **Marcos Taverneiro**, do **TVF Advogados**, apelou argumentando não existir litispendência no caso, uma vez que a aplicação da decisão proferida no MS anterior à Lei 12.973/2014 terá sua aplicação limitada a 31 de dezembro de 2014, e que, no caso em questão, o período de apuração é diferente, já que é pedida a exclusão do ICMS da base do PIS e da Cofins a partir de 1º de janeiro de 2015, quando a lei passou a valer.

Em seu voto, o desembargador Mairan Maia, relator do caso seguido por unanimidade pelos demais membros do colegiado, citou jurisprudência da mesma turma no sentido de afastar a litispendência por se tratar de “períodos distintos do recolhimento”. Ele destacou a diferença entre as ações justamente porque o MS impetrado antes da vigência da Lei 12.973 não discutia a legalidade e constitucionalidade da norma como fez o processo posterior.

"Embora ambos os feitos objetivem provimento jurisdicional que autorize exclusão dos valores relativos ao ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, o presente caso, fundado na superveniência da lei 12.973/2014, versa sobre nova causa de pedir, uma vez que diz respeito apenas aos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2015 e, portanto, que trata de períodos de apuração diversos", disse o relator.

### Aplicação da jurisprudência

No mérito, o TRF-3 também acatou o pedido da empresa e a dispensou de incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. A 3ª Turma seguiu o entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual o ICMS não pode integrar o PIS e a Cofins por não fazer parte do faturamento das empresas.

A tese foi definida pelo Supremo no Recurso Extraordinário 574.706, com repercussão geral reconhecida. Ali ficou entendido que o valor recebido pelas empresas como ICMS repassado a clientes não faz parte de suas receitas brutas. É o recolhimento do imposto, que tem uma técnica de cobrança própria.

"A questão não carece de maiores debates", disse Mairan Maia. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins."

"Quanto ao objeto destes autos, as alterações posteriores perpetradas pela Lei 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706 pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela", completou.

Com a reforma da sentença de primeiro grau, a turma também determinou a restituição dos valores recolhidos indevidamente após a norma, a partir de janeiro de 2015, que a autora, uma empresa de cortiça, havia requerido.

"Por fim, fica ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência".

**Clique [aqui](#) para ler a decisão.**

**Processo 5000696-31.2017.4.03.6144**

**Date Created**

08/01/2019