

**RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL -
PROCESSO Nº 0054487-43.2022.8.19.0001
11ª VARA FAZENDA DA FAZENDA PÚBLICA
RECORRENTE: BOTICÁRIO PRODUTOS DE BELEZA LTDA
RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATORA: JACQUELINE LIMA MONTENEGRO**

**JUÍZO DE CONFORMIDADE. MANDADO DE
SEGURANÇA. REMESSA DO FEITO À CÂMARA
POR DETERMINAÇÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA
PARA FINS DE EVENTUAL EXERCÍCIO DE
RETRATAÇÃO OU CONFIRMAÇÃO DO ACÓRDÃO
PROFERIDO, *VIS A VIS* AO DECIDIDO NO TEMA Nº
1266, DO STF. ACÓRDÃO PROFERIDO NESTES
AUTOS QUE DIVERGE DO RESULTADO DO
JULGAMENTO. PRETENSÃO AUTURAL PARA
AFASTAMENTO DA COBRANÇA DO DIFAL-ICMS.
SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA INICIAL POR
AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. *WRIT*
QUE SE ENQUADRA NA MODULAÇÃO TEMPORAL
FIRMADA PELA SUPREMA CORTE, DEVENDO,
PORTANTO, TER REGULAR SEGUIMENTO NO 1º
GRAU. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. EXERCÍCIO DO
JUÍZO DE RETRATAÇÃO QUE SE IMPÕE PARA
DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, Acordam os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgar o presente recurso na forma da certidão de julgamento e voto a serem publicados.

¶

Os presentes autos foram remetidos pela Terceira Vice-Presidência para este Órgão Julgador com a finalidade de ser examinada a pertinência do juízo de retratação, nos termos do disposto no inciso II, do artigo 1.030, do CPC/2015.

O acórdão de fls. 530 ejud, corroborado pelo de fls. 589 ejud, negou provimento à Apelação interposta pela impetrante, mantendo a sentença de fls. 273 ejud que indeferiu a inicial.

Contra esse Acórdão foram interpostos Recurso Extraordinário (fls. 605 ejud) e Recurso Especial (fls. 640 ejud), tendo a decisão de fls. 727 ejud determinado o sobrestamento até definição do Tema nº 1266, do STF.

A decisão de fls. 1034 ejud, diante do trânsito em julgado do paradigma do Tema 1.266 do STF, determinou o retorno dos autos a esta Câmara para eventual exercício do juízo de retratação. Para tanto, utilizou-se da seguinte fundamentação:

“(...) A controvérsia relativa à “Incidência da regra da anterioridade anual e nonagesimal na cobrança do ICMS com diferencial de alíquota (DIFAL) decorrente de operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, após a entrada em vigor da Lei Complementar 190/2022” foi afetada ao julgamento pelo regime da repercussão geral, no RE 1426271, paradigma do Tema 1.266 do STF.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mérito do leading case do Tema 1.266 do STF, fixou as seguintes teses jurídicas:

“I - Constitucional o art. 3º a Lei Complementar 190/2022, o qual estabelece vacatio legis no prazo correspondente à anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, ‘c’, da Constituição Federal.

II - As leis estaduais editadas após a EC 87/2015 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 190/2022, com o propósito de instituir a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 190/2022.

III- Contribuintes que ajuizaram ação judicial (modulação dos efeitos) - Exclusivamente quanto ao exercício de 2022, não se admite a exigência do DIFAL em relação aos contribuintes que tenham ajuizado ação judicial questionando a cobrança até a data de

juízo da ADI 7066 (29/11/2023), e tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício.”

*No caso em tela, considerando os termos das teses firmadas pela Corte Suprema, impõe-se o encaminhamento dos autos ao órgão prolator do julgado para que, em sede de juízo de retratação, a matéria seja apreciada à luz da orientação vinculante definida no **Tema 1.266 do STF**.*

*À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, **ENCAMINHO OS AUTOS AO ÓRGÃO JULGADOR** para reexame da controvérsia em consonância com as teses firmadas no **Tema 1.266 do STF**, nos termos da fundamentação supra.”*

De fato, é necessário que se exerça o juízo de retratação, pois o acórdão proferido nesta Instância Revisora contrasta do entendimento lançado no Tema nº 1266, do STF.

As teses estabelecidas pelo STF, no julgamento do Tema nº 1266 da Repercussão Geral (**Recurso Extraordinário nº 1.426.271**), em sessão virtual extraordinária realizada entre 17 e 21 de outubro de 2025, foram acima transcritas e em decorrência da modulação dos efeitos estabelecida no item III, é assegurado à recorrente o processamento do *mandamus*, que se volta em face da cobrança do DIFAL durante o exercício de 2022.

Assim, tendo em vista ter sido o mandado de segurança extinto pelo indeferimento da inicial, não se tendo oportunizado as manifestações da Autoridade impetrada e da pessoa jurídica à qual se acha vinculada (Estado do Rio de Janeiro), previstas no art. 7º, da Lei nº 12016/2009, inviável o julgamento de mérito por esta instância recursal, que deve tão somente anular a sentença e determinar o regular processamento do *writ*.

Sobre o tema, também já se manifestou esta Corte:

“0080249-61.2022.8.19.0001 – APELAÇÃO
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
Des. ROSSIDELIO LOPES - Julgamento: 17/03/2026

“DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS-DIFAL.

INDEFERIMENTO DA INICIAL COM FUNDAMENTO DE MÉRITO. ERROR IN PROCEDENDO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO. I. CASO EM EXAME: Mandado de segurança impetrado contra ato do Subsecretário de Estado de Receita da Fazenda do Rio de Janeiro, objetivando o reconhecimento do direito líquido e certo de não se sujeitar à incidência do DIFAL do ICMS nas vendas a consumidor final não contribuinte, no exercício de 2022. Sentença que indeferiu liminarmente a inicial e extinguiu o processo sem resolução do mérito. Apelação da impetrante sustentando que já houve anulação da sentença anterior em razão da inadequação do indeferimento da inicial por razões de mérito, sendo que o fundamento atual de ainda não ter sido julgado o Tema 1266 pelo STF justamente aponta para o preenchimento dos requisitos legais para a propositura do *mandamus*, reiterando a tese de inconstitucionalidade da cobrança do DIFAL em 2022, à luz dos princípios da anterioridade anual e nonagesimal. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO: A questão em discussão consiste em saber se é admissível o indeferimento liminar da petição inicial em mandado de segurança, com base em fundamentos de mérito, notadamente quanto à inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na cobrança do ICMS-DIFAL antes do julgamento definitivo do Tema 1.266 pelo Supremo Tribunal Federal. III. RAZÕES DE DECIDIR: É inadmissível o indeferimento da inicial do Mandado de Segurança fundado em razões de mérito, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. A fundamentação adotada pelo Juízo de origem, ao afastar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, com base em interpretações sobre a constitucionalidade da cobrança do DIFAL, adentrou no mérito da controvérsia, o que inviabiliza o indeferimento liminar da inicial. O julgamento imediato do mérito pelo Tribunal, nos termos do art. 1.013, §3º, I, do CPC, não é possível diante da necessidade de prévia manifestação da autoridade apontada como coatora, em observância ao rito próprio do Mandado de Segurança. IV. DISPOSITIVO: SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO. V. TESE DE JULGAMENTO: ‘1. É vedado o indeferimento liminar da inicial em mandado de segurança com fundamento em razões de mérito. 2. A análise da existência de ilegalidade ou abuso de poder demanda o regular processamento do *writ*, com a oitiva da autoridade coatora.’ DISPOSITIVOS RELEVANTES CITADOS: CF/1988, art. 150, III, b e c; CPC/2015, art. 485, I, e art. 1.013, § 3º, I; Lei nº 12.016/2009, arts. 7º, I, e 10. JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE CITADA: STJ, AgInt no RMS nº 50.749/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 14.06.2021; STJ, AgInt nos EDcl no RMS nº 46.264/RO, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 01.06.2021; TJ/RJ, TJERJ, Apelação nº 0085238-13.2022.8.19.0001, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, Sétima Câmara de Direito Público, j. 12.09.2024. TJERJ, Apelação nº 0078201-

32.2022.8.19.0001, Rel. Des^a Isabela Pessanha Chagas, Sétima Câmara de Direito Público, j. 02.05.2024. TJERJ, Apelação nº 0034035-12.2022.8.19.0001, Rel. Des. Mauro Dickstein, Quinta Câmara de Direito Público, j. 08.02.2024. TJERJ, Apelação nº 0072669-77.2022.8.19.0001, Rel. Des^a Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, Oitava Câmara de Direito Público, j. 21.03.2024. TJERJ, Apelação nº 0019526-42.2023.8.19.0001, Rel. Des. Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03.04.2024.”

Ante o exposto, em juízo de retratação, **VOTO** no sentido de reformar o Acórdão de fls. 530 ejud para **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, determinando o regular processamento do *mandamus*, na forma da fundamentação.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
Desembargadora Relatora