

VOTO

O Senhor Ministro Luiz Fux: Cumprimento o Ilustre Relator pelo percuciente e bem lançado voto, no que o acompanho na quase totalidade de seus termos.

Em homenagem à jurisprudência da Corte, bem exposta pelo Relator, filio-me à tese de que não se pode extrair do item 14.05 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03 a incidência de ISS na chamada “industrialização por encomenda”.

Outrossim, afigura-me proporcional e razoável o percentual máximo da multa moratória, fixado no percentual de 20% do débito tributário, também em homenagem aos julgados deste Supremo Tribunal Federal.

No entanto, *data maxima venia* ao brilhantismo com que o Ministro Relator expôs sua posição, entendo que, apenas por absoluta e irrestrita homenagem ao contraditório e ao devido processo legal, sem qualquer juízo de valor sobre o mérito da questão, não é possível, neste momento, firmar a modulação de efeitos do julgado com a exclusão da incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI sobre as operações em discussão.

É que a matéria em momento algum foi objeto de questionamento na demanda, de maneira a que as diversas posições sobre a incidência do tributo federal pudessem ser debatidas. Basta ver que na inicial dos Embargos à Execução que deram origem à contenda, o próprio contribuinte não questiona a incidência do IPI, reconhecendo mesmo que a incidência do tributo federal faz parte de seu processo produtivo. *In verbis*:

(...) Ora, não se pode afirmar que a operação realizada pelo estabelecimento atuado constitui um serviço prestado para o consumidor final. Muito diferentemente, o beneficiamento dos rolos e bobinas de aço integram o ciclo de industrialização do aço, como determinado pelo art. 4º do RIPI, não podendo incidir o imposto municipal sobre essa atividade! Aqui é importante deixar a seguinte conclusão bem vincada: se a etapa operacional se insere no ciclo de produção do aço, sobre essa atividade recai ICMS e IPI, e não ISSQN!

Dessarte, inobstante o processo de objetivação a que está submetido o julgamento dos casos em repercussão geral por este Supremo Tribunal

Federal, parece-me, *in casu*, que fazer a tese do precedente vinculante alcançar as disposições relativas à incidência do IPI ultrapassaria o objeto da lide, em situação próxima à de uma decisão *o ultra petita*.

Ex positis, **ACOMPANHO COM RESSALVAS** o voto do Ilustre Relator, para determinar eficácia *ex nunc* da decisão relativa à não incidência do ISS sobre as operações de industrialização por encomenda, produzindo o provimento efeitos a contar da data de publicação da ata de julgamento do mérito, para:

a) impossibilitar a repetição de indébito do ISS em favor de quem recolheu esse imposto até a véspera da referida data, vedando, nesse caso, a cobrança do ICMS em relação aos mesmos fatos geradores;

b) impedir que os municípios cobrem o ISS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da daquela data.

Ficam ressalvadas (i) as ações judiciais ajuizadas até a véspera mesma data, inclusive as de repetição de indébito e as execuções fiscais em que se discuta a incidência do ISS, e (ii) às hipóteses de comprovada bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até a véspera da mencionada data, casos em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito do ISS e não do ICMS, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação judicial até esse marco. No caso de não recolhimento nem do ISS nem do ICMS, incide o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito.

É como voto