



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Primeira Câmara de Direito Privado

**Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de
Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000**

**Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de
Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000**

RELATOR: DES. MARCELO LIMA BUHATEM

Embargante: F MARINE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS
NÁUTICOS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Embargado: EXMO. SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Interessado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, II, DO CPC. ICMS-DIFAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022. TEMA Nº 1.266 DO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. CONTRIBUINTE QUE AJUIZOU AÇÃO EM 2022, MAS ADMITIU TER EFETUADO O RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NO EXERCÍCIO DISCUTIDO. AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO CUMULATIVO NA RESSALVA MODULATÓRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO DE PLANO. JUÍZO NEGATIVO DE RETRATAÇÃO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO.

I. Caso em exame

Embargos de declaração opostos em mandado de segurança no qual pessoa jurídica em recuperação judicial pretendeu afastar a exigibilidade do ICMS-DIFAL incidente sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

situados no Estado do Rio de Janeiro, no exercício financeiro de 2022, com fundamento na LC nº 190/2022 e nos princípios da anterioridade anual e nonagesimal. O acórdão originário denegou a segurança, e o acórdão subsequente desproveu os embargos de declaração. Após a interposição de recurso especial e o julgamento definitivo do Tema nº 1.266/STF, a Terceira Vice-Presidência determinou a devolução dos autos ao órgão julgador para eventual juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, II, do CPC.

II. Questão em discussão

Há duas questões em discussão: (i) definir se o Tema nº 1.266/STF impõe a retratação do acórdão que denegou a segurança; (ii) estabelecer se a impetrante se enquadra, cumulativamente, na modulação de efeitos que afasta a exigibilidade do DIFAL no exercício de 2022 para contribuintes que ajuizaram ação até 29/11/2023 e deixaram de recolher o tributo naquele exercício.

III. Razões de decidir

O juízo de retratação previsto no art. 1.030, II, do CPC possui cognição delimitada à verificação de conformidade entre o acórdão recorrido e a orientação firmada em precedente qualificado, não importando reabertura integral do julgamento originário.

O Tema nº 1.266/STF assentou a constitucionalidade do art. 3º da LC nº 190/2022, reconheceu a validade das leis estaduais editadas após a EC nº 87/2015 e antes da LC nº 190/2022, e modulou efeitos, exclusivamente quanto ao exercício de 2022, apenas em favor dos contribuintes que ajuizaram ação judicial até 29/11/2023 e deixaram de recolher o tributo naquele exercício.

A modulação fixada pelo Supremo Tribunal Federal é objetiva, excepcional e cumulativa, de modo que não se estende ao contribuinte que, embora tenha judicializado a controvérsia dentro do marco temporal, admite ter efetuado o pagamento do ICMS-DIFAL no exercício de 2022.

Na hipótese, a própria impetrante afirmou, nas razões do recurso especial, que vinha efetuando o pagamento do imposto em todas as vendas interestaduais desde o



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

início de 2022, ainda que por receio de sanções fiscais, circunstância que afasta o requisito de ausência de recolhimento previsto no item III do Tema nº 1.266/STF. Em mandado de segurança, incumbe à impetrante comprovar de plano o direito líquido e certo invocado, inclusive os fatos constitutivos do enquadramento na modulação de efeitos de precedente vinculante, não sendo possível presumir a ausência de recolhimento quando há admissão processual em sentido oposto.

IV. Dispositivo e tese

Juízo negativo de retratação. Acórdão mantido.

Tese de julgamento:

1. O juízo de retratação previsto no art. 1.030, II, do CPC limita-se à verificação de conformidade do acórdão recorrido com a tese firmada em precedente qualificado.
2. A modulação de efeitos do Tema nº 1.266/STF, quanto ao exercício de 2022, exige cumulativamente o ajuizamento de ação judicial até 29/11/2023 e a ausência de recolhimento do DIFAL naquele exercício.
3. A admissão, pelo contribuinte, de que efetuou o pagamento do ICMS-DIFAL em 2022 afasta o enquadramento na ressalva modulada, ainda que o recolhimento tenha sido realizado por cautela ou receio de sanções fiscais.

Dispositivos relevantes citados: CF, arts. 5º, LXIX, 150, III, b e c, e 155, § 2º, VII e VIII; CPC, arts. 373, I, 927 e 1.030, II; Lei nº 12.016/2009, arts. 1º e 25; LC nº 190/2022, art. 3º.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE nº 1.426.271/CE, Tema nº 1.266 da repercussão geral, Rel. Min. Alexandre de Moraes; STF, RE nº 1.287.019/DF, Tema nº 1.093 da repercussão geral; STF, ADI nº 5.469/DF; STF, Súmula nº 512; STJ, Súmula nº 105.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000, em que figura como embargante F MARINE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS



**Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de
Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000**

NÁUTICOS LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e como embargado o EXMO.
SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO, com interesse do ESTADO DO RIO DE JANEIRO,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Primeira
Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,
por unanimidade de votos, em **EXERCER JUÍZO NEGATIVO DE
RETRATAÇÃO**, mantendo-se o acórdão que desproveu os embargos de
declaração e o acórdão que denegou a segurança, nos termos do voto do
Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar,
impetrado por F Marine Indústria e Comércio de Produtos Náuticos Ltda. em
recuperação judicial em face do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Fazenda do
Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de afastar a exigibilidade do diferencial
de alíquota do ICMS, ICMS-DIFAL, incidente sobre operações interestaduais de
venda de mercadorias destinadas a consumidores finais não contribuintes do
imposto situados no Estado do Rio de Janeiro, no exercício financeiro de 2022.

A impetrante alegou, em síntese, ser empresa dedicada à
construção de embarcações recreativas, sediada em Santa Catarina e em
recuperação judicial. Sustentou que, embora realize operações interestaduais
sujeitas ao ICMS, a cobrança do DIFAL com fundamento na Lei Complementar



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

nº 190/2022 somente poderia produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2023, diante dos princípios da anterioridade anual e nonagesimal.

Aduziu que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 1.287.019/DF e da ADI nº 5.469/DF, Tema nº 1.093 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS pressupõe a edição de lei complementar veiculadora de normas gerais. Defendeu que a LC nº 190/2022, publicada em 05/01/2022, teria criado ou majorado relação jurídico-tributária, de modo que sua eficácia deveria observar o art. 150, III, b e c, da Constituição Federal.

Requeru, em sede liminar, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao DIFAL, decorrentes da LC nº 190/2022, nas operações de venda de mercadorias interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Estado do Rio de Janeiro até 31/12/2022. Requeru, ainda, que a autoridade impetrada se abstinhasse de impor obstáculos ao cumprimento de obrigações acessórias, apreender mercadorias, lavrar autos de infração, inscrever valores em cadastros de inadimplentes ou praticar outros atos destinados a compelir a impetrante ao recolhimento do DIFAL/ICMS.

A liminar foi indeferida, ao fundamento de que, em cognição sumária, não estavam demonstrados os requisitos necessários à concessão da medida, consignando-se a necessidade de comprovação de direito líquido e certo por prova pré-constituída.



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

A autoridade impetrada prestou informações, suscitando preliminarmente a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda e a inadequação da via mandamental para impugnação de lei em tese. No mérito, defendeu a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder, a ausência de direito líquido e certo e a possibilidade de cobrança do DIFAL no exercício de 2022, sob o argumento de que a Lei Estadual nº 7.071/2015 já havia instituído a cobrança no Estado do Rio de Janeiro e de que a LC nº 190/2022 apenas veiculou normas gerais, sem instituição ou majoração de tributo.

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer pela denegação da ordem. Registrou que a LC nº 190/2022 passou a produzir efeitos em 2022, em cumprimento aos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.093, e concluiu pela ausência de direito líquido e certo apto a amparar a pretensão mandamental.

Sobreveio acórdão da Primeira Câmara de Direito Privado, antiga Oitava Câmara Cível, que, por unanimidade, denegou a segurança. O julgado assentou, em síntese, a ausência de ato coator apto a justificar a tutela pela via mandamental, a ausência de direito líquido e certo e a inexistência de violação aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal. Registrou que, a partir da promulgação da LC nº 190/2022, a lei estadual instituidora do ICMS-DIFAL passou a produzir efeitos, por se tratar de norma que não modificou hipótese de incidência ou base de cálculo, mas regulamentou a matéria. Consignou, ainda, a inexistência de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e da Súmula nº 512 do STF.



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

A impetrante opôs embargos de declaração, alegando omissão e necessidade de prequestionamento, especialmente quanto ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, aos arts. 146, III, a, 150, III, b e c, 155, VII e VIII, e 155, § 2º, XII, a e d, da Constituição Federal, bem como quanto à incidência da anterioridade anual e nonagesimal sobre a LC nº 190/2022.

Os embargos de declaração foram conhecidos e desprovidos por acórdão unânime. O julgado consignou que não havia omissão, obscuridade ou contradição a sanar, afirmando que a embargante buscava conferir efeito infringente aos aclaratórios. Quanto ao prequestionamento, fez referência ao art. 1.025 do CPC.

A impetrante interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal. Sustentou, em preliminar de admissibilidade, a relevância da questão federal infraconstitucional debatida. No mérito, alegou que a LC nº 190/2022 teria criado validamente a relação jurídico-tributária relativa ao ICMS-DIFAL apenas a partir de sua publicação, em 05/01/2022, razão pela qual a cobrança no exercício de 2022 afrontaria a anterioridade anual e nonagesimal. Argumentou que, diante da insegurança jurídica, vinha efetuando o pagamento do imposto nas vendas interestaduais desde o início de 2022, por receio de sanções fiscais. Requereu a reforma do acórdão para concessão da ordem.

O Estado do Rio de Janeiro apresentou contrarrazões ao recurso especial, defendendo a inadmissibilidade do recurso e, no mérito, reiterando que a LC nº 190/2022 não instituiu nem majorou tributo, mas apenas veiculou normas gerais, e que a cobrança do DIFAL no Estado do Rio de Janeiro



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

já estava disciplinada pela Lei Estadual nº 7.071/2015, com eficácia após a edição da lei complementar federal.

A Terceira Vice-Presidência determinou o sobrestamento do recurso especial. Posteriormente, certificou-se o trânsito em julgado do Tema nº 1.266 do Supremo Tribunal Federal, relativo à incidência da anterioridade anual e nonagesimal na cobrança do ICMS-DIFAL após a entrada em vigor da LC nº 190/2022.

Em decisão proferida em 11 de maio de 2026, a Terceira Vice-Presidência registrou que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 1.426.271, paradigma do Tema nº 1.266, fixou tese vinculante sobre a matéria e encaminhou os autos ao órgão julgador para reexame da controvérsia, nos termos do art. 1.030, II, do CPC.

Após o retorno dos autos, o Estado do Rio de Janeiro manifestou-se afirmando que a situação processual não permitiria concluir pelo enquadramento da impetrante na modulação do item III do Tema nº 1.266/STF, por depender da comprovação cumulativa do ajuizamento da demanda até 29/11/2023 e da ausência de recolhimento da exação no exercício de 2022. Sustentou que caberia ao contribuinte demonstrar o não recolhimento do tributo, por se tratar de fato constitutivo de seu direito.

A Procuradoria de Justiça, em novo parecer, declarou ciência do acrescido e reiterou o parecer de mérito anterior. Manifestou-se pela manutenção do decisum impugnado e pelo não exercício da retratação, consignando que a impetrante admitiu o recolhimento do tributo, não se



**Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de
Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000**

enquadrando, portanto, na hipótese prevista no item III do Tema nº 1.266 da repercussão geral.

Vieram os autos para reexame pelo órgão julgador, em sede de juízo de retratação, à luz do Tema nº 1.266 do Supremo Tribunal Federal.

Passo ao **VOTO**

Conheço da matéria devolvida para fins de juízo de retratação, diante do encaminhamento realizado pela Terceira Vice-Presidência com fundamento no art. 1.030, II, do Código de Processo Civil.

Ab initio, cumpre delimitar o alcance da presente deliberação. O juízo de retratação não constitui novo julgamento integral do mandado de segurança nem autoriza a reabertura ampla de todas as questões anteriormente apreciadas pelo colegiado. Trata-se de juízo de conformação, de cognição delimitada, voltado a verificar se o acórdão recorrido se mantém compatível com o precedente qualificado posteriormente firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese vertente, a devolução dos autos decorre do julgamento do Tema nº 1.266 da repercussão geral, no qual o Supremo Tribunal Federal examinou a incidência das regras da anterioridade anual e nonagesimal na cobrança do ICMS com diferencial de alíquota, DIFAL, em operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto, após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 190/2022.



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

No referido precedente, a Suprema Corte fixou orientação segundo a qual é constitucional o art. 3º da LC nº 190/2022, que estabelece vacatio legis no prazo correspondente à anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, c, da Constituição Federal. Também assentou que as leis estaduais editadas após a EC nº 87/2015 e antes da entrada em vigor da LC nº 190/2022, com o propósito de instituir a cobrança do DIFAL nas operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da lei complementar.

Além disso, exclusivamente quanto ao exercício de 2022, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão para estabelecer que não se admite a exigência do DIFAL em relação aos contribuintes que tenham ajuizado ação judicial questionando a cobrança até a data de julgamento da ADI nº 7.066, em 29/11/2023, e tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício.

A leitura sistemática da tese demonstra que o Tema nº 1.266/STF não conduz, por si só, à concessão automática da segurança. Ao revés, os itens I e II do precedente confirmam premissas centrais do acórdão originário, na medida em que reconhecem a constitucionalidade da regra de anterioridade nonagesimal prevista na LC nº 190/2022 e a validade das leis estaduais anteriores, ressalvada a produção de efeitos a partir da vigência da lei complementar federal.

A única abertura potencialmente favorável à impetrante encontra-se no item III da tese, cuja incidência, contudo, foi expressamente condicionada ao preenchimento cumulativo de dois requisitos: o ajuizamento de



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

ação judicial questionando a cobrança até 29/11/2023 e a ausência de recolhimento do DIFAL no exercício de 2022. Ausente qualquer dessas condições, não há aderência plena à modulação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso concreto, o primeiro requisito está presente, pois o mandado de segurança foi impetrado no ano de 2022, antes do marco temporal definido na tese vinculante. O segundo requisito, todavia, não se verifica a partir dos próprios elementos processuais constantes dos autos.

Com efeito, nas razões do recurso especial, a impetrante afirmou que, diante da insegurança jurídica quanto ao dever de recolhimento do ICMS-DIFAL e ao momento em que essa exigência seria lícita, vinha efetuando o pagamento do imposto em todas as suas vendas interestaduais desde o início de 2022, ante o receio de sofrer sanções decorrentes do não pagamento, especialmente o bloqueio de mercadorias em barreiras fiscais e a imposição de multa.

Esse dado é decisivo. A modulação fixada pelo Supremo Tribunal Federal adotou critério objetivo e restritivo, exigindo que o contribuinte tenha ajuizado a ação no prazo assinalado e deixado de recolher o tributo naquele exercício. A tese não equipara pagamento realizado por cautela, por conveniência empresarial, por receio de autuação ou para evitar embaraços fiscais à situação jurídica de ausência de recolhimento.

Admitir a retratação nessa hipótese significaria ampliar indevidamente a modulação de efeitos para abranger contribuinte que



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

efetivamente recolheu a exação e que, posteriormente, pretende atribuir ao pagamento realizado a mesma consequência jurídica conferida àqueles que se abstiveram de recolher o tributo no exercício de 2022. Essa interpretação não encontra suporte na literalidade nem na excepcionalidade da modulação, que deve ser aplicada nos estritos limites em que definida pela Corte Suprema.

A distinção é relevante porque a modulação de efeitos, por sua própria natureza, constitui técnica excepcional de preservação da segurança jurídica e da confiança legítima, não podendo ser convertida em regra geral de inexigibilidade do DIFAL em 2022. O precedente vinculante protegeu situação específica de não recolhimento tempestivamente judicializada, e não toda e qualquer controvérsia ajuizada dentro do marco temporal, independentemente da conduta tributária adotada pelo contribuinte durante o exercício discutido.

A conclusão é reforçada pela natureza mandamental da demanda. Como cediço, o mandado de segurança exige prova pré-constituída do direito líquido e certo, entendido como aquele demonstrável de plano, sem necessidade de dilação probatória. Desse modo, incumbia à impetrante comprovar, desde logo, os fatos constitutivos do direito invocado e, nesta etapa de conformação ao Tema nº 1.266/STF, demonstrar a presença cumulativa dos pressupostos da modulação.

Aplica-se, nesse ponto, a regra geral do art. 373, I, do CPC, segundo a qual compete ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito. Se o próprio enquadramento na tese vinculante depende da ausência de recolhimento do tributo em 2022, cabia à impetrante demonstrar tal circunstância de forma inequívoca. Ocorre que, longe de fazê-lo, a parte afirmou



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

expressamente que vinha efetuando o pagamento do DIFAL nas operações interestaduais desde o início daquele exercício.

Não se trata, portanto, de impor à impetrante ônus probatório incompatível com a via mandamental, mas de reconhecer que o fato constitutivo do benefício modulatório não foi demonstrado e, mais que isso, foi infirmado por admissão processual constante das próprias razões recursais. A ausência de enquadramento na modulação impede o exercício positivo da retratação.

O novo parecer da Procuradoria de Justiça caminha na mesma direção, ao consignar que a impetrante admite o recolhimento do tributo e, por isso, não se enquadra na hipótese prevista no item III do Tema nº 1.266 da repercussão geral. O Parquet ressaltou, com acerto, que a Corte Suprema não se referiu apenas ao contribuinte que discutiu judicialmente a cobrança, mas àquele que discutiu judicialmente e deixou de recolher o tributo naquele exercício.

Assim, embora o precedente qualificado superveniente refine a moldura jurídica anteriormente considerada, não há desconformidade apta a justificar a alteração do resultado proclamado. O acórdão que denegou a segurança permanece compatível com a orientação vinculante do Supremo Tribunal Federal, justamente porque a impetrante não preenche os requisitos cumulativos da modulação que excepciona a exigibilidade do DIFAL no exercício de 2022.

Por consequência, também subsiste o acórdão que desproveu os embargos de declaração, uma vez que a matéria ora reapreciada não revela omissão, contradição, obscuridade ou erro material a justificar alteração do



Juízo de Retratação em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 0048715-05.2022.8.19.0000

julgado, mas apenas confirmação, à luz do precedente superveniente, da ausência de direito líquido e certo à ordem mandamental pretendida.

Por fim, não há condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009, da Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Ex positis, voto no sentido de **EXERCER JUÍZO NEGATIVO DE RETRATAÇÃO**, mantendo-se o acórdão que desproveu os embargos de declaração e o acórdão que denegou a segurança, por ausência de enquadramento da impetrante na modulação prevista no item III do Tema nº 1.266/STF.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargador **MARCELO LIMA BUHATEM**

Relator