



Primeira Seção

RECURSO ESPECIAL N. 1.817.302-SP (2017/0238389-7)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Centrovias Sistemas Rodoviaros S/A

Advogados: Cândido da Silva Dinamarco e outro(s) - SP102090

Maurício Giannico - SP172514

Samuel Mezzalira - SP257984

Gabriela de Souza Brazil Fleck - SP324138

Stefania Lutti Hummel - SP330355

Recorrido: Departamento de Agua e Esgoto

Advogados: Celso Wagner Thiago e outro(s) - SP082719

Carlos Eduardo Ruiz - SP148516

Interes.: Assoc Brasileira de Concessionarias de Rodovias ABCR -
"Amicus Curiae"

Outro Nome: Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias ABCR

Advogados: Gustavo Binenbojm - DF058607

Rafael Lorenzo Fernandez Koatz - DF046142

André Rodrigues Cyrino - DF058605

Alice Bernardo Voronoff de Medeiros - DF058608

Interes.: Estado de São Paulo - "Amicus Curiae"

Procuradores: Lucas Leite Alves - SP329911

Leonardo Cocchieri Leite Chaves e outro(s) - SP430513

Interes.: União - "Amicus Curiae"

EMENTA

Incidente de Assunção de Competência - IAC nos autos de recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Administrativo. Faixa de domínio de rodovia concedida. Uso do local por prestadora pública de serviço de saneamento básico. Cobrança pela concessionária. Descabimento. Fixação de tese vinculante.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data

da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II – Embora cedido ao particular, o bem público de uso comum do povo não se desnatura, permanecendo, pois, afetado à destinação pública, motivo pelo qual se afigura ilegítimo exigir remuneração pela sua utilização, quando voltada a viabilizar a execução de serviço público de saneamento básico prestado por entidade estatal, cuja configuração jurídica seja adversa à lucratividade, vale dizer, esteja fora do regime concorrencial.

III – Tese vinculante fixada, nos termos dos arts. 947, § 3º, do CPC/2015, e 104-A, III, do RISTJ: *É indevida a cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia prestadora de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida.*

IV – Recurso especial do particular desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região).

Dr. Cândido da Silva Dinamarco, pela parte recorrente: Centrovias Sistemas Rodoviaros S/A

Dr. André Rodrigues Cyrino, pela parte interes.: Assoc Brasileira de Concessionarias de Rodovias ABCR

Dr. Rodrigo Menicucci, pela parte interes.: Estado de São Paulo

Dra. Emiliana Alves Lara, pela parte interes.: União

Brasília (DF), 08 de junho de 2022 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 15.6.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Centrovias Sistemas Rodoviários S/A* contra acórdão prolatado pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 1.250e):

Apelação. Uso de faixa de domínio em rodovia. Autarquia municipal, prestadora de serviço público, que almeja utilização de faixa de domínio de rodovia sem a cobrança de preço público, vez que realizará obras de saneamento básico. Sentença de procedência pronunciada em Primeiro Grau. Decisório que merece subsistir. Inadmissibilidade da cobrança. Prevalência do interesse público. Tendo em vista a natureza do serviço prestado pela apelada, mostra-se incabível a imposição do pagamento de preço. Precedentes desta Corte. Negado provimento ao recurso.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.283/1.290e).

Com amparo no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, aponta-se, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese:

I. Art. 535, II, do CPC/1973 – “Ao opor embargos de declaração em face de tal v. acórdão, a *Centrovias* questionou (*i*) a não aplicação dos arts. 6º, § 1º e 11, da Lei de Concessões, que prevê expressamente a possibilidade de a concessionária de serviço público receber receitas alternativas para o fim de favorecer a modicidade das tarifas; (*ii*) a violação ao art. 103, do Código Civil, que prevê expressamente a possibilidade de uso especial e remunerado do bem público; (*iii*) a violação ao art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que prevê a revogação da lei anterior que é incompatível com a lei posterior. [...] Por isso, caso entendam VV. Exas. que não teria havido prequestionamento, a recorrente jamais poderá ser prejudicada por uma omissão que não foi sua, mas sim do próprio Egrégio Tribunal *a quo*. Sendo assim, subsidiariamente, pede-se a anulação do v. acórdão proferido em sede de embargos declaratórios, tendo em vista a infringência aos arts. 131 e 535, inc. II, do Código de Processo Civil, a fim de que outro seja proferido em seu lugar, integrando o r. *decisum* com os dispositivos legais invocados” (fls. 1.351/1.354e);

II. Art. 103 do Código Civil – “O v. acórdão recorrido afirmou que, em razão da natureza de bens públicos de uso comum do povo, o uso das faixas de domínio não poderia ser remunerado. Tal assertiva, contudo, representa

notória violação ao art. 103 do Código Civil, o qual admite expressamente a possibilidade de remuneração pelo uso comum dos bens públicos. [...] qualquer uso das faixas de domínio de rodovias federais, estaduais ou municipais por prestador de serviço público configura o uso especial de bem público de uso comum, legitimando a cobrança de preço. Nada mais natural. Afinal, se o Código Civil, em seu art. 103, autoriza até mesmo a cobrança pelo uso comum dos bens de uso comum ou especial, mais que patente a possibilidade de remuneração pelo uso especial desses bens [...]” (fls. 1.365/1.366e);

III. Arts. 6º e 11 da Lei n. 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões) – “A solução dada ao caso pelos vv. acórdãos recorridos (uso gratuito das faixas de domínio das rodovias) consiste em uma verdadeira violação ao art. 11 da lei federal n. 8.987/95, pois nega o direito de a *Centrovias* auferir receita de caráter acessório decorrente do uso das faixas de domínio por ela administradas. [...] Isso porque, impedindo a cobrança da receita acessória pelo uso das faixas de domínio (violação ao art. 11, Lei de Concessões), o v. acórdão acabou por desvirtuar todo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da *Centrovias*, já que retirou dele a necessária modicidade das tarifas (art. 6º, Lei de Concessões)” (fls. 1.369e e 1.372e); e

IV. Art. 2º, § 1º, da LINDB – “[...] o art. 151 do Código de Águas e o art. 2º do Dec. n. 84.398/80 são frontalmente contrários ao art. 11 da Lei 8.987/95. Se os primeiros determinam que não haverá ônus às concessionárias e o segundo admite a cobrança, verifica-se então um conflito de normas, cuja resolução culmina com a revogação daqueles, aplicando-se regras de hermenêutica doravante expostas. Caso uma lei ulterior versasse sobre matéria anteriormente disposta em decreto previsto no ordenamento jurídico regido pela Constituição de 1967 – se albergado pelo princípio da recepção das normas – aplicar-se-ia o entendimento pelo qual a norma ulterior revoga a anterior por incompatibilidade de preceitos (LICC, art. 2º, § 1º)” (fl. 1.377e).

Com contrarrazões (fls. 1.487/1.526e), o recurso foi inadmitido, tendo sido interposto Agravo, posteriormente convertido em recurso especial (fls. 1.800/1.801e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, inicialmente, pelo não conhecimento do recurso especial, em virtude da aplicação do verbete sumular n. 83/STJ (fls. 1.811/1.815e).

Preenchidos os pressupostos formais e materiais de admissibilidade, propus, no bojo do presente recurso, a admissão de Incidente de Assunção de Competência - IAC, tendo sido acolhida a proposta pela Seção, por unanimidade,

sem determinação para suspender a tramitação dos feitos envolvendo a matéria ora tratada (fls. 1.900/1.910e).

Foram expedidas as comunicações e intimações pertinentes (fls. 1.913/1.941e).

Com nova vista dos autos, nos termos do art. 256-M, do RISTJ, o Ministério Público Federal, embora intimado (fl. 1.917e), deixou de se manifestar.

Admitidos como *amici curiae* (fls. 2.064/2.065e e 2.151/2.160e), a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR, o Estado de São Paulo e a União apresentaram memoriais, nos quais defendem, em síntese, a adoção da tese favorável à parte recorrente (fls. 1.965/2.062e, 2.074/2.092e e 2.096/2.125e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Da admissibilidade do recurso especial

Os requisitos formais e materiais de admissibilidade foram oportunamente examinados quando da afetação do recurso, nos seguintes termos (fl. 1.905e):

Inicialmente, consigno que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas.

Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, porquanto todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais suficientes.

II. Contornos da lide, delimitação da controvérsia e moldura normativa

Na origem, o Departamento de Água e Esgoto de Bauru - DAE, autarquia municipal, ajuizou ação declaratória em face de Centrovias Sistema Rodoviário S/A, com o objetivo de afastar cobrança exigida pela Ré pelo uso de parte da faixa de domínio da rodovia SP225 – concedida à empresa –, necessária à passagem de rede coletora de esgoto para atender ao campus da Universidade Estadual Paulista - UNESP, ao Hospital Estadual de Bauru e à unidade de Polícia Militar (fls. 03/04e e 10e).

Deferiu-se a tutela antecipada para autorizar o início das obras, “independentemente do pagamento de qualquer taxa” (fls. 149/150e).

A sentença julgou procedente o pedido formulado pela Autora, improcedente a reconvenção e confirmou a decisão antecipatória, tendo sido mantida em grau de apelação.

A questão debatida, portanto, diz com o *reconhecimento da legalidade de cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia de prestação de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida*. Em outras palavras, questiona-se a legitimidade da cobrança, por pessoa jurídica de direito privado, em face de pessoa jurídica de direito público interno, pelo uso de parte da faixa de domínio de autovia concedida para implementar obras de saneamento básico, à luz da legislação a seguir enfocada.

Acerca dos bens públicos, assim dispõe o Código Civil:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

[...]

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem. (destaquei)

Já o art. 11 da Lei n. 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões de Serviços Públicos) preceitua:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Registre-se, ainda, a existência, no contrato de concessão firmado entre a concessionária, ora Recorrente, e o poder concedente estadual, de previsão permissiva à remuneração da concessionária por fonte alternativa de receita, mediante cobrança pelo uso da faixa de domínio por outras concessionárias, conforme consignado no acórdão recorrido e no recurso especial (fls. 1.257e e 1.373e).

No que tange à disciplina legal do saneamento básico, para atender a previsão constitucional que outorga competência à União para instituir diretrizes *nacionais* de sanitário (CR, art. 21, XX), foi editada a Lei n. 11.445/2007, regulamentada pelo Decreto n. 7.217/2010.

Posteriormente alterado pela Lei n. 14.026/2020 – novo Marco Legal do setor – o diploma de 2007, a par de franquear à iniciativa privada a assunção dos serviços mediante concessão, estabeleceu princípios fundamentais norteadores da sua prestação, dentre os quais:

Art. 2º. [...]

I - *universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;*

II - *integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados;*

[...]

IV - *disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;*

V - *adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;*

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

[...]

XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; (destaquei)

Ademais, definiu, no art. 3º, saneamento básico como o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais e urbanas.

Por sua vez, os arts. 50, § 2º, da Lei n. 11.445/2007, e 3º, *caput*, do decreto regulamentador, explicitam a natureza *essencial* do serviço público de saneamento básico, enquanto o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) enuncia, como diretriz geral da política urbana, o “tratamento *prioritário* às obras e edificações de infraestrutura de [...] abastecimento de água e saneamento” (art. 2º, XVIII - destaquei).

III. Definição e natureza jurídica da faixa de domínio

No plano legal, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu Anexo I, define faixa de domínio como “superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via”.

O espaço também é conceituado, mais detalhadamente, como “a base física sobre a qual se assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras de arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, com limites definidos conforme projeto executivo da rodovia, decretos de utilidade pública, ou em projetos de desapropriação” (disponível em <<https://www.gov.br/dnit/pt-br/rodovias/operacoes-rodoviaras/faixa-de-dominio>>. Acesso em 14.03.2022).

Podem ser acomodadas no local, dentre outras, instalações comerciais públicas ou privadas, estruturas de distribuição de dados (telefonia, fibra óptica etc.) e de energia elétrica, adutoras, galerias de esgoto e de águas pluviais, equipamentos de telecomunicações e engenhos publicitários.

Por fim, a faixa de domínio reveste natureza jurídica de *bem público de uso comum do povo*, consoante firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em precedente dotado de eficácia vinculante (Tema 261/STF - RE n. 581.947/RO, Rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010).

IV. Apontamentos sobre o saneamento básico e contornos da sua prestação como serviço público essencial

Indiscutivelmente, o aumento expressivo da expectativa de vida das pessoas deve-se, ao lado dos avanços da Medicina, às medidas de saneamento básico, responsáveis pela melhoria geral das condições de higiene e limpeza, o que dificultou – quando não impediu – o surgimento e/ou a disseminação de doenças ao longo do tempo.

Portanto, os serviços de saneamento básico interagem e atuam decisivamente para *concretizar* os direitos constitucionais fundamentais à vida, à saúde e à dignidade humanas, constituindo, outrossim, vetores de preservação, equilíbrio e de sustentabilidade ambientais, consoante assinala Floriano de Azevedo Marques Neto:

De fato, o saneamento não é importante apenas por ensejar uma vida mais confortável e digna aos administrados. Há na sua existência um forte impacto em diversas políticas públicas, como as de saúde, meio ambiente, urbanística e de recursos hídricos.

Diferentemente de outras utilidades públicas, no caso do saneamento as externalidades a ele inerentes tornam a fruição do serviço praticamente compulsória para alguma parcela de usuários. De modo que o saneamento ao mesmo tempo em que é um direito dos usuários, acaba por ser também uma obrigação.

Ao contrário do que é possível de ocorrer com outros serviços públicos (telefonia, energia elétrica, distribuição de gás, transporte coletivo) em que o usuário pode abdicar do seu direito de fruição, organizando sua vida para não precisar de tais utilidades, no caso do saneamento uma indigitada opção de não se utilizar do serviço num ambiente urbano pode trazer consequências graves para toda a coletividade. O que faz o saneamento ser a um só tempo uma atividade econômica organizada como serviço público e uma política pública de adesão obrigatória para os indivíduos.

(A Regulação no Setor de Saneamento. In "Instrumentos das Políticas e da Gestão dos Serviços Públicos de Saneamento Básico". Coletânea do Ministério das Cidades - Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Coord. Berenice de Souza Cordeiro. Brasília, 2009, Livro I, p. 178 - destaquei)

A Constituição da República outorga competência comum aos entes federativos para promover programas de melhorias de saneamento básico

(art. 23, IX), o que se reflete na ausência de atribuição, pela vigente legislação ordinária, de titularidade exclusiva e apriorística para a prestação do serviço, ao prever a atuação direta municipal e regional eventualmente conjunta, ou, ainda, associada a parceiro privado.

Nas hipóteses de confluência das esferas públicas estaduais e municipais, a referência a ser observada, conforme consagrada lição de Hely Lopes Meirelles, será a da ênfase no interesse local (*Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 435).

Apesar de facultados à iniciativa privada, alguns dos serviços que compõem o plexo de ações do saneamento básico, pelo seu perfil – a exemplo do abastecimento de água e tratamento sanitário –, demandam dispêndios vultosos para instalar e manter as infraestruturas, com custos fixos elevados, constituindo, portanto, *monopólios naturais*, e, por isso, desestimulam, economicamente, a dispersão dos investimentos entre agentes diversos, justificando atribuir “ao poder público a tarefa de organizar sua prestação” (MARQUES NETO, ob. cit., p. 177).

Isso se reflete no fato de que, no Brasil, o fornecimento e a universalização do saneamento básico, particularmente os serviços de água e esgoto, estarem, em 2020, nas mãos de apenas 7% de agentes privados (disponível em <<https://abconsindcon.com.br/relatorio-anual>>. Acesso em 07.04.2022), distribuindo-se o restante entre prestadores municipais e estaduais, cujos serviços são executados ora sob forma direta por órgão das respectivas administrações, ora sob forma indireta, mediante a criação de autarquias.

V. Panorama jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema de repercussão geral n. 261/STF, afastou a possibilidade de cobrança de tributo (taxa) pelo uso da faixa de domínio por concessionária de serviço público, quando a via pública é explorada diretamente pelo Estado (Tribunal Pleno. RE n. 581.947/RO, Rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010).

Se, por um lado, consoante assinalado no acórdão da afetação, tal posicionamento tenha sido extraído de hipótese distinta da ora versada, por outro verifica-se que foi assentado, claramente, como motivo determinante do precedente, que a utilização da faixa de domínio para *viabilizar* a consecução de serviço público *diverso* da destinação ordinária do espaço, *não lhe retira a natureza de bem público de uso comum do povo*.

Por tal razão, a 2ª Turma daquela Corte, abraçando a axiologia dos fundamentos adotados nesse julgado de eficácia cogente, decidiu, posteriormente, por unanimidade:

Os precedentes citados, notadamente aquele que serviu de paradigma no qual se reconheceu a repercussão geral da matéria, levam em conta, preponderantemente, o interesse público que recai sobre as faixas de domínio. Muito mais do que reconhecer a incompetência material da criação do tributo – que serviu como fundamento secundário para o desprovimento do recurso da municipalidade – o Ministro Eros Grau trouxe relevantes luzes doutrinárias acerca do bem público e do interesse comum que sobre ele recai.

[...]

Infere-se, desta forma, que é desinfluyente que a relação jurídica se estabeleça entre duas concessionárias de serviço público pois, para muito além de tratar-se de discussão sobre competência tributária constitucional, a ratio decidendi da decisão agravada, com supedâneo em relevante jurisprudência vinculante plenamente aplicável – porquanto coincidente em fundamentos – afastou a possibilidade de retribuição pecuniária pelo uso da faixa de domínio, dada a sua natureza de bem público infenso a tal exação.

(STF. RE n. 1.074.418 AgR/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 31/08/2020, DJe 04/09/2020 - destaquei)

Firmado o entendimento em sede de repercussão geral, a matéria, agora envolvendo concessionárias, foi novamente submetida ao Supremo Tribunal Federal noutros julgamentos de caráter vinculante, não obstante implicados serviços públicos diversos do saneamento básico e debatida a questão sob o enfoque da competência legislativa constitucional.

Entretanto, as fundamentações que os presidiram exibem natureza transversal relativamente à temática da cobrança, pelo uso de faixa de domínio de via concedida, de prestadora de serviço público *não-rodoviário*, adotando-se orientação tendente a desonerar a utilização de bens públicos de uso comum do povo *quando necessários à implementação de serviços de natureza pública*.

Ao finalizar o julgamento da ADI n. 6.482/DF, a Corte rejeitou a pecha de inconstitucionalidade atribuída ao art. 12, *caput*, da Lei n. 13.116/2015, o qual prevê a gratuidade do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, para a implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações, reconhecendo, para tanto, a competência privativa da União para legislar sobre a matéria (Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.05.2021).

Com efeito, no que transpõe as especificidades do serviço de telecomunicações, assentou o voto-condutor:

[...] A presente discussão, em verdade, extravasa a aplicação literal do Código Civil por envolver hipótese em que **a restrição do uso do bem público decorre da necessidade de prestação de serviço público no interesse da coletividade.**

[...]

Bem examinada a questão, a matéria controvertida no precedente dizia respeito, portanto, ao poder de tributar do município, por meio de taxa, pelo uso da faixa de domínio.

[...]

Por outro lado, **é inegável que parte dos fundamentos utilizados no precedente se estende à hipótese em exame, sobretudo no ponto em que se reconhece que “ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários a prestação de serviço público.** A imposição dessa restrição, não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar”.

Como consignado de forma expressa no voto-relator do Min. Eros Grau, cabe reconhecer que “há, na ocupação do solo e espaço aéreo dos bens de uso comum de que se cuida, um direito restritivo em benefício do prestador de serviço público, direito restritivo que lhe possibilita, instrumentando sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o vincula, de prestar o serviço”. (fls. 38/45 - negritos do original)

Já na ADI n. 3.763/RS (Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.05.2021), a *ratio* que animou a tese sintetizada no apontado Tema n. 261/STF foi considerada pela Corte para alcançar a conclusão, balizada pelo exame da competência legislativa, quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos de leis estaduais gaúchas que previam a cobrança pela utilização da faixa de domínio por concessionárias de energia elétrica, tendo, na oportunidade, exposto o Sr. Ministro Luiz Fux:

[...] *A gestão do patrimônio de um ente federativo, por evidente, não pode impor ônus indevido ou comprometer as atribuições de outro.*

[...]

Alexandre Santos de Aragão [...] afirma que “*como a atividade explorada pelas concessionárias visa à realização do interesse público, não podem elas ser equiparadas a um particular que deseje ter uma utilização especial sobre um bem de uso comum (uma banca de jornal, por exemplo). Na prestação de serviços públicos, a*

utilização especial integra a função típica do bem público de uso comum de atender indistintamente aos membros da coletividade. Não caberia uma exploração lucrativa de bem público por seu proprietário para que seja utilizado justamente para o fim a que já se destina" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 475-476). (fls. 28/33 - destaquei)

Nesse contexto, portanto, embora cedido ao particular, o bem público de uso comum do povo, na ótica revelada pelo Supremo Tribunal Federal, não se desnatura, permanecendo, pois, afetado à destinação pública, motivo pelo qual se afigura ilegítimo exigir remuneração pela sua utilização, quando voltada a instrumentalizar a execução de serviço público, como ocorre na espécie.

Por seu turno, a 1ª Seção deste Superior Tribunal encampa soluções jurídicas diversas a partir dos sujeitos presentes nas relações de cobrança envolvendo a utilização das faixas de domínio de rodovias concedidas, sem enfretamento destacado, todavia, quanto à configuração subjetiva ora tratada, na qual empresa privada (concessionária) exige pagamento pelo uso do local de autarquia prestadora de serviço público.

Com efeito, entende-se *legítima* a retribuição financeira exigida pela concessionária gestora da rodovia, pelo uso do espaço, em desfavor de outra concessionária (privado vs. privado), desde que prevista no contrato de concessão, a teor do art. 11 da Lei n. 8.987/1995 (1ª S., REsp n. 975.097/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Martins, DJe 14.05.2009; 1ª S., EREsp n. 985.695/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 12.12.2014).

No entanto, anote-se que a 2ª Turma desta Corte afastou a aplicação de tal dispositivo legal em demanda na qual litigavam *apenas empresas privadas* prestadoras de serviços públicos, entremostrando a tendência de reputar o fornecimento de utilidade pública como elemento norteador a ser sopesado, inclusive em disputas com essa conformação subjetiva (REsp n. 1.790.875/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 23.04.2019).

Por outro lado, nos casos em que a prestação do serviço rodoviário é realizada pelos entes da Federação, de forma centralizada ou descentralizada, os quais pretendem cobrar de concessionária pela utilização da faixa de domínio (Estado vs. particular), é assente a *ilegalidade* da exigência, seja porque não cabe a fixação de preço público, uma vez que o uso do espaço se reverte em favor da sociedade, seja porque a natureza do valor cobrado não é de taxa, porquanto ausentes a prestação de serviço público ou o exercício do poder de polícia (1ª S., REsp n. 1.144.399/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24.10.2017).

Colhem-se, ainda, acórdãos recentes da 1ª e 2ª Turmas observando ambos os entendimentos expostos: 1ª T., REsp n. 1.677.414/SP, de minha relatoria, DJe 1º.02.2022; 1ª T., EDcl no AgInt no AREsp 432.765/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 04.12.2019; 2ª T., AgInt no AREsp 1.760.845/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04.11.2021.

VI. A cobrança promovida por concessionária de rodovia em desfavor de pessoa jurídica de direito público prestadora de serviço de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via concedida

A celeuma em torno do uso desonerado das faixas de domínio de rodovias concedidas por prestadoras de serviço público não-rodoviário decorre, numa perspectiva ampliada, de eventuais, mas esperados, desencontros entre prioridades estatais e interesses econômicos nutridos pelo parceiro particular.

Conquanto autorizada a operação privada no setor, as características que revestem os serviços de saneamento, aliadas à realidade prática, predisõem sejam eles prestados por pessoa jurídica de direito público, frequentemente por entidades autárquicas, forma de organização administrativa pertinente ao seu perfil, porquanto, consoante observa Maria Silvia di Pietro, “perante os particulares, a autarquia aparece como se fosse a própria Administração Pública, ou seja, com todas as **prerrogativas e restrições** que informam o regime jurídico-administrativo” (*Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 502 - negritos do original).

Isso considerado, a natureza subjetiva dos partícipes das relações de cobrança atinentes à faixa de domínio de rodovia entregue à gestão privada norteia a solução jurídica dispensada à cada hipótese, conforme firmado pela 1ª Seção desta Corte, em casos análogos.

Com efeito, revela-se ilegal a cobrança pelo uso da faixa marginal promovida pelo Estado contra concessionária, porquanto, conforme apontado, inviável tipificar os valores envolvidos como preço público ou taxa, seja porque, no primeiro caso, o uso do espaço se reverte em favor da coletividade, seja porque, na segunda hipótese, estão ausentes a prestação de serviço público ou o exercício do poder de polícia.

Em contrapartida, figurando sujeitos privados na relação processual de tais lides, ou seja, quando presente, *primariamente*, a tônica negocial e a exploração econômica, a exigência se revela legítima, porém dependente de previsão no contrato de concessão, nos moldes do art. 11 da Lei n. 8.987/1995.

Portanto, pelo prisma jurisprudencial revelado nos precedentes, é possível afirmar que o regramento contido nesse permissivo legal abrange interações *entre concessionárias*, sendo inapto para embasar cobrança pelo uso da faixa de domínio quando, sob regime de exploração direta ou indireta, o Estado participe da relação processual, seja na qualidade de gestor da rodovia e autor da cobrança, seja na condição de *sujeito passivo*, quando lhe é exigido o pagamento pela utilização do espaço por empresa privada administradora da via.

Se é certo que a finalidade perseguida pela lei, ao instituir mecanismo de renda alternativa para as empresas, foi a de baratear o valor do pedágio – fonte precípua de remuneração da concessão rodoviária –, não menos correto é que as atividades acessórias à receita principal têm por escopo a obtenção de lucro.

Assim, contrapõem-se, de um lado, ferramenta legal presumivelmente redutora do custo do pedágio, e, do outro, o suprimento de serviço essencial de saneamento básico, prestado em regime não concorrencial, ao qual convém, igualmente, a promoção da modicidade tarifária para seus usuários.

Posta a antinomia nesses termos, o equacionamento passa pela aplicação da reserva do possível em sua formulação original, vale dizer, despojada do viés financeiro e modulada pela proporcionalidade, permitindo que atue como instrumento mediador de conflitos onde há restrições a direitos resultantes de exigências que se desprendem de *outros* direitos.

Isso presente, pode-se afirmar que, porventura privada da remuneração extra exigida da prestadora pública de serviço de saneamento pelo uso da faixa, a concessionária da rodovia – cuja disponibilidade do bem público necessário à prestação do seu serviço já possui – não experimentaria a inviabilidade da execução do *serviço rodoviário*, objeto da concessão, certeza da qual não se pode dispor quanto ao fornecimento de serviços sanitários, com perfil estruturalmente dependente da utilização de logradouros públicos.

Logo, não se trata de hierarquizar, em abstrato, serviços públicos fundamentais, mas, sob a métrica da reserva do possível e da proporcionalidade, de investigar e sopesar a essencialidade das utilidades públicas envolvidas, sob o ângulo da viabilidade da própria prestação do serviço e/ou do grau de comprometimento da adequação do serviço.

Serviço adequado, por sua vez, é o que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”, compreendendo o conceito de atualidade “a melhoria e expansão do serviço”, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei Geral de Concessões.

Outrossim, os benefícios públicos advindos da oferta eficiente de saneamento básico constituem *externalidades positivas* que, em juízo de ponderação, compensam a diminuição parcial do universo de sujeitos contra os quais as concessionárias podem acionar o mecanismo de obtenção de receita suplementar.

Ademais, não se mostra legítimo que o poder concedente delegue a gestão da via à iniciativa privada para que o particular cobre do próprio Poder Público – ainda que de outra esfera federativa –, uma vez que, estivesse a rodovia fora do regime de concessão, não haveria dúvida quanto à *impossibilidade* da exigência.

Isso porque a faixa de domínio não perde a natureza de bem público – especificamente de uso comum do povo – quando destinada a abrigar prestação de serviço voltado à coletividade, consoante firmado pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 581.947/RO), sobretudo quando promovido pelo Estado, como na espécie.

Malgrado inaplicável o apontado precedente em sua integralidade ao presente caso, é inegável que dele se pode decantar, todavia, *ratio decidendi* com identidade temática que evidencia *permissividade à utilização desonerada de bem público de uso comum por terceiro, quando este tem por objetivo a prestação de serviço igualmente público*, nos termos deduzidos no voto-condutor:

Os bens públicos, de uso comum do povo, de uso especial e dominicais integram, todos eles, o patrimônio público, mas os bens de uso comum do povo são modernamente entendidos como propriedade pública.

[...]

Entende-se por uso comum, de outra parte – este é o ensinamento de FORSTHOFF – o uso de um bem que, sem autorização especial, é acessível a todos ou a pelo menos a um conjunto não individualizado de pessoas.

Isso poderia inicialmente nos levar a afirmar ser descabida a pretendida cobrança de remuneração pelo uso desses bens, de uso comum do povo. Contra tanto alguém poderá dizer que a recorrida, prestadora de serviço público, faz uso especial – e não uso comum – dos bens de uso comum. [...] Por isso justificar-se-ia a cobrança de um preço por esse uso. Aqui, no entanto, uma vez mais caberia vigorosa contradita, esgrimida desde a afirmação de que a recorrida poderia, se propriedade particular fossem as áreas correspondentes a esses bens de uso comum do povo, obter declaração de utilidade pública de seu solo pelo poder concedente, a fim de constituir servidões administrativas suficientes para permitir aquele uso especial independentemente do pagamento de qualquer remuneração.

[...]

Daí porque não se justifica seja, a recorrida, onerada precisamente mercê da peculiaridade de ser prestadora de serviço público.

Explico-me. Os bens de uso comum do povo consubstanciam propriedade pública. Não constituem bens de propriedade do Estado; [...] Quando porém deles faça uso não um particular, mas o próprio Estado ou entidade prestadora de serviço público, para fim de prestação desse serviço, tais bens já não constituem o próprio serviço. Nesse caso instrumentam, esses bens, a prestação de outro serviço público. Logo, porque não pode ser tratado como propriedade pública o bem público de uso comum que não constitui serviço público – ou seja, que não realiza sua finalidade – mas instrumenta a prestação de outro serviço público, seria perfeitamente possível, desde que isso não comprometesse o uso comum do bem de uso comum, constituir-se um direito restritivo sobre esse bem.

O fato é que, ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. Por certo que não conduzindo, a imposição dessa restrição, à extinção de direitos, não acarreta o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário, no caso contudo inexistente.

[...]

Há, na ocupação do solo e espaço aéreo dos bens de uso comum de que se cuida, um direito restritivo em benefício do prestador de serviço público, direito restritivo que lhe possibilita, instrumentando sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o vincula, de prestar o serviço”

(STF. RE n. 581.947/RO, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, DJe 27/08/2010 - destaquei)

De fato, embora o espaço possa sediar utilidade pública distinta da finalidade viária, ainda assim o local não deixará de atender à sua função primária de acolher implantação de *serviço público*, de modo que a viabilidade da cobrança ora pretendida dependeria, eventualmente, da transferência do bem para o domínio particular, mediante prévia desafetação.

Aliás, a demonstrar que a cobrança em tela é incompatível quando a consecução do serviço público se dá por ente estatal, tem-se o fato de serem isentos de pagamento de pedágio ambulâncias, viaturas de polícia militar, polícia rodoviária (federal e estadual) e do corpo de bombeiros (disponível em <<http://www.triunfoconcebra.com.br/faq>> e <<https://www.ecovia.com.br/atendimento/duvidas>>. Acesso em 07.04.2022).

Oportuno anotar que a Lei n. 6.766/1979, diploma de regência do parcelamento do solo urbano, ao dispor que o respectivo Poder Público poderá

exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa não edificável destinada a acomodar equipamentos urbanos – assim considerados “os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado” (art. 5º, parágrafo único) –, reforça a propensão do espaço para sediar, *sem ônus*, prestação de serviços públicos.

Consigne-se, também, que a implementação de serviços e a instalação de infraestruturas de saneamento básico na faixa de domínio não impedem ou reduzem a fruição desembaraçada da *malha rodoviária*, objeto precípua da concessão.

Consequentemente, ainda que em mira a alegada modicidade tarifária, não é possível às concessionárias de rodovias alargar a base de arrecadação pelo ingresso de receita complementar derivada da exploração da faixa de domínio se, para tanto, for preciso onerar *entidade estatal* prestadora de serviço público distinto do viário, cuja configuração jurídica seja adversa à lucratividade, isto é, esteja fora do regime de competição comercial.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro subscreve acurada análise acerca dos limites da autorização para o financiamento alternativo das concessionárias de rodovias, encartada no art. 11 da Lei Geral de Concessões:

É evidente [...] que podem as concessionárias obter renda pela utilização das faixas de domínio das rodovias por parte de particulares.

Ocorre, no entanto, que se essa utilização é feita por empresa concessionária de serviço público como condição mesma da prestação desse serviço, não se pode cogitar de remuneração como a que se cobra de um particular. As faixas de rodovias constituem bens de uso comum do povo; essa é a sua destinação principal; mas essa destinação coexiste com outros usos de interesse coletivo, como ocorre com a canalização para passagem de água ou gás ou mesmo para instalação de equipamentos de energia elétrica ou telecomunicações, já que se trata de serviços públicos. O mesmo bem pode ser utilizado para muitos fins, desde que compatíveis com sua destinação principal.

Se é válido que o Poder Público institua remuneração para os particulares que sejam beneficiados com um uso privativo de bem público e, portanto, usufruam de benefício maior que os auferidos pelos demais cidadãos, o mesmo não ocorre quando a utilização do bem público é feita para fins de interesse de toda a coletividade, como ocorre com os serviços públicos de saneamento, energia elétrica, fornecimento de gás etc. Embora, aparentemente, seja a concessionária (empresa privada) quem paga pela utilização, na realidade esse ônus acaba por recair sobre os usuários dos serviços públicos supra referidos. É evidente que esses valores estarão embutidos no valor das tarifas de água, luz, gás e telefone.

[...]

Note-se que o art. 11 da Lei 8.987/1995, ao permitir a previsão de fontes de receitas alternativas, acessórias ou complementares, deixou expresso que o objetivo é o de favorecer a modicidade das tarifas. *Ora, seria irrazoável, por contrariar o intuito do legislador, permitir que, para favorecer a modicidade das tarifas de rodovias, fossem elevadas as tarifas de água, luz, gás e telefone.*

[...]

A conclusão é, portanto, no sentido de que não tem fundamento jurídico a remuneração das concessionárias de serviços públicos que se utilizam das faixas de domínio das rodovias para a instalação de equipamentos indispensáveis à prestação de serviços públicos.

(Concessão para exploração de rodovias. Cobrança de remuneração pela ocupação de faixas de domínio por outras concessionárias de serviços públicos. In "Temas Polêmicos Sobre Contratos e Licitações". 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 358-360 - destaquei)

Nessa linha, ao declarar constitucional a *inexigibilidade* de pagamento pelo uso da faixa de domínio de rodovia concedida por empresas de telecomunicações, averbou o voto-condutor da mencionada ADI n. 6.482/DF: "o argumento de que a cobrança pelo uso da faixa de domínio seria sempre permitida pelo art. 11 da 8.987/1995 equivaleria a atribuir à Lei Geral de Concessões *status* supralegal [...]".

Noutro giro, o art. 11 da Lei n. 8.987/1995 não comporta interpretação passível de validar, em desfavor de autarquia prestadora de serviço de saneamento básico, a exigência de retribuição pecuniária pelo uso da faixa de domínio de rodovia concedida, cuja utilização seja necessária à adequada prestação do serviço sanitário, indispensável à salubridade coletiva.

Como corolário, se da própria previsão legal não se pode extrair a anuência para a cobrança enfocada, não surtirá efeitos obrigacionais, por conseguinte, eventual cláusula do contrato de concessão que preveja a exigência em face de pessoa jurídica de direito público.

VII. Proposição da tese a ser firmada

Diante do exposto, propõe-se a fixação da seguinte tese para efeito dos arts. 947, § 3º, do CPC/2015, e 104-A, III, do RISTJ: *É indevida a cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia prestadora de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida.*

Ausentes os requisitos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, mostra-se desnecessária a modulação dos efeitos do presente julgamento.

VIII. Solução do caso concreto (recurso especial da concessionária)

Conforme declinado, a sentença julgou a demanda favoravelmente à autarquia municipal de saneamento, reconhecendo, para tal, a ilegalidade da cobrança praticada em seu desfavor pela ora Recorrente, em decorrência do uso de parte da faixa de domínio da rodovia concedida.

Interposta apelação pela concessionária, o recurso foi desprovido pelo tribunal de origem em acórdão que reúne, essencialmente, a seguinte fundamentação: *i)* se o serviço executado na faixa de domínio for de caráter público, prevalece o interesse coletivo sobre a pretensão privada da cobrança; *ii)* constituindo o espaço bem público de uso comum do povo, a faixa de domínio está fora de comércio; *iii)* não há hierarquização entre as utilidades públicas envolvidas, mas a necessidade de se implantar serviço público essencial em bem comum de uso do povo impede a cobrança pretendida; e *iv)* a modicidade da tarifa rodoviária não pode agravar o custo da prestação de outro serviço público essencial (fls. 1.256/1.259e).

Preliminarmente, registre-se que não há ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, porquanto não se verificam omissões acerca de questões essenciais ao deslinde da controvérsia, tampouco de outros vícios a imporem a revisão do julgado.

No mérito, diante da tese fixada e nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ, impõe-se a *manutenção* do acórdão recorrido.

Por oportuno, anote-se que, *in casu*, a disposição contratual não tem o condão de garantir à Recorrente embasamento para exigir pagamento de prestadora pública de serviço, a título de receita alternativa, pelo uso da faixa de domínio, considerando que a estipulação prevê, apenas, a cobrança sobre outras *concessionárias* (fl. 1.373e).

Ademais, o caso concreto embala curiosa peculiaridade, porquanto se pretende cobrar, do município, pela utilização da faixa de domínio, para implementar instalações sanitárias que beneficiarão universidade e hospital estaduais, isto é, entes integrantes da estrutura administrativa do *próprio poder concedente*.

Outrossim, o recurso especial não pode ser conhecido com fundamento na alínea *c* do permissivo constitucional, pois não há similitude entre os julgados confrontados, uma vez que o acórdão recorrido cuidou de hipótese de cobrança de concessionária de rodovia em desfavor de pessoa jurídica de direito público,

enquanto os arestos paradigmas trataram ora de cobrança do Estado contra particular, ora de exigência entre agentes privados, configurando, assim, situações fáticas diversas.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Assim, improvido o recurso e estando-se diante de inauguração de grau recursal, bem como havendo anterior imposição da verba honorária pelas instâncias ordinárias, de rigor a majoração, em 20% (vinte por cento), dos honorários anteriormente fixados (fls. 1.132e e 1.263/1.264e), nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do Estatuto Processual.

Posto isso, *nego provimento* ao recurso especial.

Publicado o acórdão, determino a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, aos Ministros da Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e à Turma Nacional de Uniformização.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.834.896-PE (2019/0257203-3)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: União

Recorrido: Valdilene Moura da Silva

Recorrido: Jose Rafael Gomes Vieira

Recorrido: Moises Soares de Souza Filho

Recorrido: Eliete Iunskoski

Recorrido: Francisco Tenorio de Cerqueira Neto

Recorrido: Maurilio Francisco Costa

Recorrido: Quiteria Lins dos Santos

Recorrido: Rogerio de Araujo Lima
Recorrido: Edvaldo Moreira dos Santos
Recorrido: Leandro Jose Wanderley de Barros
Recorrido: Luciene Faustina do Nascimento
Recorrido: Jackson Jose Nunes da Silva
Recorrido: Pedro Bomfim Junior
Recorrido: Gilberto Jose Eloi Filho
Recorrido: Iranildo de Amorim Delmas
Recorrido: Robson Joaquim Monteiro da Silva
Advogado: Fernando Antônio Caraciolo Albuquerque - PE021910
Interes.: Departamento Estadual de Transito de Pernambuco
Advogados: Antiógenes Viana de Sena Júnior - PE021211
Izac Oliveira de Menezes Júnior - PE025597D

EMENTA

Incidente de Assunção de Competência - IAC nos autos de recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Administrativo. Trânsito. Motoristas autônomos de transporte coletivo escolar. Obtenção e renovação da Carteira Nacional de Habilitação - CNH. Exame toxicológico de larga janela de detecção. Art. 148-A do CTB. Resultado negativo. Requisito obrigatório. Fixação de tese vinculante.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II – A obrigatoriedade de apresentação de resultado negativo no exame toxicológico de larga detecção está vinculada às categorias de habilitação, e não a parâmetros associados à atividade profissional do condutor, porquanto nas graduações “C”, “D” e “E” estão inseridas exigências justificadamente maiores em relação às categorias precedentes, por força das características físicas e das finalidades dos veículos envolvidos.

III – Tese vinculante fixada, nos termos dos arts. 947, § 3º, do CPC/2015, e 104-A, III, do RISTJ: *A apresentação de resultado*

negativo em exame toxicológico de larga janela de detecção é obrigatória para a habilitação e a renovação da Carteira Nacional de Habilitação do motorista autônomo de transporte coletivo escolar, nos termos do art. 148-A da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

IV – Recurso especial da União provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região).

Assistiu ao julgamento a Dra. Eliete Viana Xavier, pela parte recorrente: União.

Brasília (DF), 08 de junho de 2022 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 15.6.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de recurso especial interposto pela *União* contra acórdão prolatado pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 549/550e):

Constitucional e Administrativo. Exame toxicológico. Motorista profissional. Transporte escolar. Exigência indevida para motoristas profissionais de transporte escolar. Lei n. 13.103/2015. Regulamentação limitada ao transporte rodoviário de carga e de passageiros. Improvimento.

1. Trata-se de apelações interpostas contra sentença que confirmou a liminar e julgou procedente o pedido, para determinar a sustação dos efeitos da exigência

de realização de exame toxicológico de larga escala em relação aos autores e para permitir a renovação de suas CNHs, salvo se houver óbice de outra natureza, distinto do analisado no presente feito.

2. No presente caso, os autores ajuizaram ação contra a União Federal e do Departamento Estadual de Trânsito de Pernambuco - DETRAN, objetivando provimento judicial que declarasse a inexigibilidade de realização de exame toxicológico de larga janela de detecção, prevista no inciso II, do art. 138 do Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503, de 23/09/1997, no art. 4º da Deliberação Contran n. 145, de 30 de dezembro de 2015, que altera a Resolução Contran n. 425, de 27 de novembro de 2012, alterada pela Resolução Contran n. 583, de 23/03/2016.

3. O Juízo de origem entendeu que a Lei n. 13.103, de 02/03/2015 teve como propósito a redução da violência nas estradas federais e estaduais do país e que o serviço de transporte escolar prestado pelos autores não se enquadra na situação. Ressaltou, ainda, que o alto custo do exame em questão a cargo dos motoristas poderia onerar ainda mais o custo do transporte escolar e inviabilizar sua atividade por parte dos autores.

4. Não merece prosperar o argumento de que o Detran-PE seria parte ilegítima, pois, na qualidade de órgão executivo de trânsito, não pode alegar a impossibilidade de cumprir o provimento jurisdicional requerido pelos apelados, tendo em vista que a sua competência para expedir Carteira Nacional de Habilitação, mediante delegação do órgão federal competente, conforme previsão do art. 22, II, do Código de Trânsito Brasileiro. Além disso, o fato de existir previsão de que cabe ao Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN o credenciamento de laboratórios para a realização do exame toxicológico em questão, não enseja a conclusão de que o referido órgão deve integrar a lide, na condição de litisconsorte passivo necessário.

5. Esta Terceira Turma tem se posicionado no sentido de que não há inconstitucionalidade da Lei 13.103/2015, do art. 138, II da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), do art. 4º da Deliberação Contran n. 145/2015 ou das Resoluções n. 425/2012 e n. 583/2016 do CONTRAN. No entanto, tem-se entendido que os exames toxicológicos somente são exigidos para motoristas profissionais do transporte rodoviário coletivo de passageiros e do transporte rodoviário de cargas, categorias claramente diversas da exercida pelos demandantes (motoristas profissionais de transporte escolar no município de Recife). Nesse sentido: *Processo: 08117554520174058300, AC/PE, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, 3ª Turma, julgamento: 17/04/2018; Processo: 08074894920164058300, APELREEX/PE, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga (Convocado), 3ª Turma, julgamento: 25/07/2017.*

6. Com efeito, a Lei n. 13.103/2015, que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, especificou, em seu art. 1º, que integram a categoria profissional ali tratada os motoristas de veículos automotores cuja condução

exija formação profissional e que exerçam a profissão nas seguintes atividades ou categorias econômicas: I - de transporte rodoviário de passageiros; II - de transporte rodoviário de cargas.

7. Desse modo, considerando que o art. 148-A do Código de Trânsito Brasileiro foi inserido [pela] Lei n. 13.103/2015, tem-se que a exigência da realização exames toxicológicos para a habilitação e renovação da Carteira Nacional de Habilitação diz respeito aos condutores das categorias C, D e E, que se enquadrem na categoria profissional disposta na referida lei.

8. Acrescente-se, ainda, que o art. 29 da Resolução CONTRAN n. 425/2012, com a redação dada pelo art. 3º da Resolução n. 583/2016 CONTRAN, dispõe que “O exame toxicológico de larga janela de detecção para consumo de substâncias psicoativas, exigido quando da habilitação, renovação e mudança para as categorias C, D e E, deverá ser realizado de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Anexo da Portaria n. 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social”, no que couber. O anexo da referida Portaria, por sua vez, estabelece as diretrizes para realização de exame toxicológico em motoristas profissionais do transporte rodoviário coletivo de passageiros e do transporte rodoviário de cargas.

9. Desse modo, da interpretação sistemática das normas de regência, conclui-se que os destinatários da mencionada exigência são apenas os motoristas profissionais do transporte rodoviário coletivo de passageiros e do transporte rodoviário de cargas, que necessitem de CNHs de categorias C, D e E. Assim, embora o art. 138, II, do CTB preveja que os condutores de veículo destinado à condução de escolares devem ser habilitados na categoria D, não se faz necessária a realização de exame toxicológico de larga escala em relação aos mencionados profissionais para permitir a renovação de sua CNH.

10. Apelação improvida. Majoração dos honorários de 10% para 11% sobre o valor da causa, conforme previsão do art. 85, § 11, do CPC.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 646/650e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese:

- Arts. 148-A, do CTB, 5º e 8º da Lei n. 13.103/2015, 4º da Resolução CONTRAN n. 583/2016, e Portaria n. 116/2015 – “[...] no dia 02 de março de 2015 foi publicada a Lei n. 13.103, dispondo sobre o exercício da profissão de motorista e alterando, dentre outras, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Lei n. 9.503/1997 (CTB). O art. 8º da citada lei inseriu o art. 148-A no CTB, estabelecendo que os condutores das categorias ‘C’, ‘D’ e ‘E’ deverão submeter-se a exames toxicológicos para a habilitação e renovação da Carteira Nacional de Habilitação. Portanto, como se percebe, os destinatários da norma

não se limitam aos caminhoneiros, mas sim todos aqueles condutores que necessitem de CNHs de categorias ‘C’, ‘D’ e ‘E’. Assim, o escopo da lei não se limita unicamente à redução da violência nas estradas federais e estaduais do país. A obrigatoriedade de realização do exame toxicológico não está vinculada ao exercício da profissão de motorista, embora o englobe. Igualmente, eventual solicitação de retirada da anotação do exercício profissional, pelo condutor, não afasta a exigência do exame toxicológico de larga janela de detecção, haja vista que a obrigatoriedade não decorre do exercício profissional da atividade de motorista, mas sim pelo fato de o condutor possuir habilitação de categoria ‘C’, ‘D’ ou ‘E’” (fls. 756/757e).

Com contrarrazões (fls. 800/813e), o recurso foi admitido (fls. 828/829e).

Preenchidos os pressupostos formais e materiais de admissibilidade, propus, no bojo do presente recurso, a admissão de Incidente de Assunção de Competência - IAC, tendo sido acolhida a proposta pela Seção, por unanimidade, sem determinação para suspender a tramitação dos feitos envolvendo a matéria ora tratada (fls. 913/926e).

Foram expedidas as comunicações e intimações pertinentes (fls. 928/934e).

Foi determinado que se oficiasse à Associação Brasileira de Transportadores Escolares e Passageiros – ATEP (não localizada, fl. 942e), a Sociedade Brasileira de Toxicologia – SBTOX (fls. 938/939e) e a Associação Brasileira de Provedores de Serviços Toxicológicos de Larga Janela de Detecção – ABRATOX, tendo esta última se manifestado favoravelmente à pretensão da ora Recorrente (fls. 973/997e).

Com nova vista dos autos, nos termos do art. 256-M, do RISTJ, o Ministério Público Federal opinou, na qualidade de *custos iuris*, “pela procedência do Incidente para, de modo afirmativo, incluir os motoristas autônomos de transporte escolar nos ditames das Leis 13.103/15 e 14.071/20” (fls. 1.044/1.048e).

Em 07.06.2022 foram juntados memoriais apresentados pela União (fls. 1.053/1.057e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora): Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime

recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Da admissibilidade do recurso especial

Os requisitos formais e materiais de admissibilidade foram oportunamente examinados quando da afetação do recurso, nos seguintes termos (fls. 919/920e):

Inicialmente, consigno que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas.

Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões preliminares e/ou prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, porquanto todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais suficientes.

II. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, cuida-se de ação de rito ordinário ajuizada por motoristas autônomos de transporte coletivo escolar, objetivando afastar a obrigatoriedade da realização de exame toxicológico de larga janela de detecção como requisito para renovar as Carteiras Nacionais de Habilitação - CNHs, exigência introduzida no Código de Trânsito Brasileiro - CTB pelo art. 8º da Lei n. 13.103/2015 (fls. 1/14e).

Deferiu-se a tutela de urgência “para determinar a suspensão da exigência do exame toxicológico de larga escala de detecção para os autores, até o final do julgamento do presente feito, podendo as respectivas CNHs serem renovadas cumprimento da referida exigência” (fls. 282/283e).

A sentença confirmou a liminar e julgou procedente o pedido formulado pelos Autores para permitir a renovação dos seus documentos de habilitação sem a submissão ao apontado exame, salvo se houvesse “óbice de outra natureza, distinto do analisado no presente feito” (fls. 390/392e).

Interposta apelação, foi improvida pela Corte *a qua*.

A questão debatida – inédita no âmbito desta Corte – está, portanto, em *definir se constitui requisito obrigatório para a renovação da Carteira Nacional de*

Habilitação - CNH do motorista autônomo de transporte coletivo escolar, a realização do exame toxicológico de larga janela de detecção, previsto no art. 148-A, do Código de Trânsito Brasileiro, introduzido pela Lei n. 13.103/2015.

III. Moldura normativa

Os dispositivos pertinentes da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), com as alterações promovidas pelas Leis ns. 13.103, de 03.03.2015, e 14.071, de 14.10.2020 – vigentes, respectivamente, quarenta e cinco e cento e oitenta dias após a publicação –, dispõem:

Art. 138. O condutor de veículo destinado à condução de escolares deve satisfazer os seguintes requisitos:

I - ter idade superior a vinte e um anos;

II - ser habilitado na categoria D;

III - (vetado)

IV - não ter cometido mais de uma infração gravíssima nos 12 (doze) últimos meses; (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

V - ser aprovado em curso especializado, nos termos da regulamentação do CONTRAN.

[...]

Art. 143. Os candidatos poderão habilitar-se nas categorias de A a E, obedecida a seguinte graduação:

[...]

IV - Categoria D - condutor de veículo motorizado utilizado no transporte de passageiros, cuja lotação exceda a oito lugares, excluído o do motorista;

[...]

Art. 145. Para habilitar-se nas categorias D e E ou para conduzir veículo de transporte coletivo de passageiros, de escolares, de emergência ou de produto perigoso, o candidato deverá preencher os seguintes requisitos:

I - ser maior de vinte e um anos;

II - estar habilitado:

a) no mínimo há dois anos na categoria B, ou no mínimo há um ano na categoria C, quando pretender habilitar-se na categoria D; e

b) no mínimo há um ano na categoria C, quando pretender habilitar-se na categoria E;

III - não ter cometido mais de uma infração gravíssima nos últimos 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

IV - ser aprovado em curso especializado e em curso de treinamento de prática veicular em situação de risco, nos termos da normatização do CONTRAN.

Parágrafo único. A participação em curso especializado previsto no inciso IV independe da observância do disposto no inciso III.

[...]

Art. 148-A. Os condutores das categorias C, D e E deverão comprovar resultado negativo em exame toxicológico para a obtenção e a renovação da Carteira Nacional de Habilitação. (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

§ 1º O exame de que trata este artigo buscará aferir o consumo de substâncias psicoativas que, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção e deverá ter janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, nos termos das normas do Contran. (Redação dada pela Lei n. 13.103/2015)

§ 2º Além da realização do exame previsto no caput deste artigo, os condutores das categorias C, D e E com idade inferior a 70 (setenta) anos serão submetidos a novo exame a cada período de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, a partir da obtenção ou renovação da Carteira Nacional de Habilitação, independentemente da validade dos demais exames de que trata o inciso I do caput do art. 147 deste Código. (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

§ 4º É garantido o direito de contraprova e de recurso administrativo, sem efeito suspensivo, no caso de resultado positivo para os exames de que trata este artigo, nos termos das normas do Contran. (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

§ 5º O resultado positivo no exame previsto no § 2º deste artigo acarretará a suspensão do direito de dirigir pelo período de 3 (três) meses, condicionado o levantamento da suspensão à inclusão, no Renach, de resultado negativo em novo exame, e vedada a aplicação de outras penalidades, ainda que acessórias. (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

§ 6º O resultado do exame somente será divulgado para o interessado e não poderá ser utilizado para fins estranhos ao disposto neste artigo ou no § 6º do art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.542, de 1º de maio de 1943. (Redação dada pela Lei n. 13.103/2015)

§ 7º O exame será realizado, em regime de livre concorrência, pelos laboratórios credenciados pelo Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, nos termos das normas do Contran, vedado aos entes públicos: (Redação dada pela Lei n. 13.103/2015)

I - fixar preços para os exames; (Redação dada pela Lei n. 13.103/2015)

II - limitar o número de empresas ou o número de locais em que a atividade pode ser exercida; e

III - estabelecer regras de exclusividade territorial. (Redação dada pela Lei n. 13.103/2015)

[...]

Art. 165-B. Conduzir veículo para o qual seja exigida habilitação nas categorias C, D ou E sem realizar o exame toxicológico previsto no § 2º do art. 148-A deste Código, após 30 (trinta) dias do vencimento do prazo estabelecido: (Incluído pela Lei n. 14.071/2020)

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei n. 14.071/2020)

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 3 (três) meses, condicionado o levantamento da suspensão à inclusão no Renach de resultado negativo em novo exame. (Incluído pela Lei n. 14.071/2020)

Parágrafo único. Incorre na mesma penalidade o condutor que exerce atividade remunerada ao veículo e não comprova a realização de exame toxicológico periódico exigido pelo § 2º do art. 148-A deste Código por ocasião da renovação do documento de habilitação nas categorias C, D ou E. (Incluído pela Lei n. 14.071/2020)

Coube à Lei n. 13.103/2015, conhecida como “Lei do Caminhoneiro” – voltada a disciplinar o exercício da profissão de motorista profissional de transportes rodoviários coletivo de passageiros e de cargas –, introduzir, legislativamente, a obrigatoriedade do exame toxicológico de ampla detecção para as categorias de habilitação “C”, “D” e “E”, exigível a cada dois anos e meio.

Atualmente, a realização do exame é regulamentada, no plano infralegal, pela Resolução do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN n. 923, de 1º.04.2022, a qual, além de fixar os balizamentos técnicos a serem observados no processamento das amostras, estabelece o *compliance* do procedimento:

Art. 3º *O exame toxicológico deve possuir todas as suas etapas, pré-analíticas, analíticas e pós-analíticas, protegidas por cadeia de custódia com validade forense, incluindo desde o procedimento de coleta do material biológico até o registro na base de dados do Registro Nacional de Condutores Habilitados (RENACH) e a entrega do laudo do exame ao condutor, garantindo a rastreabilidade operacional, contábil e fiscal de todo o processo, aí compreendidas todas as etapas analíticas (descontaminação, extração, triagem e confirmação).*

[...]

Art. 5º. *O credenciamento junto ao órgão máximo executivo de trânsito da União será concedido aos laboratórios que comprovarem a condição de laboratório regularmente estabelecido, regularidade fiscal, alvará de funcionamento concedido pela autoridade responsável, acreditação junto a organismo de acreditação e atendimento integral às exigências estabelecidas nesta Resolução e seus Anexos.*

§ 1º *Os laboratórios deverão estar acreditados junto ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) ou entidade internacional com a qual*

o INMETRO possua acordo de reconhecimento mútuo, de acordo com a norma ISO/IEC 17025, com atendimento dos requisitos que incluam integralmente as “Diretrizes sobre o exame de substâncias psicoativas em cabelos e pelos: Coleta e Análise” da Sociedade Brasileira de Toxicologia (SBTOX), (versão publicada oficialmente em dezembro de 2015), ou junto ao Colégio Americano de Patologistas (CAP-FDT), (acreditação forense para exames toxicológicos de larga janela de detecção do Colégio Americano de Patologistas), e requisitos forenses específicos para exames toxicológicos de larga janela de detecção contidos nesta Resolução. (destaquei)

Outrossim, consoante registrado no acórdão da afetação, tramita, perante o Supremo Tribunal Federal, a ADI n. 5.322/DF, ajuizada em 20.05.2015, e a ADC n. 75, proposta em 1º.12.2020, ambas sem concessão de liminar e nas quais se buscam, respectivamente, a declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade de alterações implementadas pela Lei n. 13.103/2015 *na Consolidação das Leis do Trabalho*, cujo foco, portanto, repousa na exigência do exame toxicológico para o motorista *profissional/empregado*, jungido à disciplina da relação celetista.

Todavia, a discussão trazida a este Superior Tribunal, além de diversa, é de cunho infraconstitucional, consubstanciada em se interpretar as leis federais alegadamente ofendidas, a fim de se extrair o alcance da obrigatoriedade do exame em tela para os condutores autônomos de transporte coletivo escolar.

Ademais, verifica-se, da inicial da ação direta, que o plexo normativo impugnado não contempla o art. 8º do mencionado diploma de 2015, especificamente responsável por inserir o art. 148-A no CTB.

IV. Lineamentos doutrinários, apontamentos técnicos e estatísticas envolvendo o exame toxicológico de larga escala de detecção

As dificuldades inerentes ao transporte coletivo escolar acautelaram o legislador para que impusesse ao postulante à prestação de tal serviço a demonstração de aptidões físicas e mentais compatíveis com o *nível de exigência da atividade*, materializado na necessidade de habilitação, ao menos, em categoria “D”, além de idade mínima de vinte e um anos, histórico negativo de infrações gravíssimas e aprovação em curso especializado.

Com efeito, “em vista da responsabilidade exigida no transporte de escolares, reclama-se do condutor certa maturidade e capacidade de controle e de trato especial dispensado aos passageiros”, notadamente porque o porte dos veículos envolvidos nessa espécie de transporte acarreta, em acidentes,

consequências “mais danosas e trágicas” (RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito*. 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2019. pp. 388 e 410).

Em linhas gerais, esse motorista “é o nosso condutor das ‘vans’, micro-ônibus e ônibus de transporte coletivo de passageiros” (GOMES, Ordeli Savedra. *Código de Trânsito Brasileiro Comentado e Legislação Complementar*. 15ª ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 150).

Além dos requisitos mencionados, à habilitação, renovação ou à mudança para a categoria “D” somou-se a obrigatoriedade de apresentação de resultado negativo no denominado *exame toxicológico de larga janela de detecção*.

Trata-se de procedimento realizado somente por laboratórios credenciados pelo CONTRAN, no qual, mediante análise de material biológico queratínico fornecido pelo doador (cabelos, pelos ou unhas), busca-se detectar o consumo, ativo ou não, de substâncias psicoativas que, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, com retrospectiva mínima de noventa dias, contados da coleta.

Das amostras recolhidas é possível identificar eventual regularidade no consumo de anfetaminas e metanfetaminas, das quais são exemplos, respectivamente, os chamados “rebites” e o *ecstasy*, além de opiáceos (p. ex. morfina e heroína), cocaína, *crack* e maconha.

Anote-se que empresas privadas internacionais de diversos segmentos, bem como entidades públicas, utilizam o método no recrutamento de colaboradores, conforme aponta estudo elaborado pelo portal “SOS Estrada”, especializado em segurança viária:

[...] os exames de larga janela também estabelecem a quantidade de droga que o doador das amostras utilizou, categorizando-o desde um usuário levíssimo a pesadíssimo, para cada droga eventualmente detectada.

Os exames toxicológicos de larga detecção são amplamente utilizados ao redor do mundo por milhares de empresas, cortes, órgãos e agências governamentais há pelo menos duas décadas. Estes exames forenses, desde que corretamente realizados por laboratórios certificados para tanto, são o estado-de-arte da toxicologia, completamente seguros e eficientes na determinação de um padrão histórico do abuso de drogas, conforme ensinam Schaffer, Hill e Cairns, no estudo “Hair Analysis for Cocaine: The requirement for effective wash procedures and effects of drug concentration and hair porosity in contamination and decontamination. Journal of Analytical Toxicology, v. 29, 2005 August”, e o estudo com versão em português “Análises de drogas em cabelos ou pelos”, que contou com a importante participação da especialista brasileira Alice A. da Matta Chasin, Doutora em Toxicologia e Mestre em Análises Toxicológicas FCF/USP.

No Brasil, [...] o exame de larga janela é utilizado há anos por dezenas de forças policiais, incluindo as polícias federal e rodoviária federal, as forças armadas, empresas aéreas como TAM, Azul, Embraer, Shell etc... justamente para impedir o acesso a essas funções por usuários de drogas, até que eles se recuperem.

(As Drogas e os Motoristas Profissionais - dimensionando o problema e apresentando soluções. Coord. Rodolfo Alberto Rizzotto. Disponível em <<http://estradas.com.br/wp-content/uploads/2015/02/As-Drogas-e-os-Motoristas-Profissionais-Fevereiro-2015.pdf>> Acesso 02.05.2022 - destaquei)

Outra pesquisa realizada pela entidade, com base em dados do Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN e do Registro Nacional de Infrações de Trânsito - RENAIF, no período de março de 2016 a setembro de 2020, revelou que 67% dos testes de habilitados nas categorias “C”, “D” e “E” foram positivos para cocaína, dos quais oitenta mil eram condutores de transportes coletivos, como ônibus e vans (RIOS, Renata; SOUZA, Carine. “Estudo identifica 700 mil motoristas profissionais que utilizam drogas”. Correio Braziliense, Brasília, 12.10.2020. Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/10/4881600-dura-realidade-sobre-rodas.html>> Acesso 02.05.2022).

Isso se refletiu na diminuição da procura por tais espécies de habilitação por pretendentes usuários de entorpecentes, consoante informa o Instituto de Tecnologias para o Trânsito Seguro - ITTS:

No Brasil, historicamente, a cada ano aumentava o número de emissões e renovações de habilitações nas categorias C, D e E. Mas nos primeiros quatro anos da aplicação do exame toxicológico, cerca de 2 milhões de condutores dessas categorias não renovaram a habilitação ou mudaram para categoria B, que não exige o exame. Grande parte desses casos envolve condutores usuários de drogas que fugiram do exame toxicológico. Essa prática é conhecida como “positividade escondida”.

(“Exame toxicológico para motoristas no Brasil é modelo nos EUA”. Disponível em <<http://transitolivre.org.br/exame-toxicologico-para-motoristas-no-brasil-e-modelo-nos-eua/>> Acesso 04.05.2022)

Fato é que os efeitos positivos da exigência estão sendo observados nos índices de sinistralidade no trânsito pela ação de condutores de transporte de passageiros e de carga, pois, “de acordo com a Polícia Rodoviária Federal, o exame toxicológico tem reduzido os acidentes envolvendo caminhões em 35% e relacionados a ônibus em 45%, apontando ser um forte instrumento de segurança no trânsito” (“O exame toxicológico na redução dos acidentes nas

rodovias federais”. Disponível em: <https://sinprfpr.org.br/blog/2021/11/01/o-exame-toxicologico-na-reducao-dos-acidentes-nas-rodovias-federais/> Acesso 04.05.2022).

V. Legalidade da exigência de resultado negativo em exame toxicológico de larga janela de detecção para a habilitação e renovação da CNH de motorista de transporte coletivo escolar

A previsão legal para a realização do exame em foco foi trazida pela apontada Lei n. 13.103/2015, que, embora mirasse, mais detidamente, disciplinar as condições laborais de motoristas profissionais rodoviários de passageiros e de carga, teve por *ratio* teleológica *diminuir a violência no trânsito*, por intermédio, também, da melhoria das condições de trabalho dos *condutores de veículos pesados e de maior porte*, categoria na qual se incluem os motoristas de transporte coletivo escolar.

Assim, ao inserir o art. 148-A no CTB, o diploma de 2015 não condicionou – tampouco ressalvou – sua aplicação unicamente à classe profissional de condutores rodoviários.

Isso porque, conforme se verifica da leitura do próprio dispositivo legal, *a obrigatoriedade de apresentação de resultado negativo no exame toxicológico está vinculada às categorias de habilitação*, e não a parâmetros associados à atividade profissional, porquanto nas graduações “C”, “D” e “E” estão inseridas exigências justificadamente maiores em relação às categorias precedentes, por força das características físicas e das finalidades dos veículos envolvidos.

Por sinal, é sintomático que a Lei n. 13.103/2015 tenha empregado a expressão “motorista profissional” múltiplas vezes, não, porém, no seu art. 8º, *especificamente* responsável por introduzir a exigência do exame no CTB.

Nessa linha, aliás, assinala o parecer do Ministério Público Federal (fls. 1.047/1.048e):

Ao que se verifica, o apego dos interessados para serem excluídos do exame toxicológico se resume à literalidade da lei, que não os menciona. A questão de direito é de maior abrangência e possui relevante cunho social, cuja importância envolve o transporte coletivo diário de crianças e adolescentes.

Nesse contexto, ainda que a Lei n. 13.103/15 seja definida como de regulação do exercício profissional da categoria de motorista, não se pode desconsiderar que o exercício autônomo da mesma profissão exige a habilitação em categoria prevista na lei (no caso a D).

De fato, cuida-se de questão essencialmente atrelada à *qualificação e ao preparo* de agentes diretamente envolvidos no deslocamento e na segurança cotidiana de milhares de crianças e/ou adolescentes, cuja atividade, por óbvio, é incompatível com o consumo de substâncias estupefacientes.

“Daí a coerência”, pondera Arnaldo Rizzardo, “em exigir a aferição do grau de intoxicação do corpo especialmente ao condutor de veículos que demandam mais atenção, autodomínio e concentração” (ob. cit., p. 438).

Também é certo que o qualificativo “rodoviário” não tem o condão de excluir, como pretendem, os transportadores de escolares do âmbito da incidência da norma, considerando que transporte rodoviário é o realizado “em vias públicas” (art. 1º da Lei n. 11.442/2007), vale dizer, tem lugar em rodovias, estradas, ruas, avenidas e logradouros (art. 2º do CTB), locais de operação da categoria.

Outrossim, admitir a dispensa dos motoristas de transporte coletivo escolar de realizarem o exame toxicológico equivaleria a lhes conferir tratamento privilegiado, não previsto em lei, em detrimento *dos demais interessados* em obter ou renovar a habilitação na *mesma* categoria “D”, contrariando, desse modo, o disposto nos apontados arts. 138, II, e 145, *caput*, do CTB.

Por conseguinte, tal é a exegese da disciplina normativa que, ao se afinar com o *status* constitucional conferido à segurança viária, “exercida para a preservação da ordem pública e da *incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas*” (EC n. 82/2014), também atende aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LINDB).

Nesse cenário, portanto, não se verifica nenhum fundamento legal ou lógico que autorize desobrigar os motoristas autônomos de transporte coletivo escolar, quando da habilitação ou da renovação de suas CNHs, de se submeterem ao exame toxicológico de larga janela de detecção, previsto no art. 148-A do CTB.

VI. Proposição da tese a ser firmada

Diante do exposto, propõe-se a fixação da seguinte tese para efeito dos arts. 947, § 3º, do CPC/2015, e 104-A, III, do RISTJ: *A apresentação de resultado negativo em exame toxicológico de larga janela de detecção é obrigatória para a habilitação e a renovação da Carteira Nacional de Habilitação do motorista autônomo de transporte coletivo escolar, nos termos do art. 148-A da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro).*

Ausentes os requisitos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, mostra-se desnecessária a modulação dos efeitos do presente julgamento.

VII. Solução do caso concreto (recurso especial da União)

Conforme declinado, sentença e acórdão julgaram a demanda favoravelmente aos autores, reconhecendo, para tanto, que os exames toxicológicos devem ser exigidos somente dos motoristas profissionais do transporte rodoviário coletivo de passageiros e de cargas.

Dessarte, diante da tese fixada e nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ, impõe-se a *reforma* do acórdão recorrido.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Assim, tratando-se de recurso sujeito ao vigente Estatuto Processual, considerada a fundamentação apresentada e caracterizada a hipótese de provimento de recurso, de rigor o redimensionamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 3º, I, para fixá-los em 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Posto isso, *dou provimento* ao recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido da ação, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015.

Publicado o acórdão, determino a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, aos Ministros da Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e à Turma Nacional de Uniformização.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.857.098-MS (2020/0006402-8)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul
Recorrido: Município de Campo Grande
Procurador: Edmir Fonseca Rodrigues - MS006291

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Incidente de Assunção de Competência (IAC n. 13/STJ). Ambiental. Estado de Direito Ambiental. Direito de acesso à informação ambiental. Vício de fundamentação. Inexistência. Princípio 10 da Declaração do Rio. Princípio da máxima divulgação. Princípio *favor informare*. Acordo de Escazú. Convenção de Aarhus. Legislação interna positivada. Convergência. Arts. 2º da Lei n. 10.650/2003, 8º da Lei n. 12.527/2011 (LAI) e 9º da Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA). Transparência ambiental ativa. Dever estatal de informar e produzir informação ambiental. Presunção relativa. Discricionariedade administrativa. Inexistência. Necessidade de motivação adequada da negativa. Controle judicial do ato administrativo. Cabimento. Área de Proteção Ambiental (APA). Plano de manejo. Publicação periódica de relatórios de execução. Portal de internet. Averbação no registro de imóveis rurais. Previsão legal.

1. Tendo sido suscitada a matéria nos aclaratórios ao acórdão da origem recorrido, invocada no recurso especial a nulidade por vício de fundamentação, na forma do art. 1.022 do CPC/2015, e pleiteada a incidência da ficção legal do art. 1.025 dessa norma, reconhece-se o prequestionamento das matérias discutidas. Ademais, o acórdão efetivamente enfrenta a questão, verificando-se o prequestionamento implícito. Inexistente vício de fundamentação relevante para a solução da causa, supera-se a preliminar de mérito.

2. O direito de acesso à informação ambiental encontra-se reconhecido no direito internacional, em diversas normas que visam dar cumprimento ao Princípio 10 da Declaração do Rio. No âmbito da América Latina e Caribe, o Acordo de Escazú dispõe sobre a matéria. Embora não internalizado, pendente de ratificação, o direito nacional reflete princípios semelhantes por todo o ordenamento, desde o nível constitucional, que se espalham em variadas leis federais.

3. O direito de acesso à informação configura-se em dupla vertente: direito do particular de ter acesso a informações públicas requeridas (transparência passiva) e dever estatal de dar publicidade às informações públicas que detém (transparência ativa). Atua, ademais, em função do direito de participação social na coisa pública, inerente às democracias, embora constitua-se simultaneamente como direito autônomo.

4. No regime de transparência brasileiro, vige o Princípio da Máxima Divulgação: a publicidade é regra, e o sigilo, exceção, sem subterfúgios, anacronismos jurídicos ou meias-medidas. É dever do Estado demonstrar razões consistentes para negar a publicidade ativa e ainda mais fortes para rejeitar o atendimento ao dever de transparência passiva.

5. A opacidade administrativa não pode ser tolerada como simulacro de transparência passiva. O dever estatal de transparência ativa antecede o direito do cidadão em reclamar a transparência passiva. É o desatendimento da publicação espontânea e geral de informações públicas que abre ao cidadão o direito de reclamar, individualmente, acesso às informações públicas não publicadas pelo Estado.

6. Eis a ordem natural das coisas, em matéria de transparência em uma democracia: i) a Administração atende o dever de publicidade e veicula de forma geral e ativa as informações públicas, na internet; ii) desatendido o dever de transparência ativa, mediante provocação de qualquer pessoa, a Administração presta a informação requerida, preferencialmente via internet; iii) descumprido o dever de transparência passiva, aciona-se, em último caso, a Justiça. Não é a existência dos passos subsequentes, porém, que apaga os deveres antecedentes. Ou seja: não é porque se pode requerer acesso à informação que a Administração está desobrigada, desde o início, de publicá-la, ativamente e independentemente de requerimento anterior.

7. Impõe-se ao Estado, em regra, a publicação (especialmente na internet, acresça-se) de informações públicas, não se tratando de ato discricionário. Para não publicar a informação pública na internet, o Administrador deve demonstrar motivações concretas, de caráter

público e republicano, aptas a afastar a regra da transparência ativa. Descumprida a regra, viabiliza-se ao cidadão o requerimento de acesso. Para negar-se a atender a transparência passiva, os motivos do Administrador devem ser ainda mais graves, conforme normas de sigilo taxativamente previstas na Lei de Acesso à Informação (LAI). Em matéria de transparência, no Brasil, a autointerpretação administrativa em favor de si mesma, a pretexto de discricionariedade, é vedada, devendo a negativa ser sempre fundamentada em decisão pública, sujeita a revisão administrativa e controle judicial.

8. No âmbito da transparência ambiental, o ordenamento brasileiro intensifica ainda mais o dever do Estado, impondo inclusive a produção da informação ambiental, e não apenas a divulgação daquelas de que dispõem (transparência reativa). É certo que a previsão deve ser interpretada moderadamente, sendo de se ponderar os pedidos de produção da informação não disponível com outros aspectos da gestão pública. A presunção do dever de produzir a informação ambiental é relativa, podendo ser, mediante justificação expressa e razoável, afastada pela Administração, sujeita tal decisão ao crivo judicial.

9. No caso concreto, não se vislumbra razoável a inexistência de relatórios de execução do Plano de Manejo da Área de Proteção Ambiental (APA) do Lajeado. Se não existem, devem ser produzidos, à luz da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981, art. 9º, XI). Produzidos, devem ser ativamente publicados pela municipalidade, em seu portal de internet (LAI - Lei n. 12.527/2011, art. 8º, § 2º).

10. Quanto à averbação da APA no registro dos imóveis rurais, o ordenamento ambiental e registral brasileiro aponta para sua adequação. As averbações facultativas não são taxativamente previstas, e o Ministério Público é expressamente legitimado para requerer, inclusive diretamente ao oficial, apontamentos vinculados a sua função institucional, entre as quais, inequivocamente, está a tutela ambiental.

11. A anterior publicidade dos atos administrativos em nada impede o registro, ainda que este também atenda a esse mesmo princípio. São vários os atos públicos, inclusive judiciais, que são de averbação ou registro compulsórios (p. ex. sentenças, desapropriações

e tombamentos). Tanto mais se diga da medida facultativa, requerida expressamente pelo Ministério Público no âmbito da sua função institucional de defesa do meio ambiente.

12. A hipótese presente não se confunde com o regime das áreas de preservação permanente (APP), com o Cadastro Ambiental Rural (CAR) ou com o Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), regidos por normas próprias e específicas.

13. Em suma, o ainda incipiente Estado de Direito Ambiental, também dito Estado Ecológico de Direito ou Estado Socioambiental de Direito (*Environmental Rule of Law*), brasileiro contempla dentre as medidas de transparência ambiental, entre outras: i) o dever estatal de produzir relatórios de execução de projetos ambientais, como os Planos de Manejo de APAs; ii) o dever estatal de publicar tais relatórios na internet, com periodicidade adequada; e iii) a averbação das APAs nos registros de imóveis rurais, mediante requerimento direto do Ministério Público aos escritórios.

14. Fixam-se as seguintes teses vinculantes neste IAC:

Tese A) O direito de acesso à informação no Direito Ambiental brasileiro compreende: i) o dever de publicação, na internet, dos documentos ambientais detidos pela Administração não sujeitos a sigilo (transparência ativa); ii) o direito de qualquer pessoa e entidade de requerer acesso a informações ambientais específicas não publicadas (transparência passiva); e iii) direito a requerer a produção de informação ambiental não disponível para a Administração (transparência reativa);

Tese B) Presume-se a obrigação do Estado em favor da transparência ambiental, sendo ônus da Administração justificar seu descumprimento, sempre sujeita a controle judicial, nos seguintes termos: i) na transparência ativa, demonstrando razões administrativas adequadas para a opção de não publicar; ii) na transparência passiva, de enquadramento da informação nas razões legais e taxativas de sigilo; e iii) na transparência ambiental reativa, da irrazoabilidade da pretensão de produção da informação inexistente;

Tese C) O regime registral brasileiro admite a averbação de informações facultativas sobre o imóvel, de interesse público, inclusive as ambientais;

Tese D) O Ministério Público pode requisitar diretamente ao oficial de registro competente a averbação de informações alusivas a suas funções institucionais.

15. Solução do caso concreto. Determina-se: i) a publicação (e produção, acaso inexistam) dos relatórios periódicos de implantação e execução do Plano de Manejo da APA do Lajedo no portal da Municipalidade; e ii) a averbação da APA nos imóveis rurais incluídos em seus limites.

16. Recurso especial a que se dá provimento, com teses vinculantes fixadas em incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC/2015).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, com teses vinculantes fixadas em incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC/2015), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de maio de 2022 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 24.5.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul* assim ementado:

Recurso do Ministério Público Estadual. *Apelação cível. Ação civil pública. Publicação dos atos executórios do plano de manejo ambiental. Inscrição da área de*

proteção ambiental na matrícula dos imóveis. Ausência de previsão legal. Princípio da legalidade. Recurso desprovido.

Recurso do Município de Campo Grande. *Apelação cível. Ação civil pública. Implementação. Atos executórios do plano de manejo ambiental. Reserva do possível. Prevalência do efetivo cumprimento ao princípio da dignidade humana. Recurso desprovido.*

Defende, em síntese: i) vício de fundamentação quanto aos dispositivos invocados no mérito (art. 1.022 do CPC/2015); ii) prequestionamento ficto da matéria (art. 1.025 do CPC/2015); e iii) necessidade de publicação de relatórios periódicos da execução do plano de manejo na internet e de averbação da área de proteção ambiental nas matrículas dos imóveis (arts. 8º da LAI e 2º da Lei n. 10.650/2003).

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 1.231-1.264), o recurso foi admitido na origem (e-STJ, fls. 1.278-1.280).

Parecer pelo provimento (e-STJ, fls. 1.289-1.293).

Tendo em vista a relevância e os impactos do tema veiculado, entendi pela propositura da afetação do recurso ao regime dos precedentes qualificados, na forma de incidente de assunção de competência, o que foi acolhido por este colegiado (IAC no REsp n. 1.857.098/MS, de minha relatoria, *Primeira Seção*, julgado em 8/3/2022, DJe de 15/3/2022). O tema foi registrado na base de precedentes desta Corte como IAC n. 13/STJ.

Processo com preferência legal (art. 12, § 2º, VII, do CPC/2015, combinado com as Metas n. 6/CNJ/2022 - “Identificar e julgar até 31/12/2022: 99% dos recursos oriundos de ações coletivas distribuídos a partir de 1º/1/2015”; e 12/CNJ/2022 - “Identificar e julgar 65% dos processos relacionados às ações ambientais, distribuídos até 31/12/2021”).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Preliminarmente, reconheço o prequestionamento da matéria ante o manejo dos devidos aclaratórios com alusão aos pontos omitidos, a adequada invocação de violação do art. 1.022 e a expressa pretensão de incidência do art. 1.025, ambos estes do CPC/2015. Ademais, a rigor, nem mesmo seria a hipótese de prequestionamento ficto, porquanto a matéria encontra-se efetivamente resolvida pelo acórdão, como será visto.

Antes de adentrar no tema, esclareço que a questão não envolve discussão sobre averbação de área de preservação permanente (APP) à luz do Código Florestal, em oposição ao Cadastro Ambiental Rural (CAR). Trata-se, aqui, de área de proteção ambiental (APA) e do direito de acesso à informação ambiental, à luz da Lei de Acesso à Informação (LAI - Lei n. 12.527/2011) e da Lei de Acesso Público aos Dados do Sinama (Lei n. 10.650/2003), também conhecida como Lei de Acesso à Informação Ambiental.

Acresço, para esclarecer a distinção, as definições das áreas de preservação permanente e de proteção ambiental.

As *APPs* são aquelas assim definidas por lei ou ato administrativo em razão de sua “função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (Lei n. 12.651/2012, art. 3º, II). Sua tutela é regida pela lei (arts. 7º a 9º do Novo Código Florestal), sendo significativamente restritas às hipóteses de supressão de vegetação, nativa ou não.

A *APA*, a seu turno, é uma espécie de unidade de conservação, do gênero de uso sustentável (a par das de proteção integral, que tampouco se confundem com as *APPs*), regida pela Lei n. 9.985/2000. O art. 15 da norma a define como “área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais”.

Feito o esclarecimento, contextualizo a causa em tela.

Na origem, o Ministério Público do Mato Grosso do Sul (MPMS) identificou — a partir de tese de doutorado elaborada pelo engenheiro e advogado Helder Pereira de Figueiredo, com o título “Impactos de ações humanas sobre a vegetação e os recursos hídricos em área de savana bioproductiva em Mato Grosso do Sul” — a ineficácia dos projetos constantes no Plano de Manejo da APA do Lajeado, criada pela municipalidade de Campo Grande/MS para recuperar e garantir o abastecimento de água da região. O próprio plano só foi estabelecido passados 16 (dezesseis) anos da criação da área, por força de anterior ação civil pública do fiscal da lei. Aduziu-se, neste feito, que nenhum dos 20 (vinte) programas do Plano de Manejo foram implementados, nem mesmo contemplados orçamentariamente, e requereu-se providências associadas.

Os pedidos foram acolhidos pela sentença, à exceção da publicação periódica de relatórios de execução do Plano de Manejo e de averbação da APA nos imóveis rurais, ao fundamento de ausência de previsão legal. O acórdão, diante de apelações de ambos os polos, manteve a sentença, no que aqui importa, sob idênticos fundamentos. Na essência, eis as razões do Tribunal recorrido (e-STJ, fl. 1.172 - *grifos acrescentados*):

Não havendo previsão legal no sentido de obrigar o Município a publicar na internet as ações adotadas no cumprimento do plano de manejo nem a obrigação de averbar, à margem da matrícula dos imóveis, o fato de comporem área de preservação ambiental, o alegado “dever de informação” invocado no recurso a justificar a reforma da sentença não prospera.

Mesmo porque, a publicidade do ato de constituição da área de preservação ambiental deu-se com a publicação do Decreto n. 8.265/2001, que criou a APA do Lajeado.

Não fosse isso, a função de fiscalizar o cumprimento ou não das medidas constantes do ato cabe mesmo ao Ministério Público Estadual, que vem atuando satisfatoriamente, há 16 anos, tendo proposta, incluída esta, três ações civis públicas.

A pretensão recursal vem alicerçada na violação do direito de acesso à informação ambiental no âmbito de APA. Funda-se, como dito, nas Leis n. 12.527/2011 e 10.650/2003. Tais leis positivaram o que há muito se convencionou denominar de direito de acesso à informação ambiental. A imbricação entre as normas não é casual. Tratando em 1984 de previsão similar à da Lei n. 10.650/2003 já contida na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), afirmava o então Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente, e promotor de Justiça em Piracicaba/SP, Paulo Affonso Leme Machado:

O preceito legal comentado não surgiu por obra do acaso, nem foi fruto da imaginação fértil ou futurista de quem ame a natureza. Plasmou-se esse artigo de lei, ao preconizar o dever de informação, na ocorrência concreta de arbitrariedades em organismos públicos ambientais, em que as informações eram sonegadas ou até diretamente negadas aos cidadãos ou às associações.

Nos Estados Unidos da América, “em 1967, o Congresso aprovou a ‘Freedom of Information Act’, visando constranger todas as agências federais a tornar facilmente acessíveis a cada um as informações”. Em 1974, o Congresso modificou a lei: “impor sanções visando agilizar a coleta das informações. É a realização do ‘government in the sunshine’ (governo à luz do sol).

(MACHADO, Paulo Affonso. *Direito à informação ambiental*. Rev. Inf. Leg. v. 21, n. 84, out./dez. 1984, p. 222).

Como é consabido, as *sunshine laws* e o *Freedom of Information Act (FOIA)* são normas inspiradoras da Lei de Acesso à Informação brasileira. E a relação entre as leis gerais de transparência e as de transparência ambiental é tão íntima que até recentemente, conforme levantamento da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL/ONU), na região, somente Brasil e Argentina possuíam leis distintas para a informação ambiental (ONU. CEPAL. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Santiago: ONU, 2018, p. 45). Isso evidencia a relevância da matéria para o legislador brasileiro, que já a positivara no regime constitucional anterior.

Esse direito dos cidadãos à informação é intrínseco às democracias, na medida em que não só fomenta, senão mesmo viabiliza, a participação das pessoas na condução dos negócios públicos. A doutrina é uníssona:

O acesso à informação é o pilar da participação pública no processo decisório ambiental. Sem informações relevantes, confiáveis, adequadas e tempestivas, o público é incapaz de participar significativamente e fazer comentários claros, o que frustra o objetivo último da participação pública. Ao assegurar que a informação alcança todas as partes interessadas envolvidas no processo, as autoridades facilitam o alcance de acordos, porquanto o público é capaz de melhor compreender os projetos propostos ou a atividade e seus impactos ou potenciais impactos, e pode auxiliar na busca de soluções.

(UNITED NATIONS. ECLAC [=CEPAL]; CARIBBEAN COURT OF JUSTICE. *Ensuring environmental access rights in the Caribbean: analysis of selected case law*. Santiago: UN, 2018., p. 30. Tradução livre).

[...] um dos princípios norteadores do Direito Ambiental é o princípio da participação popular, que permite à sociedade civil participar das tomadas de decisões referentes às políticas públicas na área ambiental, tendo em vista que é dever tanto do Poder Público quanto da sociedade a proteção e defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (artigo 225, *caput*, da Constituição). Entretanto, a sociedade somente poderá participar adequadamente desse processo se obtiver as informações ambientais necessárias para tanto.

(YAGHSISIAN, Adriana; GARCEZ, Gabriela. *Definição de prioridades pela informação: uma análise da importância da informação ambiental no caso "Rhodia"*. *Revista Direito e Liberdade: RDL*, Natal, v. 21, n. 1, p. 13-37, jan./abr. 2019, p. 15).

É evidente que o primeiro componente a tornar algo acessível próximo, capaz de ser utilizado, é o conhecimento dos direitos que temos e como utilizá-los. O direito a tais informações é ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada para que o acesso à justiça, tal como preconizamos, seja real, alcance a todos. E ponto de partida porque, sem ele, uma série de direitos, notadamente no campo

individual, não seriam reclamados, e ponto de chegada, na medida em que, agora no campo coletivo, eventuais direitos reclamados e obtidos fossem realidade para poucos.

(CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 57).

O acesso à informação (ambiental) é mesmo um *prius*, transcendente e magnético, em tudo que diga respeito à coisa pública e à democracia, em especial em matérias ecológicas (GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando. *El derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar*. *Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul (RS)*, v. 3, n. 8, p. 133-166, maio/ago. 2014). Em outros termos:

Para bem participar é necessário estar informado, como para ter acesso à Justiça em defesa do ambiente cumpre conhecer os dados, muitas vezes altamente técnicos, da actividade/produto cuja nocividade se quer iluminar. O acesso à informação é, por isso e simultaneamente, um direito autónomo (ser ambientalmente sensibilizado implica ter acesso à informação para estar ciente dos riscos — direito a saber), e um direito funcional, uma vez que está intrinsecamente ligado à participação em procedimentos de decisão sobre projectos com impacto significativo no ambiente, bem como à eventual contestação judicial das decisões adoptadas.

(GOMES, Carla Amado; LANCEIRO, Rui Tavares. *O acesso à informação ambiental no direito internacional e no direito da União Europeia*. *Revista Argumentum, Marília/SP*, v. 19, N. 2, pp. 583-613, maio/ago. 2018, p. 587).

O acesso à informação ambiental constitui componente essencial do exercício pleno da democracia participativa ecológica e, portanto, além de um dos pilares do princípio da participação pública, assume também a condição de direito fundamental, que, ademais de assegurado em carácter geral pelo art. 5º, XIV, da CF/88, apresenta uma dimensão particularmente relevante na esteira da protecção ambiental.

De acordo com Paulo Bonavides, o direito a informação constitui-se direito fundamental de quarta dimensão (ainda que se possa discutir a respeito de tal aspecto), assim como se verifica com o direito à democracia e ao pluralismo, já que da realização desses direitos “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Com efeito, somente o cidadão devidamente informado e consciente da realidade e da problemática ambiental é capaz de atuar de forma qualificada no

processo político, ensejando a autonomia e autodeterminação da sua condição político-participativa.

O acesso à informação está diretamente relacionado à própria esfera de liberdade do indivíduo. Especialmente num mundo como o de hoje, onde a informação circula de forma desordenada e complexa, somente o acesso à informação possibilitará ao indivíduo e à coletividade como um todo (as entidades ambientalistas, movimentos populares etc.) tomarem partido no jogo político ambiental.

(SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Governança judicial ecológica e direitos ambientais de participação*. São Paulo: Expressa, 2021).

Não por outra, o princípio do acesso às informações ambientais constava em declarações da ONU desde 1972 (Estocolmo), fundado no direito à informação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948). Ele foi, porém, mais claramente estabelecido na Rio-92:

Princípio 10

O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis.

No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões.

Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos.

Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes.

(ONU. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. Rio de Janeiro, jun. 1992. Tradução não oficial pela CETESB-SP).

Ainda mais recentemente, na esteira da Rio+20, é inequívoca a relação entre o direito de acesso à informação ambiental e o direito de participação cidadã. Isso porque, no âmbito da CEPAL/ONU, o Brasil assinou, pendendo a ratificação, o *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe (Acordo de Escazú)*. No documento, os países definiram os direitos de acesso em matéria ambiental desta forma:

Art. 1. Objetivo.

O objetivo do presente Acordo é garantir a implementação plena e efetiva, na América Latina e no Caribe, dos direitos de acesso à informação ambiental,

participação pública nos processos de tomada de decisões ambientais e acesso à Justiça em questões ambientais, bem como a criação e o fortalecimento das capacidades e cooperação, contribuindo para a proteção do direito de cada pessoa, das gerações presentes e futuras, a viver em um meio ambiente saudável e a um desenvolvimento sustentável.

Art. 2. Definições.

[...] por “direitos de acesso” entende-se o direito de acesso à informação ambiental, o direito à participação pública nos processos de tomada de decisões em questões ambientais e o direito de acesso à justiça em questões ambientais;

(ONU. CEPAL. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe. Santiago: ONU, 2018*).

Destaco pontualmente a norma:

Art. 4º. [...]

8. Na implementação do presente Acordo, cada Parte procurará adotar a interpretação mais favorável ao pleno gozo e respeito dos direitos de acesso.

9. Para a implementação do presente Acordo, cada Parte promoverá o uso das novas tecnologias da informação e comunicação, tais como os dados abertos, nos diversos idiomas usados no país, quando apropriado. Os meios eletrônicos serão utilizados de maneira a não gerar restrições ou discriminações para o público.

Art. 6º. Geração e divulgação de informação ambiental.

1. Cada Parte garantirá, na medida dos recursos disponíveis, que as autoridades competentes gerem, colem, ponham à disposição do público e difundam a informação ambiental relevante para suas funções de maneira sistemática, proativa, oportuna, regular, acessível e compreensível, bem como atualizem periodicamente esta informação e incentivem a desagregação e descentralização da informação ambiental no âmbito subnacional e local. Cada Parte deverá fortalecer a coordenação entre as diferentes autoridades do Estado. [...]

3. Cada Parte contará com um ou mais sistemas de informação ambiental atualizados, que poderão incluir, entre outros: [...]

e) informações sobre o uso e a conservação dos recursos naturais e serviços dos ecossistemas; [...]

h) informações sobre os processos de avaliação do impacto ambiental e de outros instrumentos de gestão ambiental, conforme o caso, e as licenças ou permissões ambientais concedidas pelas autoridades públicas; [...]

Cada Parte deverá garantir que os sistemas de informação ambiental se encontrem devidamente organizados, sejam acessíveis a todas as pessoas e estejam disponíveis de forma progressiva por meios informáticos e georreferenciados, conforme o caso.

(ONU. CEPAL. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*. Santiago: ONU, 2018).

No caso presente, ante sua judicialização, agrega-se ainda um terceiro pilar dos direitos de acesso às questões ambientais, consubstanciado pelo Princípio 10 da Declaração do Rio: o direito de acesso à Justiça. Os três direitos de acesso em matéria ambiental se articulam, de forma interdependente, como elementos estruturais e conectivos entre os direitos humanos e o meio ambiente (ONU. CEPAL. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Santiago: ONU, 2018, p. 9).

No que tange ao direito de acesso à informação ambiental, ele é composto de duas faces indissociáveis: o direito das pessoas de requisitarem informações ambientais ao Estado (transparência passiva) e o dever do Estado de fornecer informações às pessoas (transparência ativa). Conquanto tradicionalmente o direito de acesso tenha se pautado pela transparência passiva, a tendência é a ampliação da transparência ativa, que também se revela como um indicador do nível de maturidade democrática e civilidade do país (UNITED NATIONS. ECLAC [=CEPAL]; CARIBBEAN COURT OF JUSTICE. *Ensuring environmental access rights in the Caribbean: analysis of selected case law*. Santiago: UN, 2018., p. 28 et seq.).

E a transparência ambiental, seja ativa ou passiva, não só é um fator e vetor democrático, como atua concretamente no combate à corrupção (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL-BRASIL. *Acordo de Escazú: uma oportunidade de avanços na democracia ambiental e no combate à corrupção no Brasil*. São Paulo: *Transparência Internacional – Brasil*, 2020). Nesse sentido:

[...] a proteção jurídica da natureza historicamente não se pautou pelo seu valor intrínseco, tendo sido tratada como objeto e bem econômico, o que fomentou a competição pelo seu uso mercantil, principalmente em conluios e desvios voltados a interesses privados nocivos ao Estado de Direito. A corrupção, dessa maneira, nem sempre foi preocupação do Direito Ambiental, porquanto o ambiente, como destaca o autor norueguês Hans Christian Bugge, é uma “vítima silenciosa da corrupção” (2013, p. 13). [...]

Logo, no contexto da crise ambiental, cujo agravamento atualmente se dá, além de inúmeros fatores, principalmente pela corrupção pública e privada, há urgente necessidade da efetivação da transparência e da participação ambientais, pois se mostram ferramentas e orientações que potencialmente previnem e

combatem os esquemas e fraudes pessoalmente direcionados, oriundos da falta de participação e transparência ambientais.

(PEIXOTO, Bruno; CODONHO, Maria Leonor. *Como a corrupção está destruindo o meio ambiente*. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, v. 23, n. 91, p. 49-83, jul./set. 2018, p. 52-65).

É como dito pelo Ministro Herman Benjamin — em coautoria com o presidente emérito do *Environmental Law Institute* Scott Fulton — em sede doutrinária: para que o Estado de Direito Ambiental se estabeleça, medidas de governança mutuamente estruturantes devem estar presentes; entre elas, a divulgação de informações, a participação pública e o *accountability*, e não só no papel, senão na prática (FULTON, Scott; BENJAMIN, Antonio Herman. *Environmental Rule of Law and the critical role of Courts in achieving sustainable water resources*. *Environmental Law Reporter*, v. 48, n. 3, March 2018).

Outro aspecto do direito de acesso à informação ambiental é seu caráter intergeracional (BARROS, Lucivaldo; PONTES JR., Felício. *As gerações futuras como sujeito de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: o acesso à informação como base para uma consciência intergeracional*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília*, v. 30, n. 3/4, p. 23-32, mar./abr. 2018), a reforçar sua fundamentalidade.

É relevante definir o que se enquadra como informação ambiental. As definições variam conforme os ordenamentos e na doutrina. Vejam-se exemplos:

Art. 2º Definições

[...] por “informação ambiental” entende-se qualquer informação escrita, visual, sonora, eletrônica ou registrada em qualquer outro formato, relativa ao meio ambiente e seus elementos e aos recursos naturais, incluindo as informações relacionadas com os riscos ambientais e os possíveis impactos adversos associados que afetem ou possam afetar o meio ambiente e a saúde, bem como as relacionadas com a proteção e a gestão ambientais;

(ONU. CEPAL. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*. Santiago: ONU, 2018).

Informação ambiental abrange, em essência, uma ampla série de assuntos e aspectos, como o estado do meio ambiente e seus elementos, informações sobre possíveis impactos adversos associados com fatores afetando ou prováveis de afetar o ambiente e a saúde humana e questões relacionadas à gestão ambiental.

(UNITED NATIONS. ECLAC [=CEPAL]; CARIBBEAN COURT OF JUSTICE. *Ensuring environmental access rights in the Caribbean: analysis of selected case law*. Santiago: UN, 2018., p. 28).

Há, porém, consensos mínimos, ao menos no âmbito das legislações da região da América Latina e Caribe, apontando que somente cinco países, inclusive o Brasil, conceituam “informação ambiental”. Estudo recente indica a convergência normativa nestes pontos:

O estado do ambiente ou alguns de seus elementos físicos, culturais ou sociais; a interação da sociedade com o meio ambiente, incluídas as atividades, obras e circunstâncias que possam afetar a uma ou ao outro; os planos, políticas, programas e ações relacionados à gestão do meio ambiente.

(ONU. CEPAL. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Santiago: ONU, 2018, p. 55).

No direito comunitário europeu, o direito de acesso a informações ambientais e, em contrapartida, o dever do Estado de fornecê-las, encontra-se consolidado. Exemplo patente da densidade do preceito naquele âmbito é visto em *Öneryildiz v. Turkey* (CEDH, 2004): a Corte de Estrasburgo condenou o Estado turco por não informar moradores de uma favela, de forma adequada e habilitante, sobre os riscos que sofriam por viver nas imediações de um “lixão”. As omissões levaram à morte de nove membros da família, devido a uma explosão metanogênica na área de despejo de resíduos.

Naquela Corte, é bom anotar, o direito à informação ambiental não é nem mesmo vinculado ao direito à informação, mas, sim, ao direito à privacidade e ao direito à vida; quando alude ao direito específico, o faz com base no Princípio 10 da Declaração do Rio, entre outras disposições de *soft law* (TIETZMANN E SILVA, José. *A efetividade do direito internacional do meioambiente: a jurisprudência da CEDH*. In: PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo (orgs.). *A Efetividade do Direito Internacional Ambiental*. Brasília: Uniceub, Unitar, UnB, 2009, p. 309).

Nesta altura, abro rápido parêntesis. Note-se: as amplas referências ao Acordo de Escazú (ainda não internalizado no Brasil) e outras normas ou estudos internacionais em nada inviabilizam a incidência dos dispositivos expressamente positivados quanto ao direito de acesso à informação ambiental constantes na legislação federal, como é óbvio. As remissões ao debate internacional servem apenas, e isso não é pouco, de elucidação doutrinária dos padrões normativos e interpretativos dessa gama de direitos humanos.

Nos aspectos aqui tratados, convém observar, a legislação nacional seria pouco influenciada pelo Acordo e pode até mesmo ser considerada mais avançada que ele; se, porém, o tratado traz relevantes disposições inovadoras no

aspecto de tutela ambiental e de segurança pessoal de populações vulneráveis e seus defensores (BRANDEBURSKI, Daniela; WENDLING, Eduardo. *Acordo de Escazú e as mudanças internas para os grupos vulneráveis*. *Revista de Direito Ambiental*, v. 104, p. 237 - 270, out./dez. 2021), dessa questão não se cogita, ao menos diretamente, neste feito.

Poderia ir além, tratando mais detidamente da célebre Convenção de Aarhus, no âmbito europeu, mas entendo suficiente a contextualização internacional já tecida e passo a discutir as normas internas. Apenas anoto que o acordo comunitário não destoaria do que aqui se apontou; ao contrário, intensifica tais aspectos naquele ordenamento.

Ademais, a doutrina tem identificado parcas e focalizadas inovações, quando não retrocessos, da Convenção ante o direito interno, ao menos na questão específica do acesso à informação ambiental (NEVES, Rafaela; MOREIRA, Eliane. *Os princípios da participação e informação ambientais e a aplicação da Convenção de Aarhus no Direito brasileiro*. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, v. 20, n. 77, p. 563-588, jan./mar. 2015; EBBESSON, Jonas. *Acesso à informação, participação pública e acesso à Justiça em matéria ambiental: uma breve introdução à Convenção de Aarhus*. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 73, maio/jun. 2012; Santos, Mauro. *O direito à informação como pressuposto fundamental de um ambiente saudável: reflexão comparativa entre a Convenção de Aarhus e a Lei n. 12.527/2011*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília*, v. 29, n. 9/10, p. 68-81, set./out. 2017; GOMES, Carla Amado; LANCEIRO, Rui Tavares. *O acesso à informação ambiental no direito internacional e no direito da União Europeia*. *Revista Argumentum, Marília/SP*, V. 19, N. 2, pp. 583-613, maio/ago. 2018, p. 587; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DISCACCIATI, Ana Clara Gonçalves. *Acesso à informação ambiental: por um novo paradigma de participação*. *Direito e Liberdade, Natal*, v. 17, n. 3 (11), p. 71-113, set./dez. 2015).

Além disso, ou talvez por isso, pode-se inferir que a Convenção de Aarhus foi tacitamente internalizada pela adoção de suas previsões de forma direta pela legislação federal brasileira (como indicam Jamile Diz e Ana Discacciati, supracitadas). Ou, dito mais propriamente, trata-se não de internalização das normas, nem de internacionalização da legislação brasileira, mas de uma mudança de paradigma cultural global que informou a legislação nacional:

Situada a questão nesses termos, é possível reconhecer que ao Estado e a cada um de nós foi atribuído, pela ordem constitucional atual, um conjunto de deveres perante a humanidade. Esses deveres resultam em consequências que

não conhecem limites geográficos ou fronteiras políticas, muito embora ainda decorram de decisões governamentais certamente influenciadas por fatores menos jurídicos que políticos, especialmente os de índole econômica.

É premente que se saiba que os Estados nacionais são agora formações influenciadas e integradas na estrutura de uma ordem jurídica que deixa de ser nacional, e que também não pode ser compreendida como internacional, senão como uma ordem verdadeiramente global.

(MAZZUOLI, Valerio; AYALA, Patryck. *Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus*. *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 8, n. 1, p. 297-328, jan./jun. 2012, p. 306).

A relevância do direito à informação ambiental no Brasil é tanta que são múltiplas as leis a instituí-lo, quando muitos países fundam-se simplesmente na lei mais geral de acesso à informação pública (CEPAL; ACNUDH. *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*. Santiago: ONU, 2019).

Além das já citadas leis (LAI, de Acesso à Informação Ambiental e PNMA), soma-se ainda a Política Nacional sobre Mudança de Clima (PNMC, Lei n. 12.187/2009), que se reconhece com disposições autônomas sobre a matéria específica (arts. 5º, XII, e 6º, XIII). De igual modo: a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010, art. 6º, X), a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/1997, art. 26, III), a Lei do Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007, arts. 2º, IX, X, 23, X, 27, I, e 53, §§ 1º e 5º); este inventário normativo certamente é incompleto, mas já ilustra o ponto pretendido.

Não é de surpreender. A falta ou inadequação da informação ambiental é, sabidamente, um fator de violação de outros direitos. Disso parece estar convencido o legislador nacional, ao dispor tão reiteradamente sobre o direito de transparência, em particular nas questões ecológicas. No aspecto, a doutrina (*grifos acrescidos*):

Ações em matéria ambiental, por exemplo, envolvem custos especialmente elevados. O meio ambiente está relacionado a problemas de elevada complexidade, cuja formalização em um processo judicial envolve elevado grau de sofisticação.

A defesa judicial do meio ambiente implica questões 1) de conhecimento técnico e científico, 2) de informação imperfeita, 3) de risco substancial, 4) de partes numerosas, 5) de múltiplas possíveis alternativas, 6) de pluralidade de centros de decisão e 7) de oportunidades para efeitos de natureza distributiva.

Esses custos de informação ocorrem não apenas em relação ao procedimento judicial, mas também em *qualquer iniciativa de defesa do meio ambiente, através dos mecanismos de representação e pressão junto à administração e ao legislativo.*

Em muitos problemas ambientais, como, por exemplo, os ligados à biodiversidade ou ao risco decorrente de exposição duradoura a agentes tóxicos, *o custo de informação para o cidadão comum é tão alto que ele pode não ter recursos sequer para se inteirar de sua parcela de interesse envolvida no problema. A própria dificuldade de percepção do problema afasta qualquer iniciativa em sua solução.*

(SALLES, Carlos Alberto. *Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. Repro*, v. 121, p. 38, mar./2005).

Vê-se, portanto, que o direito de acesso à informação ambiental não é direito revolucionário ou subversivo, senão decorrente de uma longa caminhada, embora lenta, inelutável, bem assim no Brasil como no mundo (*GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando. El derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar. Revista Internacional de Derecho Ambiental, Caxias do Sul (RS), v. 3, n. 8, p. 133-166, maio/ago. 2014.*)

Se demorou a surgir nos ordenamentos, quando o fez, fê-lo de forma expansiva e definitiva, sendo necessário dar-lhe efetividade. Seguindo analogia do autor retro, o direito de acesso à informação representa uma luz que, acesa, ilumina muito, mas também cria sombras, que devem ser adequadamente tratadas — entendo, em regra, não só com a intensificação dos lúmens, senão também com a variação do ângulo, de modo a apontar para áreas ainda obscuras.

De volta ao caso, importa revisitar o bem da vida pretendido pelo recorrente, que ele mesmo expõe com clareza entre os pedidos recursais (e-STJ, fl. 1.225):

[...] determinar a publicação no *site* da SEMADUR, de relatório trimestral de execução de cada um dos Programas Ambientais previstos no Plano de Manejo da APA, bem como o pedido de inscrição nas matrículas imobiliárias das propriedades rurais de que o imóvel pertence à *APA do Lajeado*.

Nos termos da legislação positivada invocada pelo recorrente, o art. 2º da Lei de Acesso à Informação Ambiental é abrangente e convergente com os parâmetros transnacionais (*grifos acrescidos*):

Art. 2º [...] acesso público aos *documentos, expedientes e processos administrativos* que tratem de matéria ambiental e a *fornecer todas as informações*

ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a:

I - *qualidade do meio ambiente*;

II - *políticas, planos e programas* potencialmente causadores de impacto ambiental;

III - resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de *planos e ações de recuperação* de áreas degradadas;

IV - acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais;

V - emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos;

VI - substâncias tóxicas e perigosas;

VII - *diversidade biológica*;

VIII - organismos geneticamente modificados.

(*Lei n. 10.650/2003 - LAI Ambiental*)

Embora a lei trate principalmente de transparência passiva, a LAI, posterior e também invocada pelo recorrente, é mais expressa quanto ao dever de transparência ativa (grifos acrescidos):

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, *independentemente de requerimentos*, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de *informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas*.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo: [...]

V - dados gerais para o *acompanhamento de programas, ações, projetos* e obras de órgãos e entidades; [...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, *sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)*. [...]

Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

(*Lei n. 12.527/2011 - LAI*)

Deve-se integrar as duas normas e intensificar seus efeitos. A partir da LAI, não há mais dúvidas de que o direito de acesso à informação não é unicamente um direito de defesa do cidadão contra o abuso estatal, mas um dever prestacional do Estado democrático.

A mesma percepção é contemplada no âmbito da sociologia da comunicação, que inclui a comunicação pública e governamental, no que diz respeito à doutrina liberal da informação, no ponto, adotada constitucionalmente no Brasil:

[...] passamos da liberdade ao direito da (e à) informação. Um direito, pelo menos em teoria, a ser assegurado pelo Estado, como a instrução ou a saúde sem que ele detenha o controle dos canais. [...]

Atualmente, postula-se o direito da (e à) informação tão importante quanto à instrução e à saúde. Trata-se de um direito social [...].

(BULIK, Linda. *Doutrinas da informação no mundo de hoje*. São Paulo: Loyola, 1990, p. 78 e 187).

Não há dúvidas, portanto, da existência, no ordenamento ecológico brasileiro, do direito de acesso à informação ambiental, que deve ser prestado de forma proativa, com acesso amplo e geral, pelos Poderes Públicos. É preciso, porém, verificar se o Plano de Manejo de APA está contido entre essas informações ambientais de acesso público.

Define-se Plano de Manejo como “documento técnico que deve prescrever as normas para o uso da área e de seus recursos naturais, de modo a promover um equilíbrio entre o uso e a proteção da biodiversidade” (ALBUQUERQUE, Marcia Fajardo. *Povos ou parques? Ultrapassando o impasse pela implementação de unidades de uso sustentável*. In: LEUZINGER, Márcia, SILVA, Solange; CUREAU, Sandra. *Espaços territoriais especialmente protegidos: extensão, limites e oportunidades*. Brasília: UniCEUB, 2015, p. 89).

No que tange ao Plano de Manejo, por sua natureza intrinsecamente ambiental, não há dúvida de que o acesso é devido. Comentando o artigo da LAI Ambiental, assera a doutrina:

[...] há a obrigação de fornecer todas, e não algumas informações ambientais. O dever de fornecer as informações na sua integralidade só é obstado se houver um motivo legal de sigilo [...].

O rol de matérias é exemplificativo, não limitando o Poder Público a essas áreas o seu dever de informar. [...] Como se vê da ampla lista de matérias, deve-se informar sobre o meio ambiente passado, presente e futuro. Por isso, as questões como “qualidade do meio ambiente”; “políticas, planos e programas”; “situações de riscos” e “emissões de efluentes líquidos e gasosos” e os “resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição” estão sujeitas à transmissão de informações por todos os órgãos públicos competentes.

A informação ambiental não visa só à história dos fatos, mas, sobretudo, à formação do conhecimento das pessoas, para que elas possam constatar o que está ocorrendo e o que poderá acontecer. Informadas, essas pessoas terão a possibilidade de deliberar sobre intervir, ou não, pois o desconhecimento lhes causa uma cegueira cívica.

(MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 230-231).

Até aqui, tampouco há dúvidas: o Plano de Manejo é uma informação ambiental, que deve ser disponibilizada pela Administração. Porém, o pedido recursal não é propriamente de acesso ao plano: trata-se de acesso aos relatórios periódicos de execução do Plano de Manejo da APA do Lajeado.

É preciso compreender a distinção entre plano, o documento com fins e meios para alcançá-los, e planejamento, a ação administrativa processual, integrada pelo executar, monitorar e ajustar o plano. Todas são, no Brasil, instruídas pelo princípio de participação e, por conseguinte, do da informação. Seria mesmo ilógico dispor sobre a participação social na gestão das APAs (art. 15, § 5º, da Lei n. 9.985/2000) e vedar, ou até dificultar, o acesso da sociedade às informações associadas ao plano, no curso de sua execução. É a própria lei que dispõe, clara e expressamente (*grifos acrescidos*):

Art. 15. [...]

§ 5º A Área de Proteção Ambiental disporá de um Conselho presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes dos órgãos públicos, de *organizações da sociedade civil e da população residente*, conforme se dispuser no regulamento desta Lei. [...]

Art. 27. As unidades de conservação devem dispor de um Plano de Manejo. [...]

§ 2º Na elaboração, atualização e *implementação* do Plano de Manejo das [...] Áreas de Proteção Ambiental [...] será assegurada a *ampla participação da população residente*.

(Lei n. 9.985/2000)

Portanto, mais que acesso ao plano-documento, a sociedade possui direito de acesso ao planejamento-processo de manejo, por expressa disposição normativa. E, como já dito e redito, a esse direito corresponde o dever do Estado de prover tais informações, de forma proativa e independentemente de requisição.

Pode-se cogitar de que inexistam ditos relatórios, hipótese em que, de fato, a Administração não teria o dever de fornecer informações de que não

dispõe. Porém, em matéria de transparência ambiental, no Brasil não só vige de forma expressa o princípio da Máxima Divulgação (publicidade é regra, sigilo é exceção), incluindo o dever estatal de fornecer ativamente informações disponíveis, como de produzi-las quando inexistentes (*RIBEIRO, Érica; MACHADO, Bruno. O Acordo de Escazú e o acesso à informação ambiental no Brasil. Rev. de Direito Internacional, v. 15, n. 3, Uniceub, 2018*). Nos termos da norma (*grifos acrescidos*):

Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...]

XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; [...]

(*Lei n. 6.938/1981 - Política Nacional do Meio Ambiente/PNMA*)

Dessarte, no aspecto, a Administração tem o dever não só de viabilizar o acesso à informação ambiental sob sua guarda, como também de produzi-la. Digamos, configurado na hipótese, o dever de transparência reativa, à míngua de melhor nome.

Não se trata, portanto, de franca discricionariedade administrativa quando se discute a prestação de informações públicas em geral e ambientais em especial. É que mesmo a discricionariedade atua em função da transparência. A sociedade tem o direito de saber, e o Estado o dever de justificar publicamente, as escolhas discricionárias (*MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 108*).

Assim, pode até ser que haja margem de opção para não se publicar determinado ato, mas essa opção de não publicar deve ser fundamentada dentro dos parâmetros de discricionariedade concedidos ao Administrador. É preciso dar efetividade às normas ambientais em vigor:

A despeito de todo o caminho percorrido, estudos têm revelado que o direito de acesso à informação socioambiental no Brasil ainda é uma barreira. Na verdade, trata-se de uma espécie de desinformação, nociva à sociedade e contrária aos princípios do desenvolvimento sustentável, pois dissimula o direito à informação verdadeira e admite que interesses particulares e principalmente econômicos se sobreponham a interesses públicos.

A transparência informacional necessita de mecanismos concretos e eficazes para que se torne uma ação transformadora, como fator de criação de uma conscientização coletiva na participação pública ambiental. [...]

Uma das tarefas mais importantes da democracia moderna é promover o direito à informação nas áreas onde reina a escuridão. Quanto mais instituições

tradicionalmente fechadas se tornarem transparentes, mais a democracia avança e se consolida. O Estado permeado pelo segredo dá azo à corrupção e outros desvios da função pública. Na área ambiental, essa falta de responsabilidade pode ser uma tragédia irreversível.

(BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável*. Revista de Direito Ambiental, v. 45, p. 167 - 183, jan./mar. 2007).

Desse modo, essa margem discricionária, invocada pela origem, não se presume e, em regra, não se sustenta, devendo haver fortíssimas razões para o sigilo e quase tão intensas para a rejeição à transparência ativa. Ao contrário: a presunção atua em favor da publicidade e, repita-se à exaustão, do próprio dever de produção da informação ambiental inexistente. Nessa esteira, compete ao Estado demonstrar a incidência de razões restritivas ao direito de acesso à informação (*OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. j. 24.11.2010. p. 85, § 230*).

É certo, tal presunção é relativa e, como dito, pode ser refutada pela Administração. Cogite-se de uma “teoria” pseudocientífica, ou pior, anticientífica, conspiratória, que demande, para sua “confirmação”, dados ambientais impossíveis, ou mesmo de custos para obtenção efetivamente exorbitantes ou desproporcionais a qualquer benefício razoavelmente antevisto, entre outras justificativas; calharia ao Judiciário, diante de motivação administrativa clara, expressa e convincente, respaldada em ciência séria, com parâmetros consagrados no âmbito acadêmico, validar a opção política de não produzir a informação, em decisão, com igualmente adequada fundamentação, objetiva e pontual para o caso em tela.

Contudo, deve-se considerar que a ordem natural das coisas, em matéria de transparência, é: i) a Administração atende o dever de publicidade e veicula de forma geral e ativa as informações públicas, na internet; ii) desatendido o dever de transparência ativa, mediante provocação de qualquer pessoa, a Administração presta a informação requerida, preferencialmente via internet; iii) descumprido o dever de transparência passiva, aciona-se, em último caso, a Justiça. Não é a existência dos passos subsequentes, porém, que apaga os deveres antecedentes. Ou seja: não é porque se pode requerer acesso à informação que a Administração está desobrigada, desde o início, de publicá-la, ativamente e independentemente de requerimento anterior.

Daí que o Judiciário deve partir da obrigação de a informação pública estar na internet para, tomado esse Norte, analisar eventuais razões dadas pela

Administração para furtar-se de fazê-lo, sem jamais ceder à fácil justificativa da discricionariedade. Faz-se desnecessária lei especificando cada tipo de ato administrativo apto a atrair a incidência da regra geral de transparência, conforme pretendido pela origem.

O regime de transparência brasileiro não admite subterfúgios ou meias-medidas. Na ausência de razões consistentes, criteriosas, precisas, claras e razoáveis, oriundas de um processo democrático e participativo de tomada de decisão, a presunção legal atua em desfavor não só do sigilo, mas da própria opacidade, cujo travestimento em transparência passiva não pode ser tolerado como integrante da juridicidade administrativa.

Trata-se de materialização do denominado princípio *favor informare* (GOMES, *Carla Amado*; LANCEIRO, *Rui Tavares*. *O acesso à informação ambiental no direito internacional e no direito da União Europeia*. *Revista Argumentum, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 583-613, maio/ago. 2018, p. 595*). É dizer, ainda: em matéria de transparência, o ordenamento veda a autointerpretação administrativa favorável a si mesma; as razões de rejeição da publicidade devem ser claramente externalizadas e sujeitam-se a controle judicial.

No aspecto, seria algo inconcebível a execução de um plano administrativo (Plano de Manejo da APA) sem relatórios periódicos de acompanhamento; seria o ápice do agir administrativo “para inglês ver”. Todavia, a exigência da obrigação de divulgá-los serve para tornar inequívoco o dever de “tirar o plano da gaveta” e dar-lhe, ou buscar dar-lhe, efetividade.

Com isso, a sociedade local poderá avaliar adequadamente os esforços políticos dos gestores para sua consecução, bem como sua legalidade. O direito de acesso à informação (ambiental) não pode ser um direito “de mostruário”, isto é, meramente simbólico (GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, *Fernando*. *El derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar*. *Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul (RS), v. 3, n. 8, p. 133-166, maio/ago. 2014*).

Há mais. Para além dos direitos, trata-se também de fomentar a eficiência da coisa pública ambiental (que não deixa de ser um direito, dado o matiz constitucional do princípio). A participação social na gestão do meio ambiente, viabilizada pelo acesso à informação, é premissa essencial do sucesso das unidades de conservação (ALBUQUERQUE, *Marcia Fajardo*. *Povos ou parques? Ultrapassando o impasse pela implementação de unidades de uso sustentável*. In:

LEUZINGER, Márcia, SILVA, Solange; CUREAU, Sandra. *Espaços territoriais especialmente protegidos: extensão, limites e oportunidades*. Brasília: UniCEUB, 2015). Nesse passo, deve-se ressaltar inexistir interesse efetivamente conflitante entre a Administração e a sociedade, sendo esta a razão de ser daquela.

O controle e a participação social são, para além de direito da cidadania, mecanismos de aprimoramento da gestão pública e, assim devem, ou deveriam, ser celebrados pelos administradores, sejam técnicos, sejam eleitos. Mesmo porque o acesso à informação pode prestigiar as alegações de indisponibilidade de recursos orçamentários, legitimando a tão repisada reserva do possível. Nada melhor que a luz do sol para validar as informações governamentais de que a sociedade teceu escolhas políticas que inviabilizam as medidas pretendidas por determinadas entidades ou órgãos, inclusive para impossibilitar que a veiculação de verdades parciais resulte em deliberada desinformação (DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários [...]*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997).

Evidentemente, tais alegações estarão sempre potencialmente sujeitas ao crivo judicial e, certamente, haverão de ceder quando violarem direitos fundamentais, ainda que — *rectius*, principalmente — de minorias políticas. No entanto, não convém ignorar que o acesso à informação deve permitir aos cidadãos, inclusive, que (re)avaliem suas próprias concepções, opiniões e atitudes, para se resguardarem de governantes interessados precipuamente em prolongar seu mandato (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 403).

A propósito:

Uma vez que a possibilidade de satisfação dos direitos reconhecidos pela Constituição (e também na esfera da legislação infraconstitucional) guarda vinculação com escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, tal como recordam Holmes e Sunstein, há, de fato, boas razões de ordem democrática a indicarem que as decisões sobre quais direitos efetivar (assim como sobre em que medida se deve fazê-lo!) devam ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos em geral quanto dos juízes.

(SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rev. do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 163-206).

A participação popular, portanto, por imposição do próprio constituinte, deve se dar também e cada vez mais de forma direta (e não apenas representada)

quando em causa a formação da vontade do Estado, especialmente – para o que aqui interessa – no que toca à sua atuação no campo ecológico, assumindo uma responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade. Como destaca Élide Séguin, o princípio da participação popular na defesa ambiental objetiva impedir a formação de um “exército de silenciosos”, considerando não apenas o direito, mas também – e é bom frisar tal aspecto – o dever dos cidadãos de participarem da construção de um mundo sustentável, conforme enuncia de forma expressa o caput do art. 225 da CF/1988. [...]

Conforme pontua Jonas Ebbesson, “o envolvimento do público serve para legitimar as decisões em matéria ambiental, uma vez que a confiança nas autoridades públicas e a aceitação das decisões são reforçadas se é assegurado aos membros do público participar e ser ouvidos – não apenas por meio do seu voto – no desenvolvimento, implementação e efetivação das normas legais e políticas públicas, bem como na tomada de decisão envolvendo projetos específicos”.⁷ Reforçando esse entendimento, Paulo A. Leme Machado assinala que “o voto popular, em escrutínio secreto, passou a não satisfazer totalmente o eleitor. A ausência de um conjunto de obrigações dos eleitos, previamente fixadas, tem levado as cidadãs e os cidadãos a pleitear uma participação contínua e mais próxima dos órgãos de decisão em matéria ambiental”.

(SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Democracia participativa e participação pública como princípios do Estado Socioambiental de Direito*. *Revista de Direito Ambiental*, v. 73/2014, p. 47 - 90, jan./mar. 2014).

Permanecendo no aspecto de eficiência — de todos sabido, princípio constitucional da Administração Pública brasileira —, certamente é menos oneroso publicar a informação ativamente que atender a inúmeros e reiterados pedidos de acesso a ela.

Nessa lógica, sob qualquer ângulo, parece-me inegável o dever estatal, no caso concreto, da municipalidade, de franquear acesso às informações da execução do Plano de Manejo de Área de Proteção Ambiental (APA) de Lajeado, de forma proativa, fácil, clara, ampla e tempestiva. Digo, portanto, que acolho o pleito recursal específico para impor a publicação na internet dos respectivos relatórios trimestrais.

Não deve prevalecer a fundamentação da origem para rejeitar a medida. É irrelevante que o MP tenha ajuizado três ações civis públicas em cerca de 15 (quinze) anos para a implementação do Plano de Manejo da APA. Em tempo, corrijo-me: é, sim, relevante, porém no sentido inverso ao do compreendido pelo Tribunal recorrido. É que a atuação do MP pode ser considerada uma espécie de *ultima ratio*, medida extrema de imposição de deveres que, a tal altura (se procedentes as ações, como parece ter sido a regra no caso da APA do Lajeado), já foram descumpridos pelo Estado-administrador réu.

Não é o MP o único, quiçá o principal e, certamente, não o primeiro, fiscal da coisa pública ambiental. É o último e mais grave vigia, mas isso não exclui da sociedade, dos cidadãos, de outros órgãos e entidades o direito de acesso a tais informações, inclusive em atuação de suporte não só ao MP, mas, como já dito, à própria Administração. Veja-se a ressalva do art. 129, § 1º, da CF/1988, quanto à legitimação ativa de particulares em concorrência com o MP.

Mais ainda: pode-se cogitar de hipóteses em que o MP atue de forma dissociada dos interesses da coletividade, colocando-se ele próprio como objeto de vigilância e controle social. A disponibilidade de informações pode, nessa hipótese, servir para provocar o Judiciário ou a Administração, de forma independente do órgão fiscalizador; pode, até mesmo, servir para mobilizar a sociedade na defesa do gestor contra eventuais abusos dos próprios órgãos ambientais. De toda sorte, o acesso à informação configura, já foi dito, um direito não só funcional, como também autônomo.

Ainda acerca da fundamentação do acórdão recorrido: o simples fato de o MP ter ajuizado tantas ações procedentes, em relativamente curto espaço de tempo, indica a inadequação da condução administrativa da questão, que poderia ser significativamente mitigada com as medidas agora requeridas, e não, como entendeu a origem, que a fiscalização esteja sendo eficiente. É, precisamente, o oposto, com a devida licença.

A conclusão de que a existência de múltiplas condenações em ações civis públicas demonstra o funcionamento fisiológico das instituições equivaleria a dizer que as reiteradas condenações de um criminoso inveterado seria exemplo do bom funcionamento do sistema prisional, ou que repetidas recidivas são sinais positivos do sistema imunológico, por demonstrarem a ocorrência de curas anteriores. As situações demonstram a patologia de seus respectivos contextos.

Isto é: embora recorrentemente vencida, a Administração insiste em se omitir de seus deveres ambientais. Futuramente, não se estranharia, o gestor, “surpreendido” pela indisponibilidade hídrica, culparia os céus, divinos e seculares, como a dizer que a falta d’água era inevitável e imprevisível, enquanto os projetos planejados há décadas para mitigá-la dormitam em escaninhos administrativos, à espera de uma quarta, quinta ou sexta ação civil pública.

Veja-se que não se trata de admoestar o Administrador da vez, atual ou passado. O problema é da Administração, não exatamente da pessoa encarregada de sua condução. Daí exsurge que a presente ação tem, em boa medida, um

aspecto do que se convencionou chamar de processo estrutural (ou, parece-me mais adequado, estruturante): visa não só corrigir a violação concreta de direitos, senão alterar a própria forma de atuação da municipalidade no que tange à gestão da coisa pública ambiental para que tais violações não voltem a ocorrer. No caso específico, trata-se do direito de acesso à informação ambiental, como vetor dos direitos de participação, controle e fiscalização ambiental, que se busca assegurar.

Resta analisar a averbação da APA no registro dos imóveis rurais abrangidos. Aqui, volto ao direito europeu, informado pela célebre e celebrada Convenção de Aarhus, implementação na Europa do Princípio 10 da Declaração do Rio, que contempla o registro para tutela ambiental. É o que defende a doutrina:

A necessidade de proteção do meio ambiente cada vez mais vem se configurando em seu duplo aspecto de direito-dever pelos cidadãos e dos estados que exige inescusavelmente a existência de legislações que contenham os diversos aspectos e enfoques da questão regulando as suas diversas manifestações tanto no aspecto preventivo como normatizador, sem esquecer a transcendental questão da necessidade de contar com os meios de publicidade necessários para garantir a real efetividade da mencionada proteção.

Para essa finalidade, o Registro da Propriedade é uma instituição que pode ser indispensável dentro dos âmbitos indicados pelo art. 174 do tratado da União Europeia, uma vez que pode auxiliar plenamente a alcançar a proteção e a publicidade das diversas manifestações ambientais que precisem de proteção, devido ao fato de encontrar-se implantado territorialmente, o registro ser feito por imóveis e emitir uma publicidade igual para todos os interessados.

(GARCIA-HINOJAL LÓPEZ, Vicente José. *Publicidade registral das limitações ambientais que afetem imóveis concretos e determinados*. Rev. de Direito Imobiliário: RDI, v. 27, n. 57, jul./dez. 2004).

[...] concluímos que o Cartório de Registro de Imóveis pode ser utilizado como meio para obter e difundir informação ambiental. Os prováveis eventos nos quais poderá ser utilizado não têm limitação nenhuma. De fato, poderão ser utilizados em tudo aquilo que os poderes públicos com competência ambiental julguem oportuno.

(GINER, Antonio. *O registro de imóveis e a informação ambiental*. Revista de Direito Imobiliário, v. 57, p. 171 - 182, jul./dez. 2004).

No Brasil, deve-se observar que o cenário legislativo pode, à primeira vista, parecer lacônico; lacunoso, porém, não se me afigura. A despeito de inexistirem regras tão expressas quanto as dispostas para o pedido anterior, todo o ordenamento ambiental brasileiro aponta para uma solução segura e certa

da questão jurídica posta. Sabe-se que a matéria traz alguma polêmica, tanto que submetida à apreciação administrativa pelo Conselho Nacional de Justiça (PP 0004214-97.2019.2.00.0000), mas isso não impede seu enfrentamento no âmbito jurisdicional.

Embora a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973) não tenha norma impositiva de averbação de APA, tampouco a veda. Ao contrário: em atenção ao princípio da concentração, consta na lei previsão expressa quanto à possibilidade de averbações facultativas (*contrario sensu*):

Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e serão efetuados na serventia da situação do imóvel, observado o seguinte [...]

Art. 246. Além dos casos expressamente indicados no inciso II do *caput* do art. 167, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro ou repercutam nos direitos relativos ao imóvel.

Ainda mais relevante no presente caso, o art. 13 da LRP, que consigna o princípio registral da instância (*CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos comentada. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010*):

Art. 13. Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados:

I - por ordem judicial;

[...]

III - a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar.

Quando a lei autoriza a ação direta do MP ao oficial registrador? A resposta, na espécie, é encontrada nas funções institucionais do órgão. A previsão constitucional é algo genérico (art. 129 da CF/1988), mas não deixa dúvidas (*grifos acrescidos*):

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a *proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente* e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

No mesmo sentido, a lei geral do Ministério Público (Lei n. n. 8.625/1993):

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

Desse modo, é plenamente adequada a pretensão do MP de averbação da APA. Destaco a norma da LRP, anteriormente transcrita: o MP pode fazê-lo, até mesmo, por requerimento direto ao oficial de registro.

No que tange à averbação, de igual modo insustentável o fundamento de que a publicidade se dá por decreto. Fosse assim, a LRP e outras normas não trariam inúmeros atos administrativos e judiciais que devem ser registrados e averbados, inclusive de forma obrigatória, como sentenças, desapropriações, servidões, concessões administrativas, tombamentos, nomes de logradouros, reserva legal, etc. (art. 167 da LRP, *v. g.*). Todos esses atos são, em si mesmos, públicos, e, ainda assim, as leis impõem sua compilação na matrícula do imóvel.

Isso, infere-se, por força do papel do registro. Conforme a doutrina:

[A averbação] Repercute no sistema jurídico, especialmente quanto à publicidade [...] Permitida averbação de ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro

[...]

(CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, § 663)

Tratando do registro, segue o autor:

[...] pode-se afirmar que o registro imobiliário “acompanha a vida dos direitos reais sobre bens de raiz”, como “repositório de informações e centro para onde convergem todos os elementos referentes à propriedade imobiliária”. Resulta do caráter publicitário do registro que nele devem ser anotadas “alterações e vicissitudes por que venha o imóvel a passar” [...]

(*id.*, § 392)

O registro público de informações já públicas não é de causar perplexidade, sendo mesmo a regra do registro em direito ambiental. A propósito:

O Registro de Imóveis brasileiro, como é cediço, confere a seus atos publicidades distintas, quer para a averbação, quer para o registro em sentido

estrito. Para não adentrarmos em espécies de publicidade que não utilizaremos no presente trabalho, restringiremos o estudo apenas à publicidade-notícia.

A publicidade utilizada no direito ambiental é a publicidade-notícia que apresenta pouca eficácia perante terceiros, não apresentando qualquer efeito sobre a eficácia do fato registrado. O legislador conferiu ao Registro de Imóveis, na grande maioria das vezes, em matéria ambiental, o reforço de uma publicidade já criada ou definida em outros meios como a Reserva Florestal Legal, áreas contaminadas e área de proteção e recuperação de mananciais.

Muitas restrições administrativas, agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos, já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu, porém, para a segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, seria aconselhável não se confiar somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária, para dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes.

(MELO, Marcelo Augusto de. *A publicidade da reserva florestal legal*. *Rev. de Direito Imobiliário: RDI*, v. 37, n. 77, jul./dez. 2014, p. 37).

Assim, sendo o registro a “certidão narrativa” do imóvel, nada veda que, a requerimento do MP, se efetue a averbação de fatos relevantes da vida do bem, com o intuito de ampla publicidade e, na espécie, efetivação e garantia dos direitos ambientais vinculados ao uso adequado de recursos hídricos para consumo humano.

Nesse sentido, também a doutrina:

[...] Com base no art. 246 da Lei 6.015/1973, a averbação dos passivos ambientais deve ser difundida, inclusive na esfera de atuação do Ministério Público, respeitados os demais princípios que regem o sistema registral e sempre tendo como norte o princípio da informação ambiental. [...]

O art. 217 da Lei 6.015/1973 autoriza qualquer pessoa interessada a provocar a averbação, sendo que ao Ministério Público, como órgão legitimado à tutela dos interesses difusos e coletivos, também é conferida tal faculdade quando presente o interesse público na averbação de circunstâncias subjetivas ou objetivas que influenciem a propriedade imobiliária. [...]

O rol dos atos passíveis de ingresso no registro de imóveis através da averbação é meramente exemplificativo, conforme se conclui pela simples leitura do art. 167, c/c o art. 246, ambos da Lei 6.015/1973, sendo que, quanto maior a concentração de informações no registro de imóveis, maior será a proteção dos terceiros interessados e do meio ambiente. [...]

(STIFELMAN, Anelise Grehs. *O registro de imóveis e a tutela do meio ambiente*. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 69, p. . *Revista de Direito Imobiliário*, v. 69, p. 337 - 350, jul./dez. 2010).

A publicidade registral, mediante averbação de unidades de conservação, traz como benefícios: i) acesso amplo, independentemente de interesse, e vinculado ao imóvel, da proteção ambiental incidente e imposta a seu proprietário, como vetor de controle social e prevenção por ignorância; ii) identificação precisa dos imóveis e suas restrições; iii) identificação dos recursos ambientais (flora e fauna) especialmente protegida; iv) informação sobre as restrições e permissões contidas no plano de manejo; v) conscientização coletiva sobre a existência da área protegida; vi) conservação histórica das informações; vii) organização territorial das informações; viii) disseminação nacional das serventias registrais; ix) sistematização profissional dos dados, submetida à fiscalização e regulação judicial; e x) acesso centralizado por meio do Operador Nacional de Registro (*FERRI, Caroline. Déficit no registro de imóveis: a proteção ao meio ambiente. Revista de Direito Imobiliário, vol. 91/2021, p. 11 - 47, jul./dez. 2021; GIL, Gustavo Luz. Registro de imóveis e meio ambiente: o sistema registral imobiliário como ferramenta de proteção do ambiente. Revista de Direito Imobiliário, vol. 90/2021, p. 51 - 84, jan./jun. 2021; KOCH, Lucas. O fôlio real como matriz integrativa e informativa para a adequada tutela do meio ambiente. Revista de Direito Imobiliário, vol. 89, p. 37 - 73, jul./dez. 2020); ROSA, Rosana Gomes da; GONÇALVES JR., Abel Gabriel; SCHROEDER, Tiago. Direito à informação ambiental: implementação e acessibilidade ao cadastro temático ambiental como instrumento de segurança e justiça social. 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede (Anais). Santa Maria, UFSM, 2015.*

Além disso, deve-se reconhecer que a tutela protetiva do meio ambiente também se dá, ainda que de maneira reflexa, pelo exercício de direitos privados, como de propriedade ou vizinhança. Nesse aspecto, o registro imobiliário da proteção ambiental não revela incompatibilidade, na medida em que o imóvel pode ser considerado como a menor fração territorial do ecossistema resguardado legalmente reconhecida. É o que diz a doutrina:

Controlando-se a propriedade imobiliária controla-se todo o corpus. A inscrição dos saberes ambientais a partir da propriedade imobiliária limitada pela respectiva matrícula induz a formação de consciência ambiental e panoptismo, instrumentaliza uma geografia da verdade, uma genealogia dos problemas ambientais favorecendo a implantação de uma medicina imobiliária através do diálogo com as demais fontes das ciências ambientais.

(*BARREIROS, Alexandre. Registro de imóveis e a microfísica da publicidade ambiental. Revista de Direito Imobiliário, vol. 75, p. 201, jul./dez. 2013*).

É verdade que, no que tange às APPs, a jurisprudência tem entendido que o Cadastro Ambiental Rural (CAR) do Novo Código Florestal suplantou ou mitigou a exigibilidade do registro na matrícula, por expressa disposição legal. Entretanto, as APPs são somente uma das várias espécies de restrições ambientais, e certamente o Novo Código Florestal não tratou das unidades de conservação. Ademais, o pedido não trata disso, e não me parece ser facilmente trasladável essa pretensão, principalmente diante da fundamentação recursal vinculada ao art. 13 da LRP.

Além disso, há dúvidas sobre as informações passíveis de anotação no CAR, tidas como limitadas aos aspectos do Código Florestal (*BARIFOUSE, Leonardo. Integração e fragmentação no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Revista de Direito Ambiental: RDA, v. 19, n. 75, jul./set. 2014, p. 99.*). A doutrina aponta, também, problemas graves de publicidade na implementação e regulamentação do cadastro. Confira-se:

Não consta da legislação, nem ao mesmo decreto regulamentador, a possibilidade de publicidade das informações ambientais inscritas para todos os cidadãos. Não se pode hoje acessar o CAR e verificar se determinada propriedade tem a reserva florestal constituída, o cidadão não pode fiscalizar. A publicidade é expressão sinônima de transparência, o sistema de clandestinidade que se projeta à Reserva Florestal Legal só interessa para quem não pretende nem ao menos cumprir a Reserva Legal florestal.

[...] o cadastro já implantado em todo o território nacional padece de publicidade por qualquer cidadão e, o mais relevante, até para o Ministério Público. A própria IN MMA 2/2014 reconhece a restrição ao cadastro ambiental, *in verbis*: “art. 12. As informações de natureza pública de que trata o inc. V do art. 3º do Dec. 7.830/2012, a serem disponibilizadas pelo Sicar, será limitada”.

(*MELO, Marcelo Augusto de. A publicidade da reserva florestal legal. Rev. de Direito Imobiliário: RDI, v. 37, n. 77, jul./dez. 2014, p. 43.*)

Deve-se, ainda, considerar um outro ponto, qual seja, o eventual ônus imposto sobre os proprietários de imóveis rurais com a averbação da APA. Trata-se, aqui, da eficácia horizontal dos direitos humanos, isto é, a projeção sobre particulares de obrigações entre si, ligadas a direitos fundamentais. Não por acaso, o direito ao meio ambiente equilibrado é classificado entre os direitos de solidariedade (*RAMOS, André. Curso de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017*). Na espécie, o direito fundamental à informação ambiental se insinua entre particulares pela consagração do dever de averbação da APA. Nesse sentido:

De certa forma, [os deveres de informação ambiental dos particulares] são deveres anexos ao exercício do direito de propriedade (e também da livre iniciativa) impostos em decorrência de limitações de cunho ecológico. A inversão do ônus probatório em processo judicial, no sentido de obrigar determinado particular poluidor a prestar informação sobre questão ambiental relevante, também acaba por caracterizar dever de informação ambiental, com conteúdo nitidamente prestacional.

(SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 154-156).

Verifica-se, ainda, que o que aqui se afirma não destoaria da compreensão jurisprudencial desta Corte sobre a matéria. Veja-se que, no juízo político típico da ação de suspensão de liminar e sentença, a Corte Especial deste Tribunal Superior afirmou expressamente que medidas similares não afrontam a ordem administrativa, *i.e.*, não há que se falar em violação da separação de poderes, na espécie. Verifica-se:

[...] 2. Irretocável o acórdão recorrido. Alicerce do Direito Ambiental brasileiro e decorrência do dever-poder estatal de transparência e publicidade, o direito à informação se apresenta, a um só tempo, como pressuposto e garantia de eficácia do direito de participação das pessoas na formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas de salvaguarda da biota e da saúde humana, sempre com o desiderato de promover “a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (Constituição, art. 225, § 1º, VI), de formar “uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico” (Lei 6.938/1981, art. 4º, V) e de garantir o “acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades”, incumbindo aos Estados “facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando as informações à disposição de todos” (Princípio 10 da Declaração do Rio).

3. Nessa linha de raciocínio, mais do que poder ou faculdade, os órgãos ambientais portam universal e indisponível dever de informar clara, ativa, cabal e honestamente a população, “independentemente da comprovação de interesse específico” (Lei 10.650/2003, art. 2º, § 1º), para tanto utilizando-se de dados que gerem ou lhes aportem, mesmo quando ainda não detentores de certeza científica, pois uma das formas mais eloquentes de expressão do princípio da precaução ocorre precisamente no campo da transparência e da publicidade do Estado. A regra geral na Administração Pública do meio ambiente é não guardar nenhum segredo e tudo divulgar, exceto diante de ordem legal expressa em sentido contrário, que deve ser interpretada restritivamente pelo administrador e juiz. Além de objetivos estritamente ecológicos e sanitários, pretende-se também fomentar “o desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” (Lei 12.527/2011, art. 3º, IV).

[...]

(REsp n. 1.505.923/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/5/2015, DJe de 19/4/2017).

[...] II - Na hipótese, não evidencia grave lesão à ordem e à economia públicas a determinação judicial para o Estado de Minas Gerais disponibilizar amplo e irrestrito acesso às informações ambientais armazenadas no sistema eletrônico em operação, tampouco no sentido de atualizar os processos administrativos integrantes da base desse sistema, ou da nova plataforma eletrônica, cuja implementação está atrasada há mais de dois anos.

[...]

(AgRg na SLS n. 1.896/MG, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 20/8/2014, DJe de 28/8/2014).

É assim mesmo, em matéria ambiental. Nos termos da doutrina:

A Lei 12.305/2010 segue toda a linha da construção do Direito Ambiental brasileiro colocando no rol de seus princípios o direito à informação. Nada mais natural e lógico que esse direito seja reafirmado no art. 6º, inciso X. [...]

A regra geral a ser seguida na política nacional de resíduos sólidos é tornar a informação aberta, inclusive na rede mundial de computadores. [...]

Podem-se resumir as avenidas de atuação da transparência em:

a) coleta ininterrupta de informações; b) organização completa e veraz dos dados existentes; c) facilitação do acesso às informações; d) respostas rápidas às demandas apresentadas; e) transmissão contínua dos dados informativos, de tal forma que eles cheguem, sem intermediários indevidos, aos seus legítimos destinatários; f) possibilidade de serem verificadas e discutidas as informações fornecidas.

(MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 24, n. 7, p. 25-33, jul. 2012).

Onde a lei estabeleceu as avenidas, descabe ao Administrador criar becos; se a lei definiu as vias, deve o Estado pavimentá-las. Ao Judiciário compete remover barreiras, muros e desvios ao livre fluxo da informação administrativa, muito especialmente, a de caráter ambiental. Ou, em termos simples, fazer cumprir a lei, em toda a sua clareza.

Portanto, nos termos do art. 104-A do RISTJ, tenho como fundamentos da posição jurisprudencial desta Corte:

i) a transparência ativa é a regra geral do Estado Democrático brasileiro, implicando que, exceto hipóteses de razoável motivação administrativa, toda informação guardada pelos governos e não sujeita a sigilo deve, em princípio, estar disponível na internet;

ii) a existência de outros meios de tutela administrativa ou judicial, inclusive o requerimento de informações públicas específicas (transparência passiva), não esvazia o dever estatal primário de transparência ativa;

iii) em matéria ambiental, o Estado deve inclusive produzir informações públicas de que não dispõe (transparência reativa), podendo rejeitar tal pretensão mediante adequada justificação administrativa, sujeita a controle judicial;

iv) o sistema registral brasileiro admite a averbação de informações já públicas e facultativas relevantes para a vida do imóvel; e

v) o MP possui legitimidade para requerer diretamente ao oficial de registro averbações facultativas afetas a sua função institucional.

Assim, proponho a seguinte redação para as teses jurídicas vinculantes:

Tese A) O direito de acesso à informação ambiental brasileiro compreende:

i) o dever de publicação, na internet, dos documentos ambientais detidos pela Administração não sujeitos a sigilo (transparência ativa);

ii) o direito de qualquer pessoa e entidade de requerer acesso a informações ambientais específicas não publicadas (transparência passiva); e

iii) direito a requerer a produção de informação ambiental não disponível para a Administração (transparência reativa);

Tese B) Presume-se a obrigação do Estado em favor da transparência ambiental, sendo ônus da Administração justificar seu descumprimento, sempre sujeita a controle judicial, nos seguintes termos:

i) na transparência ativa, demonstrando razões administrativas adequadas para a opção de não publicar;

ii) na transparência passiva, de enquadramento da informação nas razões legais e taxativas de sigilo; e

iii) na transparência ambiental reativa, da irrazoabilidade da pretensão de produção da informação inexistente;

Tese C) O regime registral brasileiro admite a averbação de informações facultativas de interesse ao imóvel, inclusive ambientais.

Tese D) O Ministério Público pode requerer diretamente ao oficial de registro competente a averbação de informações alusivas a suas funções institucionais.

Nessa esteira, resolve-se o caso concreto para determinar: i) a publicação (e produção, acaso inexistantem) dos relatórios de implantação e execução do Plano de Manejo da APA do Lajedo no portal da Municipalidade; e ii) a averbação da APA nos imóveis rurais incluídos em seus limites.

Em arremate, os princípios cuja observação requer o Ministério Público são inequivocamente reconhecidos na democracia brasileira dita, ou assim aspira-se seja, fraternal (*FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012*).

O aqui já citado ministro Herman Benjamin — e não poderia deixar de sê-lo, dada a matéria — anotou em obra doutrinária que o ordenamento ambiental constitucional brasileiro compõe-se a partir de diversas normas, notadamente, além, por óbvio, do art. 225 da Carta: 5º, XXII e XXIII, 20, II a VII, 21, XIX, 22, IV, 23, VI e VII, 24, VI a VIII, 26, I, 170, VI, 184, § 2º, 186, II, e 200, VII e VIII (*BENJAMIN, Antônio Herman de V. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: LEITE, José Rubens (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. 6. ed. rev. p. 57-130. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 121-122*). Ouso, no presente voto, estender essa observação para os arts. 5º, XIV, XXXIII e XXXIV, e 37, XXII, §§ 1º e 3º, II, da CF/1988.

Digo, enfim: a consolidação do Estado de Direito Democrático, Fraternal e Ecológico brasileiro, alinhado ao ordenamento ambiental global, contemplado na Constituição Federal e espelhado em diversas normas legislativas internas, depende da efetivação do direito de acesso a informações públicas ambientais nas perspectivas ativa, passiva e reativa. A verdadeira transparência ambiental configura apenas um primeiro passo para a efetivação da ecocidadania; por isso mesmo, faz-se tão necessário fincar pés, fortemente, na implementação desse direito-dever, não só como garantia política individual do cidadão e coletiva da sociedade, mas também como forma de tutela da natureza, como objeto jurídico especialmente protegido e, quiçá um dia, sujeito de direitos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para obrigar a municipalidade de Campo Grande/MS a publicar na internet relatórios periódicos de execução do Plano de Manejo da Área de Proteção Ambiental

do Lajeado, nos termos da pretensão recursal, e determinar a averbação da APA nos registros de imóveis rurais nela albergados.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.872.008-RS (2020/0096904-0)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Jose Henrique Cassariego da Costa

Advogados: João Alfredo Trelha Goulart - RS105637

Aline Fagundes Audino - RS099123

Recorrido: União

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia de natureza repetitiva. Militar. Reforma *ex officio*. Leis 6.880/80 e 7.670/88. HIV. Militar portador assintomático do vírus. Grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS. Irrelevância. Remuneração. Soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior. Precedentes do STJ. Revisitação da matéria dos EREsp 670.744/RJ. Alteração promovida pela Lei 13.954/2019. Militar temporário. Tese firmada sob o rito dos recursos especiais repetitivos. Art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. Art. 927, § 3º, do CPC/2015. Não modulação dos efeitos do julgado. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, parcialmente provido.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, aplicando-se, no caso, o Enunciado Administrativo 3/2016, do STJ, aprovado na sessão plenária de 09/03/2016 (“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”).

II. Trata-se de Ação Ordinária, ajuizada em 10/01/2018, por militar temporário do Exército Brasileiro, portador do vírus HIV, contra a União, objetivando a concessão da reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, nos termos dos arts. 104, II, 106, II, e 108, V, da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, bem como indenização por danos morais, em virtude de assédio moral, no local de trabalho, e abalos psicológicos sofridos, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

III. O Juízo de 1º Grau julgou improcedente a demanda, eis que “o laudo pericial acostado nos autos constatou que a parte autora é portadora do vírus HIV, mas sem a doença AIDS ou SIDA. E mais importante: não foi constatada incapacidade decorrente de tal moléstia, pois as conclusões do perito em que sugeriu alguma incapacidade, estiveram baseadas num sintoma alegado pela parte autora, a fadiga, mas não na moléstia”, bem como que não se verificou “a comprovação de dano moral em razão do simples fato de ter contraído a doença, independentemente de se perquirir se foi ou não acidente em serviço”, tampouco a ocorrência do assédio moral.

IV. O Tribunal de origem, em 20/08/2019 – antes do advento da Lei 13.954, de 16/12/2019, que alterou, sobre o assunto, a Lei 6.880/80 –, afastou, primeiramente, as alegações de nulidade da perícia e de cerceamento de defesa e negou provimento à Apelação do autor, ora recorrente, ao fundamento de que “o autor é portador assintomático do HIV, não apresentando qualquer manifestação de infecção que pudesse interferir na realização de suas atividades laborais – eis que foi admitido na inspeção de saúde do exército sem restrições, podendo continuar a realização das mesmas e não havendo qualquer tipo de incapacidade laborativa decorrente da infecção pelo r. vírus”, bem como de que “não há prova de que o autor tenha sido submetido a esforço físico ou situação que possa ter colocado sua vida em risco ou que tenha lhe causado sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico”, ou prova de assédio moral.

V. A controvérsia ora em apreciação, submetida ao rito dos recursos especiais repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, restou assim delimitada: “Definir se o militar

diagnosticado como portador do vírus HIV tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que possuía na ativa.”

VI. Dadas as peculiaridades da carreira militar e não obstante o avanço médico-científico no tratamento da doença, ainda considerada incurável em nossos dias, o STJ, notadamente a partir do julgamento dos EREsp 670.744/RJ, pela Terceira Seção (Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJU de 21/05/2007), tem-se mostrado sensível à realidade do militar portador do vírus HIV, mesmo que assintomático, e mantido, inclusive em acórdãos recentes, o entendimento no sentido de que o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático e independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, tem direito à reforma *ex officio*, por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, nos termos dos arts. 106, II, 108, V, e 109 da Lei 6.880/80 (na redação anterior à Lei 13.954, de 16/12/2019) c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88. Precedentes do STJ (EREsp 670.744/RJ, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Terceira Seção, DJU de 21/05/2007; AREsp 1.250.523/RS, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, Segunda Turma, DJe de 22/06/2018; AgInt no REsp 1.675.148/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Segunda Turma, DJe de 18/12/2017; AgInt no REsp 1.438.079/RS, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, Primeira Turma, DJe de 06/11/2017; AgRg nos EDcl no REsp 1.555.452/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 23/05/2016; AgRg no REsp 1.260.507/RJ, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, DJe de 02/03/2012; REsp 1.209.203/RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 24/10/2011; AgInt no REsp 1.713.050/RJ, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, Primeira Turma, DJe de 13/04/2018; AgInt no REsp 1.742.361/SC, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, Segunda Turma, DJe de 13/09/2018; AgInt no AREsp 1.490.187/RJ, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Turma, DJe de 19/12/2019; AgInt no REsp 1.775.100/PR, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, DJe de 27/09/2019).

VII. No julgamento dos EREsp 1.123.371/RS (Relator p/ acórdão Ministro *Mauro Campbell Marques, Corte Especial*, DJe de 12/03/2019), o voto condutor do acórdão registrou que “a reforma, por sua vez, será concedida *ex officio* se o militar alcançar a idade prevista em lei ou se enquadrar em uma daquelas hipóteses consignadas no art. 106 da Lei 6.880/1980, entre as quais, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas (inciso II), entre as seguintes causas possíveis previstas nos incisos do art. 108 da Lei 6.880/1980 (...) V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada”, tendo a Lei 7.670/88 incluído a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS como causa que justifica a concessão de “reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980”, ou seja, quando o militar “for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas” (art. 106, II, da Lei 6.880/80, na redação anterior à Lei 13.954, de 16/12/2019). No aludido julgamento, o Relator destacou, ainda, que “a legislação de regência faz distinção entre incapacidade definitiva para o serviço ativo do Exército (conceito que não abrange incapacidade para todas as demais atividades laborais civis) e invalidez (conceito que abrange a incapacidade para o serviço ativo do Exército e para todas as demais atividades laborais civis)”.

VIII. Antes da alteração promovida pela Lei 13.954, de 16/12/2019, na linha da jurisprudência sedimentada no STJ, impõe-se o reconhecimento do direito à reforma de militar, de carreira ou temporário, na hipótese de ser portador do vírus HIV, por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, ante o que dispõem os arts. 106, II, 108, V, e 109 da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88. Após o advento da Lei 13.954/2019, contudo, foi dada nova redação ao inciso II do art. 106 e acrescido o inciso II-A ao referido art. 106 da Lei 6.880/80, criando-se uma diferenciação, para fins de reforma, entre militares de carreira e temporários: enquanto, para os temporários, exige-se a invalidez, para os de carreira basta a incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas.

Também o art. 109 da Lei 6.880/80 sofreu alteração com a Lei 13.954, de 16/12/2019, criando diferenciação entre militares temporários e de carreira, para fins de reforma com qualquer tempo de serviço, inclusive na hipótese do art. 108, V, da Lei 6.880/80.

IX. Os três Recursos Especiais afetados e ora em julgamento, por esta Primeira Seção, tratam de hipóteses anteriores à Lei 13.954/2019, em que o pedido de reforma, em face de exame do militar que detectou a presença do vírus HIV, deu-se antes da alteração legislativa.

X. A teor da Súmula 359/STF, “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”. Nesse mesmo sentido, “se no momento da obtenção do benefício encontravam-se preenchidos todos os requisitos necessários de acordo com a lei em vigor, caracterizando-se como ato jurídico perfeito, não pode a legislação superveniente estabelecer novos critérios, sob pena de ofensa ao princípio *tempus regit actum*” (STJ, AgRg no REsp 1.308.778/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, DJe de 30/09/2014).

XI. A reforma do militar temporário, com fundamento no art. 108, V, da Lei 6.880/80, somente após o advento da Lei 13.954, de 16/12/2019, passou a exigir a invalidez, requisito não preenchido pelo portador assintomático do vírus HIV. Essa perspectiva da ausência de invalidez, no caso, já era reconhecida pela jurisprudência do STJ, ao afirmar que o direito à reforma do militar portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da doença, dava-se por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, ou seja, por incapacidade apenas para o serviço militar.

XII. A reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas deve ser concedida, nos termos do art. 110 da Lei 6.880/80 – que não foi alterado pela Lei 13.954/2019 –, com base no soldo do grau hierárquico superior, apenas e tão somente nas hipóteses dos incisos I e II, do art. 108 da Lei 6.880/80. Nas hipóteses dos incisos III, IV e V, do mesmo art. 108 da Lei 6.880/80, exige-se, para a reforma com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior, que, além da incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, o militar seja considerado inválido,

ou seja, que ele esteja “impossibilitado total ou permanentemente para qualquer trabalho”, na vida castrense e civil. Revisitação do tema dos EREsp 670.744/RJ, quanto ao art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.

XIII. Na forma da jurisprudência do STJ, “nos termos do art. 110, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.880/1980, quando configurada alguma das hipóteses descritas nos itens III, IV e V, do art. 108, o militar terá direito à reforma com base no soldo do grau hierárquico imediato se verificada a invalidez, ou seja, a incapacidade definitiva para qualquer trabalho, militar ou civil. No caso dos autos, ainda que seja reconhecida a ocorrência da neoplasia maligna - câncer de próstata -, as instâncias ordinárias negaram a existência de invalidez. Desse modo, inviável o reconhecimento do alegado direito à remuneração superior, porquanto ausente um dos requisitos estabelecidos na legislação” (STJ, REsp 1.843.913/PE, Rel. Ministro *Og Fernandes, Segunda Turma*, DJe de 04/08/2020). De igual modo, “em sintonia com a jurisprudência do STJ (...) apenas os militares da ativa ou da reserva remunerada, julgados incapazes definitivamente para o serviço por força de doença constante do inciso V do art. 108 da Lei 6.880/1980 (e for considerado inválido total e permanentemente para qualquer trabalho), fazem jus à reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa” (STJ, AgRg no REsp 1.577.792/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 16/03/2016). Em igual sentido: STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.211.656/PR, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, DJe de 13/04/2011; AgRg no AREsp 61.062/RS, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma*, DJe de 05/03/2012; AgRg no REsp 1.192.113/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 24/09/2010.

XIV. Além de a Terceira Seção não mais ser competente para o exame da matéria, o precedente firmado nos EREsp 670.744/RJ (Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção*, DJU de 21/05/2007), inúmeras vezes invocado em julgados posteriores do STJ, apesar de conferir ao militar, portador assintomático do vírus HIV, o direito à reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas – o que encontra suporte na legislação pertinente –, não examinou o assunto, de maneira suficiente e à luz do art. 110, § 1º,

da Lei 6.880/80, ao conceder a remuneração com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao ocupado pelo militar na ativa, hipótese na qual o referido art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80 exige a configuração da invalidez para o serviço militar e civil. A Lei 7.670/88, ao incluir, em seu art. 1º, I, *c*, a SIDA/AIDS como uma das doenças que ensejam a reforma pelo art. 108, V, da Lei 6.880/80, não estabeleceu, para a hipótese, qualquer tratamento diferenciado, em relação às demais moléstias, no que diz respeito à remuneração do militar.

XV. Aliado a isso, em relação a outras doenças, igualmente enumeradas no art. 108, V, da Lei 6.880/80, o Superior Tribunal de Justiça tem proclamado a necessidade de configuração da invalidez para a aplicação do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, o que não poderia ser diferente para a SIDA/AIDS.

XVI. Sendo assim, não há como aplicar a jurisprudência do STJ, firmada nos aludidos EREsp 670.744/RJ, neste ponto e na hipótese, por exigir o art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80 – antes ou depois da Lei 13.954/2019 –, além da incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, a invalidez, para que o militar, portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da doença, seja reformado com soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa.

XVII. No caso, o acórdão recorrido, ao afastar o direito à reforma do militar temporário, portador assintomático do vírus HIV, em momento anterior à Lei 13.954/2019 (Boletim interno 227/2017), diverge da jurisprudência do STJ, ratificada na tese firmada no presente recurso repetitivo, merecendo, assim, ser reformado, no particular.

XVIII. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, o Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos e provas, consignou que “não há prova de que o autor tenha sido submetido a esforço físico ou situação que possa ter colocado sua vida em risco ou que tenha lhe causado sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico. Correta a conclusão, portanto, no sentido de que não restou evidenciada situação que pudesse configurar assédio moral, não restando caracterizada perseguição por parte de superior hierárquico, razão pela qual não há supedâneo para a pleiteada indenização por danos morais em virtude de assédio moral”.

XIX. Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

XX. O art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 estabelece, como regra, a eficácia *ex tunc* das decisões judiciais, na medida que permite aos Tribunais Superiores, excepcionalmente, a modulação dos efeitos dos seus julgados, na hipótese de alteração da jurisprudência dominante. Segundo entendimento do STJ, “a modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido” (STJ, REsp 1.721.716/PR, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJe de 17/12/2019).

XXI. Com o advento do art. 927, § 3º, do CPC/2015, conta-se com a previsão expressa, mas genérica, de possibilidade de modulação dos efeitos da decisão judicial que altera a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, da sumulada, da oriunda de julgamento de recursos repetitivos ou de assunção de competência, para a proteção da segurança jurídica e do interesse social. O desafio da técnica da modulação dos efeitos do julgado consiste exatamente em utilizar-se de critérios razoáveis, que permitam a flexibilização dos efeitos dos julgados e que auxiliem na identificação de situações que, efetivamente, necessitam dessa modulação, quando preenchido o requisito da necessidade de proteção, concomitantemente, da segurança jurídica e do interesse social.

XXII. Ponderando em torno de critérios importantes para solução da controvérsia, que envolvem os dois requisitos legais – proteção da segurança jurídica e do interesse social –, inexistem, no caso, razões que recomendem a modulação de efeitos do julgado. Ao contrário, a modulação de efeitos, no caso específico, permitiria inovar em dispositivo de lei – que, na verdade, concede um privilégio legal, para reforma, apenas aos militares inválidos, “impossibilitados total e permanentemente para qualquer trabalho” (art. 110, § 1º, da

Lei 6.880/80) – e perpetuaria um tratamento diferenciado para os portadores de SIDA/AIDS, em relação a outros militares, com doenças igualmente graves, previstas no art. 108, V, da Lei 6.880/80, para as quais o STJ vem exigindo, há muito, a demonstração da invalidez para todo e qualquer trabalho, na vida castrense e civil, na forma do § 1º do art. 110 da Lei 6.880/80, para que possa ele ser reformado “com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou possuía na ativa”.

XXIII. No presente julgamento, manteve-se a jurisprudência, há muito firmada nesta Corte, que assegura ao militar, de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, o direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS. Quanto à proteção da segurança jurídica, não há, no julgamento desta Primeira Seção, a negativa do benefício de reforma ao militar, em tais situações, nem há qualquer solução de continuidade no entendimento do STJ acerca da questão. Não há, no cerne da controvérsia, qualquer alteração da jurisprudência dominante do STJ. O bem jurídico maior, que se pretendia tutelar, na proposta de modulação de efeitos do julgado, a saber, o direito à saúde, assegurado constitucionalmente, resta resguardado na reafirmação do posicionamento anterior do STJ, ao conceder a reforma ao militar, diagnosticado com o vírus HIV, ainda que assintomático, por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, mas com remuneração calculada com base no soldo percebido na ativa. Com efeito, concedida a reforma ao militar, na hipótese dos autos, tem ele assegurado o direito à “assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários” (art. 50, IV, *e*, da Lei 6.880/80).

XXIV. Na hipótese, sob o aspecto do interesse social, não há prejuízo dos demandantes, a ser balizado, por suposta ofensa do Estado a expectativas frustradas, de forma traumática, pelo entendimento que ora se propõe, referente especificamente à aplicação do art. 110, §

1º, da Lei 6.880/90, eis que, em primeiro lugar, não se está na esfera de direitos fundamentais decorrentes diretamente da Constituição; segundo, não se está negando o direito à reforma do militar, na hipótese, que tem também assegurado o direito à sua subsistência e de sua família e o direito social à saúde e à assistência médico-hospitalar; terceiro, trata-se de um acréscimo ao valor da remuneração que o militar tinha na ativa, e não de uma redução no soldo; e quatro, a jurisprudência, não obstante reiterada sobre o tema, não era íntegra e coerente sistemicamente com o tratamento dado à questão aos militares, em casos similares, de doenças igualmente graves, previstas no art. 108, V, da Lei 6.880/80.

XXV. Tese jurídica firmada: “*O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, tem direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS, porém, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, se não estiver impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.*”

XXVI. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, parcialmente provido, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados pela parte autora, com a concessão da reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía o autor na ativa, por não estar ele impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, na vida castrense e civil.

XXVII. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2005 e art. 256-N e seguintes do RISTJ), sem modulação dos efeitos do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, acordam os Ministros da Primeira Seção

do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Regina Helena Costa e Herman Benjamin, não acolher a proposta de modulação dos efeitos do julgado e, na sequência, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar parcial provimento, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados pela parte autora, com a concessão da reforma ex officio por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía o autor na ativa, por não estar ele impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, na vida castrense e civil, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Og Fernandes.

Brasília (DF), 11 de maio de 2022 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 1º.8.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, interposto por *José Henrique Cassariego da Costa*, em 24/09/2019 – antes do advento da Lei 13.954, de 16/12/2019 –, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicado na vigência do CPC/2015, assim ementado:

Administrativo. Militar. Reforma. HIV. Portador assintomático do vírus. Nulidade da perícia. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Improriedade. Incapacidade não verificada. Indenização por dano moral. Assédio moral não evidenciado.

I. Evidenciado que o exame do pedido se deu através de perícia médica realizada por perito capacitado e nomeado pelo Juízo, sem impugnação em tempo hábil, impróprio o pedido de realização de nova prova técnica.

II. O Juiz pode indeferir as provas que entender desnecessárias à instrução do processo, as diligências inúteis ou as meramente protelatórias, pois é o senhor da prova na medida em que ela se destina ao seu convencimento.

III. Diante do atual contexto normativo, do atual estágio das Ciências Médicas e da disponibilização de tratamento eficaz pelo SUS, a compreensão mais adequada da legislação de regência, tanto em relação aos trabalhadores civis, como aos militares, é no sentido de que o diagnóstico de vírus HIV não constitui, por si só, causa suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez ou reforma militar - as quais pressupõem a existência de uma real incapacidade laborativa a ser aferida em cada caso concreto.

IV. O assédio moral, no âmbito das relações militares, regida pelos princípios da hierarquia e disciplina, deve ser analisado com cautela, mas sem olvidar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição e os princípios fundamentais da Administração Pública.

V. Hipótese em que não houve a efetiva comprovação da prática de ato ilegal por parte da Administração militar, pois não evidenciado indício de que o autor tenha sido submetido a esforço físico, sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico, não havendo supedâneo para a indenização por danos morais em virtude de assédio moral (fls. 394/395e).

No acórdão objeto do Recurso Especial, proferido em 20/08/2019 – antes do advento da Lei 13.954, de 16/12/2019 –, o Tribunal de origem manteve sentença que julgara improcedentes os pedidos formulados na presente demanda, ajuizada, em 10/01/2018, pelo ora recorrente, militar temporário do Exército Brasileiro, portador do vírus HIV, objetivando a concessão da reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, nos termos dos arts. 104, II, 106, II, e 108, V, todos da Lei 6.880/80, c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, bem como indenização por danos morais, em virtude de assédio moral, no local de trabalho, e abalos psicológicos sofridos, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

O recorrente sustenta, nas razões do Recurso Especial, interposto em 24/09/2019, ofensa aos arts. 104, II, 106, II, e 108, V, da Lei 6.880/80 e 1º, I, c, da Lei 7.670/88. Para tanto, invocando, ainda, o art. 110, § 2º, c, da Lei 6.880/80, alega, *in verbis*:

Na análise do r. julgamento, verifica-se que está sobejamente contrário do que pactua a legislação pátria, a qual é trazida *in verbis*,

Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.

Art. 104. A passagem do militar à situação de inatividade, mediante reforma, se efetua:

I - a pedido; e

II - *ex officio*

(...)

Art. 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que:

II - for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

(...)

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;

II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;

III - acidente em serviço;

IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V - *tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e (Redação dada pela Lei n. 12.670, de 2012)*

VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

§ 1º Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

(...)

No caso para entendimento do Artigo 108, V, faz-se o uso da inteligência da Lei n. 7.670, de 8 de setembro de 1988, que no seu artigo 1º, inciso I, alínea "c", ampara os portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, traduzida *in verbis*:

Lei n. 7.670, de 8 de setembro de 1988.

Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências.

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - a concessão de:

a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952;

b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea b, da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952;

c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980;

d) pensão especial nos termos do art. 1º da Lei n. 3.738, de 4 de abril de 1960;

e) Auxílio-Doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes;

II - levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

Parágrafo único. O exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Conforme disposto na Lei 6.880/90, o militar deverá ser reformado por incapacidade definitiva decorrente de acidente em serviço, ainda que parcial, no caso do Apelante incapacidade definitiva é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, traduzida *in verbis*

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado *com qualquer tempo de serviço*.

(...)

§ 2º [do art. 110 da Lei 6.880/80] Considera-se, para efeito deste artigo, grau hierárquico imediato:

a) o de Primeiro-Tenente, para Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial e Suboficial ou Subtenente;

b) o de Segundo-Tenente, para Primeiro-Sargento, Segundo-Sargento e Terceiro-Sargento; e

c) o de Terceiro-Sargento, para Cabo e demais praças constantes do Quadro a que se refere o artigo 16.

§ 3º Aos benefícios previstos neste artigo e seus parágrafos poderão ser acrescidos outros relativos à remuneração, estabelecidos em leis especiais, desde que o militar, ao ser reformado, já satisfaça às condições por elas exigidas

Destarte, no aspecto jurídico relacionado ao instituto da reforma, tem-se que a Lei n. 6.880/1980 estipula ser caso de Reforma, se constatado, concomitante com entendimento do Artigo 108, V. No caso em tela, faz-se o uso da inteligência da Lei n. 7.670, de 8 de setembro de 1988, que no seu artigo 1º, inciso I, alínea “c”, ampara os portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, configurando a estes a incapacidade necessária para a Reforma.

Insta destacar que a referida legislação não faz distinção entre militares do serviço ativo das Forças Armadas e outras modalidades de vínculo, sem traçar qualquer distinção entre militares conscritos, temporários e de carreira.

Estampa a Lei 6.880/1980, ao tratar do instituto da reforma, não exige, para seu deferimento, que haja a invalidez, isto é, a incapacidade definitiva para qualquer trabalho. A incapacidade total e permanente para qualquer trabalho somente é relevante para a definição dos valores que serão alcançados ao militar reformado, já que o inválido possui o direito de perceber seus proventos com base no soldo do posto imediato e hierarquicamente superior ao por ele ocupado.

Ínclitos Julgadores, a lei 7.670 de 8 de setembro de 1988 não faz distinção entre assintomático ou não, assim, a referida lei defere um direito ao Apelante, sendo assim, esta não é uma deliberação do judiciário.

Nesse sentido imperioso se faz destacar a vontade do legislador, assim, em respeito à divisão harmônica dos poderes, o legislador quis amparar o hipossuficiente, que viesse a adquirir a terrível moléstia, no caso em tela, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, sendo assim, utiliza-se do brocardo jurídico “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”, traduzido amiúde, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

No caso em tela, de fato, a Lei n. 7.670/88 c/c a Lei 6.880/1980, não distinguiram tais situações, de modo que não cabe ao intérprete fazê-lo. A única maneira viável de se revogar uma Lei é outra Lei, e mesmo assim, que não prejudique o direito adquirido, conforme bem prevê a nossa Constituição Cidadã, e não a simples discricionariedade do julgador.

Assim, não parece razoável que o Recorrente tenha sido devolvido ao mundo civil com os problemas/deficiências físicas ocasionados por condições inerentes ao serviço, conforme apurado em Sindicância, pois quando incorporou ao

Exército brasileiro gozava da plenitude quanto da sua saúde física bem como da saúde mental, estando em condições hipossuficientes, para enfrentar o mercado de trabalho e concorrer com outros candidatos na área civil, visto que encontra-se incapacitado para trabalho, civil ou militar (fls. 424/428e).

Colaciona, a fls. 428/429e, ementas de acórdãos do STJ, favoráveis à tese defendida no Recurso Especial.

Além disso, quanto ao pedido de indenização por dano moral, alega violação ao art. 186 do Código Civil, eis que “o dano moral visa, por óbvio, suprir o trauma, dor e tristeza vivenciados pelo Recorrente, que por sua vez, independem de comprovação específica, sendo que decorrem automaticamente do acidente sofrido e enfermidade desenvolvida pelo Apelante, qual seja Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, adquirida durante serviço realizado na Escola de Aperfeiçoamento de Sargentos das Armas e lhe tirou o que é mais caro e importante para uma pessoa, qual seja o direito a ter uma vida saudável, vindo a adquirir a terrível doença, doença esta que lhe acompanhará por toda a vida, haja vista não existir cura” (fls. 431/432e).

Por fim, requer “seja conhecido e provido o presente recurso para reformar o Acórdão recorrido, com a finalidade de garantir a aplicação do direito positivo na sua exatidão, ou seja, o respeito pela lei federal citada, e, ainda, de forma a evitar decisões conflitantes dos Tribunais, dar uniformidade de interpretação à jurisprudência pátria, com o provimento do presente recurso nos termos do requerido nas presentes razões, conforme já comprovado” (fls. 436/437e).

Contrarrazões ao Recurso Especial, a fls. 442/455e, pelo não conhecimento do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ – no que se refere à incapacidade do autor e à existência de dano moral –, a falta de prequestionamento dos dispositivos legais apontados como violados, a ausência do cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, na parte em que fundado o recurso na alínea **c** do permissivo constitucional, e, no mérito, pelo improvimento do apelo, eis que “o demandante sempre esteve assintomático, ou seja, nunca desenvolveu a patologia denominada AIDS, somente era portador do vírus HIV”, e, portanto, “o postulante não foi julgado definitivamente incapaz para o serviço militar, assim como não é inválido”, sendo descabida a reforma pretendida na presente ação.

O Recurso Especial foi admitido, pelo Tribunal de origem (fl. 458e).

O Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas - COGEPAC do STJ selecionou o presente Recurso Especial, juntamente com

o REsp 1.878.406/RJ, para afetação como representativo de controvérsia de natureza repetitiva (fls. 471/474e).

A *União Federal* (fls. 479/491e) e o Ministério Público Federal (fls. 494/499e) manifestaram-se pela admissão do presente Recurso Especial como representativo da controvérsia.

O Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas - COGEPAC (Resolução STJ/GP 29, de 22/12/2020), Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, a fls. 501/503e, após “análise superficial do processo, plenamente passível de revisão pelo relator destes autos”, entendeu “preenchidos os requisitos formais previstos no art. 256 do Regimento Interno do STJ, de acordo com o Ministério Público Federal”, e determinou a distribuição dos presentes autos, por prevenção ao Recurso Especial 1.878.406/RJ.

Autos a mim redistribuídos (fls. 508e, 516/517e e 521e).

A Primeira Seção do STJ, por unanimidade, em 20/04/2021, afetou o presente Recurso Especial ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C), juntamente com o REsp 1.878.406/RJ e o REsp 1.901.989/RS, e suspendeu a tramitação de processos que versam sobre a mesma matéria, em todo o território nacional, inclusive dos que tramitam nos Juizados Especiais, em acórdão assim ementado:

Administrativo e Processual Civil. Proposta de afetação de recurso especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Arts. 1.036, *caput* e § 1º, 1.037 e 1.038 do CPC/2015 c/c art. 256-I do RISTJ, na redação da Emenda Regimental 24, de 28/09/2016. *Militar. Reforma ex officio. Lei 6.880/80 e 7.670/88. HIV. Portador assintomático do vírus. Grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS. Remuneração. Soldo correspondente ao grau imediatamente superior.*

I. Delimitação da controvérsia, para fins de afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036, *caput* e § 1º, do CPC/2015: “Definir se o militar diagnosticado como portador do vírus HIV tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que possuía na ativa”.

II. Recurso Especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, na redação da Emenda Regimental 24, de 28/09/2016) (fl. 533e).

Após a afetação da matéria, em nova manifestação, a fls. 568/576e, o Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral

da República, Dr. *Brasilino Pereira dos Santos*, opina pelo parcial conhecimento do Recurso Especial – ante o óbice da Súmula 7/STJ, quanto ao pedido de indenização por dano moral –, e, nessa extensão, pelo seu provimento, em parecer assim ementado:

Recurso especial. Administrativo. Militar. Portador assintomático do vírus HIV (AIDS). Reforma ex officio. Soldo. Danos morais.

O militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático e independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, tem direito à reforma ex officio, por incapacidade definitiva, nos termos do art. 108, V, da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, “c”, da Lei 7.670/88, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior.

Danos morais. Não reconhecimento do direito conforme convicção formada no sentido de que não há demonstração de ato ilícito. Necessidade de reexame de provas. Não conhecimento do recurso especial (Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça).

Parecer no sentido de que o recurso especial seja parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido, para reconhecer o direito do recorrente à reforma ex officio com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que possuía na ativa (fls. 568/569e).

A fls. 551/567e, a *União* defende a inexistência de direito à reforma *ex officio* do militar portador de HIV que não esteja incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas. Subsidiariamente, “caso se conclua pela possibilidade de concessão da reforma em decorrência do mero diagnóstico como soropositivo, pugna-se pelo afastamento do cálculo do soldo com base no grau imediato”, em face do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, que, para tanto, exige a invalidez do militar. A final, a *União* “pugna pela aplicação de sua tese principal e, conseqüentemente, pelo desprovimento dos recursos especiais, mantendo-se os acórdãos regionais que afastaram as pretensões autorais. Para o caso de se acolher apenas a tese subsidiária proposta pela União, requer seja negado provimento ao REsp 1.901.989/RS e dado provimento apenas parcial aos REsp 1.872.008/RS e REsp 1.878.406/RJ, afastando-se a pretensão de cálculo da remuneração com base no soldo correspondente ao grau imediato”.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de Ação Ordinária, ajuizada em 10/01/2018, por *José Henrique Cassariego da*

Costa, militar temporário do Exército Brasileiro, portador do vírus HIV, contra a *União*, objetivando a concessão da reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, nos termos dos arts. 104, II, 106, II, e 108, V, da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, bem como indenização por danos morais, em virtude de assédio moral, no local de trabalho, e abalos psicológicos sofridos, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

O Juízo de 1º Grau, em 03/11/2018, julgou improcedente a demanda, a fls. 312/320e, eis que “*o laudo pericial acostado nos autos constatou que a parte autora é portadora do vírus HIV, mas sem a doença AIDS ou SIDA. E mais importante: não foi constatada incapacidade decorrente de tal moléstia, pois as conclusões do perito em que sugeriu alguma incapacidade, estiveram baseadas num sintoma alegado pela parte autora, a fadiga, mas não na moléstia*” (fl. 318e), bem como que *não se verificou “a comprovação de dano moral em razão do simples fato de ter contraído a doença, independentemente de se perquirir se foi ou não acidente em serviço”, tampouco a ocorrência de assédio moral* (fl. 319e).

O Tribunal de origem, em 20/08/2019 – antes do advento da Lei 13.954, de 16/12/2019, que alterou, sobre o assunto, a Lei 6.880/80 –, afastou, primeiramente, as alegações de nulidade da perícia e de cerceamento de defesa e negou provimento à Apelação do autor, ora recorrente, ao fundamento de que “*o autor é portador assintomático do HIV, não apresentando qualquer manifestação de infecção que pudesse interferir na realização de suas atividades laborais* - eis que foi admitido na inspeção de saúde do exército sem restrições, podendo continuar a realização das mesmas e não havendo qualquer tipo de incapacidade laborativa decorrente da infecção pelo r. vírus” (fl. 399e), bem como de que “*não há prova de que o autor tenha sido submetido a esforço físico ou situação que possa ter colocado sua vida em risco ou que tenha lhe causado sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico*”, ou prova de assédio moral (fl. 407e), em acórdão assim ementado:

Administrativo. Militar. Reforma. HIV. Portador assintomático do vírus. Nulidade da perícia. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Improriedade. Incapacidade não verificada. Indenização por dano moral. Assédio moral não evidenciado.

I. Evidenciado que o exame do pedido se deu através de perícia médica realizada por perito capacitado e nomeado pelo Juízo, sem impugnação em tempo hábil, impróprio o pedido de realização de nova prova técnica.

II. O Juiz pode indeferir as provas que entender desnecessárias à instrução do processo, as diligências inúteis ou as meramente protelatórias, pois é o senhor da prova na medida em que ela se destina ao seu convencimento.

III. Diante do atual contexto normativo, do atual estágio das Ciências Médicas e da disponibilização de tratamento eficaz pelo SUS, a compreensão mais adequada da legislação de regência, tanto em relação aos trabalhadores civis, como aos militares, é no sentido de que o diagnóstico de vírus HIV não constitui, por si só, causa suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez ou reforma militar - as quais pressupõem a existência de uma real incapacidade laborativa a ser aferida em cada caso concreto.

IV. O assédio moral, no âmbito das relações militares, regida pelos princípios da hierarquia e disciplina, deve ser analisado com cautela, mas sem olvidar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição e os princípios fundamentais da Administração Pública.

V. Hipótese em que não houve a efetiva comprovação da prática de ato ilegal por parte da Administração militar, pois não evidenciado indício de que o autor tenha sido submetido a esforço físico, sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico, não havendo supedâneo para a indenização por danos morais em virtude de assédio moral (fls. 394/395e).

Inconformado, José Henrique Cassariego da Costa interpôs o presente Recurso Especial, em 24/09/2019, sustentando ofensa aos arts. 104, II, 106, II, e 108, V, da Lei 6.880/80 e 1º, I, c, da Lei 7.670/88, além de violação ao art. 186 do Código Civil, no que se refere ao alegado dano moral (fls. 416/437e).

Contrarrrazões ao Recurso Especial, a fls. 442/455e, pelo não conhecimento do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ – no que se refere à incapacidade do autor e à existência de dano moral –, a falta de prequestionamento dos dispositivos legais apontados como violados, a ausência do cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, na parte em que fundado o recurso na alínea c do permissivo constitucional, e, no mérito, pelo improvimento do apelo, eis que “o demandante sempre esteve assintomático, ou seja, nunca desenvolveu a patologia denominada AIDS, somente era portador do vírus HIV”, e, portanto, “o postulante não foi julgado definitivamente incapaz para o serviço militar, assim como não é inválido”, sendo descabida a reforma pretendida na presente ação.

Passo, a seguir, à apreciação do Recurso Especial representativo da controvérsia.

De início, é de se registrar que na sessão realizada em 09/03/2016, em homenagem ao princípio *tempus regit actum* – inerente aos comandos processuais –, o Plenário do STJ sedimentou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente na data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência exata dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater.

Tal compreensão restou sumariada no Enunciado Administrativo 3/2016 do STJ (“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”).

No caso, o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, devendo, portanto, à luz do aludido diploma processual, ser analisados os requisitos de sua admissibilidade.

Com o advento do CPC/2015, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos foi estabelecido nos arts. 1.036 a 1.041 do referido diploma normativo.

No âmbito do Regimento Interno desta Corte, o tema está regulado nos arts. 104-A e 256 a 256-X do RISTJ.

Em consonância com o disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e no art. 256, *caput*, do RISTJ, previu-se a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, exigência cumprida, no caso, em razão de também terem sido afetados os Recursos Especiais 1.878.406/RJ e 1.901.989/RS, que cuidam do mesmo tema.

O presente recurso é apto, consoante previsto no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015 e no art. 256, § 1º, do RISTJ. O conhecimento do Recurso Especial, quanto ao pedido de concessão da reforma por incapacidade definitiva do autor para o serviço ativo das Forças Armadas, não encontra óbice na Súmula 7/STJ, ante a jurisprudência do STJ sobre o assunto, os dispositivos tidos como violados, quanto à pretendida reforma, estão expressamente prequestionados no acórdão recorrido (fls. 400/405e), sendo possível o exame da matéria, no particular, pela alínea *a* do permissivo constitucional.

I- Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

A controvérsia ora em apreciação restou assim delimitada, por ocasião da afetação do presente Recurso Especial: “Definir se o militar diagnosticado como portador do vírus HIV tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva, *independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS*, com remuneração calculada *com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que possuía na ativa.*”

Como esclarecido, em 1º Grau a ação foi julgada improcedente, condenado o autor ao pagamento de honorários de advogado, ficando a sua exigibilidade suspensa, conforme o art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

Em sede de Apelação do autor, o Tribunal de origem manteve a sentença – transcrevendo-a, bem como dois acórdãos proferidos na Corte *a quo*, em casos análogos –, considerando, no caso, que, portador assintomático do vírus HIV, o autor não comprovou incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas ou invalidez para todo e qualquer trabalho, não provando, ainda, dano moral ou assédio moral, *in verbis*:

Do mérito

A controvérsia cinge-se à possibilidade de reforma do autor, nos termos da Lei n. 6.880/1980, em função da descoberta de ser portador de HIV durante o período em que prestou serviço militar, com pagamento de parcelas retro.

Em julgamento desta Corte, prevalece entendimento no sentido de que o diagnóstico indicando a existência de HIV, por si só, não significa que o paciente está incapacitado para o trabalho, a exemplo de outras doenças irreversíveis ou incuráveis, entendendo-se que as mesmas, ainda que sem cura ou reversão do quadro, podem não trazer comprometimento à capacidade laboral do portador.

A corroborar tal entendimento, o voto proferido pela i. Desembargadora Vânia Hack de Almeida, no julgamento da AC n. 5007548- 80.2017.4.04.7005/PR:

Ao longo de anos, a evolução da medicina nesta área trouxe muitos avanços para a qualidade de vida das pessoas portadoras de HIV, o que, inclusive, contribuiu para que grande parte dos casos a pessoa mantenha a plena capacidade laboral. Calha mencionar que a atual luta dos movimentos sociais no campo da AIDS é justamente o reconhecimento de uma plena cidadania e não por uma sobrevivência; bem como o fim da discriminação no trabalho e nos serviços públicos.

Assim, ressalto que ser portador de HIV não enseja automaticamente ao autor o direito à concessão de reforma ou sequer a reintegração como adido para tratamento de saúde, não sendo o estigma social ou a discriminação fatores autorizadores da concessão destes benefícios militares.

Ou seja, não basta apenas demonstrar que está acometido pela doença, mas que tal moléstia enseja a incapacidade para o exercício das atividades laborais.

Nesse sentido o seguinte precedente desta Corte:

Administrativo. Servidor militar. Portador assintomático do vírus HIV. AIDS. Reforma. Inexistência de direito. Ausência de

incapacidade laboral. Apelo da União e remessa oficial providos. Pedido improcedente. (TRF4, Apelação/Reexame Necessário n. 5019057-58.2010.404.7100, 3ª Turma, Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, por unanimidade, juntado aos autos em 25/01/2011)

Como entendo que o HIV, quando assintomático, não enseja a concessão de benefício por incapacidade, há que se analisar eventual grau de comprometimento da capacidade laborativa.

Tratando-se de exame de quantificação de carga viral de HIV, os resultados da contagem das células CD4 e da medição da carga viral dá a informação necessária sobre o efeito da infecção pelo HIV, sendo que o objetivo do tratamento anti-retroviral é o de ter uma carga viral muito baixa (indetectável) e uma contagem de células CD4 alta.

No caso, o autor juntou exame de carga viral (Evento 1 - OUT31) que apresenta o histórico dos últimos 18 meses, indicando que em 20/09/2010 o CD4 estava na contagem de 408 e em 27/01/2014 na contagem de 626, o que revela um quadro de alterações e sintomas menores, porém sem um comprometimento e ainda sem probabilidade de ocorrência de doenças oportunistas, as quais geralmente se apresentam quando CD4 encontra-se em níveis inferiores a 200.

Logo, não comprovado que o autor é inválido ou está incapacitado para a atividade militar, indevida a concessão de reforma militar, ressaltando a possibilidade de novo pleito administrativo se, e quando, alterada a situação médica do autor.

Logo, deve ser entendido que o fato de o autor, militar, ser portador de HIV não tem o condão de induzir à concessão de reforma ou reintegração como adido para tratamento de saúde, sendo certo que o estigma social ou a discriminação não podem servir de fatores autorizadores da concessão de tais benefícios militares, entendendo-se que é necessário demonstrar que a moléstia efetivamente o incapacita para o exercício de atividades laborais.

Desta forma, tratando-se de HIV assintomático, deve ser analisado eventual grau de comprometimento da capacidade laborativa.

Na hipótese em questão, restou evidenciado que o autor é portador assintomático do HIV, não apresentando qualquer manifestação de infecção que pudesse interferir na realização de suas atividades laborais - eis que foi admitido na inspeção de saúde do exército sem restrições, podendo continuar a realização das mesmas e não havendo qualquer tipo de incapacidade laborativa decorrente da infecção pelo r. vírus.

A Julgadora de 1º grau muito bem fundamentou a inexistência de direito à pleiteada reintegração, nos termos a seguir:

Mérito

Da reintegração/reforma do militar

No caso específico de militar que não possui estabilidade assegurada, pode a Administração, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, proceder, a qualquer tempo, ao seu desligamento das fileiras. Portanto, tratando-se o licenciamento de ato administrativo discricionário, não cabe ao Judiciário apreciar-lhe o mérito.

Contudo, é certo que o exercício desse poder discricionário está adstrito a determinados limites, sendo que um deles é exatamente a higidez física do militar a ser desligado. Assim, se comprovada a incapacidade para o serviço à época do licenciamento, exsurge o direito ao tratamento médico adequado, mantendo-o na ativa (em caso de incapacidade temporária) ou procedendo à sua reforma (quando configurar caso de incapacidade definitiva).

O caso dos autos tem uma sutil diferença, porque o militar ainda não foi licenciado, mas entende que, por conta da moléstia de que é portador, teria direito à reforma ex officio.

Dito isso, verifico que a solução da controvérsia passa pela análise dos dispositivos legais que regulam os atos de reforma e de licenciamento, previstos na Lei n. 6.880, de 09.12.1980, *verbis*:

(...)

Analisando os dispositivos supracitados verifico que, para o deferimento da reforma remunerada, no caso do militar que sofreu lesão ou moléstia durante a prestação do serviço militar (com exceção daquelas elencadas nos incisos V e VI do art. 108), a incapacidade deve ser definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas e a lesão ou moléstia que a originou deve ter relação de causa e efeito com o serviço militar, devido a condições da própria atividade ou em decorrência de acidente de serviço.

Ainda, nos termos do § 1º do artigo 110 da Lei n. 6.880/80, o militar deve ser reformado “ex officio” com a remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação imediatamente superior ao que ocupava, quando, nas hipóteses dos incisos III, IV e V do art. 108, a incapacidade for considerada definitiva e for militar incapaz para qualquer trabalho.

Por outro lado, sendo constatada lesão ou enfermidade temporária durante o período de engajamento, deve, então, o militar permanecer agregado ou adido às Forças Armadas, sendo-lhe prestado todo auxílio pertinente ao tratamento médico-hospitalar, bem como devendo perceber remuneração equivalente ao posto ou grau hierárquico que ocupava na ativa, conforme reza o art. 149, do Decreto 57.654/66, *in verbis*:

(...)

Em síntese:

a) A legislação (L 6.880/80, art. 106) distingue incapacidade definitiva para o serviço ativo militar (apenas) e invalidez (equivalente à incapacidade para o serviço ativo militar e para todas as demais atividades laborais civis).

b) O militar, temporário ou não, tem direito à reforma quando julgado, no mínimo, incapaz definitivamente para o serviço ativo militar, desde que a incapacidade derive do exercício da função, vale dizer, nexo causal com as atividades militares nas hipóteses (L 6.880, art. 108, I, II, III, IV): I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública; II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações; III - acidente em serviço; IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço. A remuneração, nas duas primeiras hipóteses (I e II) ou no caso de invalidez (L 6.880, art. 110), é calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que o militar possuía na ativa.

c) O militar, temporário ou não, tem direito à reforma, independentemente do nexos causal, quando acometido das seguintes moléstias (L 6.880, art. 108, V): tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias indicadas pela lei.

d) No que respeita às enfermidades ou moléstias sem relação de causa e efeito com o serviço (fora das hipóteses acima), a lei dá tratamento diverso aos militares temporários e aos que possuem estabilidade assegurada: aos militares estáveis, assegura-se a reforma desde que presente a incapacidade para o serviço ativo (a remuneração é calculada proporcionalmente ao tempo de serviço); aos temporários, além da incapacidade, a concessão do benefício depende do reconhecimento da invalidez, ou seja, incapacidade laboral para toda e qualquer atividade na vida civil (remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação que ocupava na ativa).

Do presente caso

No caso específico da moléstia que acomete o autor, a Lei n. 7.670/88 prevê a concessão de reforma militar para os portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, fazendo remissão ao art. 108, inciso V, acima citado:

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - a concessão de:

(...)

c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980;

Durante a instrução, foi realizada perícia médica com o intuito de averiguar as condições físicas do autor e eventuais limitações ao labor. Na oportunidade, foi elaborado laudo pericial cuja parte conclusiva é ora reproduzida por ser pertinente ao deslinde da ação (E21):

Diagnóstico da doença:

1 - Estado de infecção assintomática pelo vírus da imunodeficiência humana (Cid 10 - Z21)

Prognóstico e tipos de tratamentos indicados:

O autor não apresenta sinais e sintomas de que esteja com complicações da soropositividade para o HIV. Portanto, permanecendo em tratamento contínuo e gratuito, deverá continuar sem a doença da imunodeficiência humana adquirida (AIDS), desde que não contraia um tipo diferente de HIV.

Como visto, o laudo pericial acostado nos autos constatou que a parte autora é portadora do vírus HIV, mas sem a doença AIDS ou SIDA. E mais importante: não foi constatada incapacidade decorrente de tal moléstia, pois as conclusões do perito em que sugeriu alguma incapacidade, estiveram baseadas num sintoma alegado pela parte autora, a fadiga, mas não na moléstia.

Assim sendo, a pretensão de reforma resta fulminada, uma vez que as conclusões da perícia coadunam-se com a recente jurisprudência sobre o tema construída no âmbito do TRF da 4ª Região. Veja-se:

Administrativo. Militar. Portador assintomático do vírus HIV. Reforma. Ausência de incapacidade. 1. O fato de ser portador de HIV não enseja automaticamente a concessão de reforma ou sequer a reintegração como adido para tratamento de saúde, não sendo o estigma social ou a discriminação fatores autorizadores da concessão destes benefícios militares. 2. A evolução da medicina nesta área trouxe muitos avanços para a qualidade de vida das pessoas portadoras de HIV, o que, inclusive, contribuiu para que em grande parte dos casos a pessoa mantenha a plena capacidade laboral. 3. Neste contexto, não basta apenas demonstrar que está acometido pela doença, mas que tal moléstia enseja a incapacidade para o exercício das atividades laborais. 4. Não comprovado que o autor é inválido ou está incapacitado para a atividade militar, indevida a concessão de reforma militar. (TRF4, AC 5003160-68.2016.4.04.7103, Terceira Turma, Relatora para Acórdão Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 03/04/2018)

Administrativo. Militar. Portador assintomático do vírus HIV. Reforma. Impossibilidade. Artigo 1º da Lei 7.670/88. Incapacidade

para o serviço militar. não demonstração. Diante do contexto normativo vigente, do atual estágio das Ciências Médicas e da disponibilização de tratamento eficaz pelo Sistema Público de Saúde, a compreensão mais adequada da legislação de regência, tanto em relação aos trabalhadores civis como aos militares, é de que a concessão de aposentadoria por invalidez ou reforma militar pressupõe a existência de uma real incapacidade laborativa, a ser aferida em cada caso concreto. In casu, não restou comprovada a incapacidade definitiva para o serviço castrense, a inviabilizar o pedido de reforma militar. (TRF4 5010081-61.2016.4.04.7000, Quarta Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 24/11/2017)

Administrativo. Militar. Infecção por HIV. Reforma. Ausência de incapacidade. Artigo 1º da Lei 7.670/88. 1) *Diante do atual estágio das Ciências Médicas, da disponibilização de tratamento eficaz pelo Sistema Público de Saúde e de uma compreensão mais adequada da legislação de regência, tanto em relação aos trabalhadores civis como aos militares, se entende que o diagnóstico de vírus HIV não constitui, por si só, causa suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez ou reforma militar. 2) O pressuposto lógico para a concessão de reforma é a existência de uma real incapacidade laborativa, que inexistente no caso dos autos. (TRF4, AC 5003678-67.2016.404.7100, Quarta Turma, Relator Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 08/09/2017)*

Improcede, portanto, o pedido de reforma e, por consequência, o pedido já indeferido em sede de antecipação de tutela de impedimento ao seu licenciamento (Evento 48 - SENT1).

Cabe acrescentar fundamentação trazida nos autos da AC n. 5012469-25.2016.4.04.7100/RS pela i. Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, à qual me filio, no sentido de que, diante do atual contexto normativo, do atual estágio das Ciências Médicas e da disponibilização de tratamento eficaz pelo SUS, a compreensão mais adequada da legislação de regência, tanto em relação aos trabalhadores civis, como aos militares, é no sentido de que o diagnóstico de vírus HIV não constitui, por si só, causa suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez ou reforma militar - as quais pressupõem a existência de uma real incapacidade laborativa a ser aferida em cada caso concreto.

Reproduzo o r. voto:

Em que pese a existência de precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.198.111/RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 07/05/2012) e desta Corte (AC/RN 5005937-96.2016.4.04.7112, Quarta Turma, minha Relatoria, julgado em 1º/02/2017; AC/RN 5006166-

91.2013.404.7102, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 15/05/2015) no sentido de que o militar portador de HIV, ainda que assintomático, faz jus à reforma, impõe-se uma reapreciação da matéria, em face da evolução da Medicina nas últimas décadas e da exigência de coerência interna do próprio ordenamento jurídico.

O artigo 1º da Lei n. 7.670/88 dispõe que:

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, *causa que justifica*:

I - a concessão de:

a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952;

b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea b, da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952;

c) *reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980;*

(...)

Em contrapartida, inúmeras outras normas visam a assegurar o ingresso e permanência de portadores do vírus HIV *no mercado de trabalho*: (i) a Lei n. 9.029/95, que proíbe a adoção de prática discriminatória e limitativa ao acesso e manutenção de emprego; (ii) a Portaria Interministerial n. 869/92 (firmada pelos Ministros da Saúde, do Trabalho e da Administração), que veda a realização de testes de HIV em exames pré-admissionais e periódicos de saúde no âmbito do serviço público federal; (iii) a Portaria n. 1.246/2010, do Ministério do Trabalho e Emprego, que proscree a realização de tais testes em exames ocupacionais e admissionais, e (iv) a Portaria n. 1.927/2014, do Ministério do Trabalho e Emprego, que ratifica essa orientação e estabelece outras diretrizes para o combate à discriminação relacionada ao HIV e à AIDS nos locais de trabalho. Há, ainda, a Recomendação da Organização Mundial de Saúde e da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na 99ª Sessão, em 02/06/2010, no sentido de que eles não podem ser prejudicados em eventual reingresso no mercado de trabalho.

No âmbito das Forças Armadas, os militares de carreira assintomáticos são mantidos em serviço ativo, com algumas adaptações, nos termos das Normas Técnicas sobre Perícias Médicas no Exército (Portaria n. 247-DGP, de 07 de outubro de 2009); e, na esfera cível, o trabalhador, segurado do Regime Geral da Previdência Social, não tem direito à aposentadoria por invalidez tão só pelo fato de ser soropositivo, de acordo com a Resolução n. 416, do INSS, de 04 de junho de 2014.

Outro aspecto relevante a salientar é que, após a edição da Lei n. 9.313/96, o Ministério da Saúde passou a disponibilizar tratamento antirretroviral para todos os portadores do vírus HIV, com base em recomendações terapêuticas atualizadas, revistas e publicadas periodicamente.

Atualmente, se o portador do vírus HIV realiza o tratamento médico adequado - o qual, frise-se, é oferecido gratuitamente pela rede pública de saúde -, há a possibilidade de controle da enfermidade, que, estabilizada, não evolui.

Diante desse contexto normativo, do atual estágio das Ciências Médicas e da disponibilização de tratamento eficaz pelo Sistema Público de Saúde, a compreensão mais adequada da legislação de regência, tanto em relação aos trabalhadores civis como aos militares, é de que *o diagnóstico de vírus HIV não constitui, per se, causa suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez ou reforma militar* - cujo pressuposto lógico é a existência de uma real incapacidade laborativa, a ser aferida em cada caso concreto.

Em um ordenamento jurídico que prima pela unidade e coerência interna, as antinomias aparentes devem ser superadas, mediante a interpretação sistemática de suas normas. Vale dizer, se, por um lado, *os portadores de HIV assintomáticos não podem ser* (i) alvo de qualquer prática discriminatória e/ou limitativa ao acesso e manutenção de vínculo de trabalho, (ii) submetidos a testes de HIV em exames pré-admissionais e periódicos de saúde, no âmbito do serviço público federal, (iii) prejudicados em eventual reingresso no mercado de trabalho, e (iv) *excluídos do serviço ativo militar*; por outro, não são considerados, aprioristicamente, inválidos, para fins de reforma ou aposentadoria por invalidez. *Com efeito, a interpretação teleológica da norma insculpida no artigo 1º da Lei n. 7.670/88, editada há quase trinta anos, conduz à conclusão de que o direito nela assegurado - aposentadoria por invalidez ou reforma militar - pressupõe o implemento de dois requisitos cumulativos: (i) estar acometido de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) sintomático e (ii) da doença decorrer incapacidade definitiva para o exercício de atividade laboral, a ser apurada por meio de perícia médica, sendo insuficiente a mera indicação da presença do vírus HIV em exame laboratorial.*

In casu, o caráter *assintomático* da moléstia - aventado pela União - restou incontroverso do conjunto probatório dos autos. Diante de tais circunstâncias e do *atual entendimento desta Corte*, entendo que o pleito de reforma da parte autora não merece prosperar.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desta forma, não comprovado que o autor é inválido ou está incapacitado para a atividade militar, descabida a pleiteada reforma, ressaltando a possibilidade de novo pleito administrativo se, e quando, alterada a sua situação médica.

Do dano moral e do assédio moral

(...)

No caso dos autos, entretanto, *não há prova de que o autor tenha sido submetido a esforço físico ou situação que possa ter colocado sua vida em risco ou que tenha lhe causado sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico.*

Correta a conclusão, portanto, no sentido de que *não restou evidenciada situação que pudesse configurar assédio moral, não restando caracterizada perseguição por parte de superior hierárquico, razão pela qual não há supedâneo para a pleiteada indenização por danos morais em virtude de assédio moral.*

Assim, apreciada a matéria aqui debatida, e considerada a prova produzida, infiro que *a sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos também em relação ao indeferimento da indenização por dano moral, in verbis:*

(...)

Honorários advocatícios

(...)

No caso, levando em conta o trabalho adicional realizado nesta Instância “no sentido de manter a sentença de improcedência”, a verba honorária deve ser majorada.

Assim sendo, em atenção ao disposto no art. 85, § 2º c/c §§ 3º e 11, do novo CPC, majoro a verba honorária de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento), devendo incidir sobre o valor da causa. Suspensa a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3º, do CPC, por gozar a parte autora do benefício da gratuidade da justiça.

Do prequestionamento

Em face do disposto nas súmulas n. 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explícito que a decisão não contraria nem nega vigência às disposições legais/constitucionais prequestionadas pelas partes.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação (fls. 398/409e).

A parte autora, ora recorrente, em 24/09/2019, sustenta – como relatado – violação aos arts. 104, II, 106, II – anteriormente às alterações neles introduzidas pela Lei 13.954, de 16/12/2019 –, 108, V, da Lei 6.880/80 e 1º, I, c, da Lei 7.670/88, ao entendimento de que, “no aspecto jurídico relacionado ao instituto da reforma, tem-se que a Lei n. 6.880/1980 estipula ser caso de Reforma, se constatado, concomitante com entendimento do Artigo 108, V. No caso em tela, faz-se o uso da inteligência da Lei n. 7.670, de 8 de setembro de 1988,

que no seu artigo 1º, inciso I, alínea 'c', ampara os portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, configurando a estes a incapacidade necessária para a Reforma. Insta destacar que *a referida legislação não faz distinção entre militares do serviço ativo das Forças Armadas e outras modalidades de vínculo, sem traçar qualquer distinção entre militares conscritos, temporários e de carreira*" (fl. 427e).

II- Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

II.1. Militar assintomático portador do vírus HIV. Direito à reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas

Como esclarecido, a questão ora analisada consiste em definir se o militar diagnosticado como portador do vírus HIV tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, *independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS*, com remuneração calculada *com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que possuía na ativa*.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou, especificamente, o regime jurídico dos militares das Forças Armadas, em seus arts. 142 e 143, salientando a diferenciação dos militares em relação aos servidores públicos civis e demais profissionais a serviço do Estado ou mesmo em relação aos trabalhadores em geral.

O art. 142, § 3º, VIII, da Constituição Federal enumera quais regras dos servidores públicos e trabalhadores em geral aplicam-se aos militares, o que demonstra que o regime jurídico relativo aos militares é bem diverso do previsto para os demais profissionais. O mesmo art. 143, § 3º, X, da Lei Maior também estabelece a necessidade de lei específica para disciplinar os direitos e deveres dos militares, "*consideradas as peculiaridades de suas atividades*", ao estipular, *in verbis*:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

(...)

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998)

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998)

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998)

(...)

VIII - *aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea 'c';* (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 77, de 2014)

(...)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e *outras condições de transferência do militar para a inatividade*, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, *consideradas as peculiaridades de suas atividades*, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998).

O texto constitucional considera, pois, que há peculiaridades próprias da carreira militar.

A principal legislação que disciplina a carreira militar é a Lei 6.880, de 09/12/80, o Estatuto dos Militares, que – à exceção de preceito legal específico (STF, RE 600.885 - RG, Rel. Ministra *Cármen Lúcia*, *Tribunal Pleno*, DJe de 01/07/2011) –, no que interessa ao presente julgamento, foi recepcionada pela atual Constituição de 1988, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na forma do art. 94 da Lei 6.880/80, são formas de *exclusão* do serviço ativo das Forças Armadas:

Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos:

I - transferência para a reserva remunerada;

II - *reforma*;

III - demissão;

- IV - perda de posto e patente;
- V - licenciamento;
- VI - anulação de incorporação;
- VII - desincorporação;
- VIII - a bem da disciplina;
- IX - deserção;
- X - falecimento; e
- XI - extravio.

§ 1º O militar excluído do serviço ativo e desligado da organização a que estiver vinculado passará a integrar a reserva das Forças Armadas, exceto se incidir em qualquer dos itens II, IV, VI, VIII, IX, X e XI deste artigo ou for licenciado, *ex officio*, a bem da disciplina.

§ 2º Os atos referentes às situações de que trata o presente artigo são da alçada do Presidente da República, ou da autoridade competente para realizá-los, por delegação.

Nesse ponto, vale discorrer sobre a diferença entre cada uma dessas formas de exclusão do serviço ativo das Forças Armadas, consoante bem definido por CIRELENE DE ASSIS, na obra “Estatuto dos Militares Comentado” (coordenador Jorge César de Assis, Juruá, p. 289/290):

Transferência para a reserva remunerada. É o ato de passagem do militar à situação de inatividade, mediante transferência para a reserva remunerada. Efetua-se a pedido (quando o militar contar com no mínimo 30 anos de serviço) ou *ex officio*, quando atingir os limites de idade estabelecidos em lei (...).

Reforma. É o ato que dispensa, definitivamente, o militar da prestação do serviço na ativa, mas permite que ele continue a perceber remuneração da União. Pode ocorrer em razão do implemento da idade estabelecida em lei ou em decorrência de problemas de saúde que geram a incapacidade definitiva para o serviço militar. *Mutatis mutandis* equivale a aposentadoria do serviço público.

(...)

Demissão. Não constitui penalidade imposta ao militar. O instituto não poderá ser aplicado às praças. A demissão das Forças Armadas, aplicada exclusivamente a oficiais, poderá ocorrer a pedido ou *ex officio*.

Perda de posto ou patente. Da mesma forma que a demissão, o instituto ora examinado somente é aplicado a oficiais. O Estatuto dos Militares anota que oficial perderá o posto ou a patente se for declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, por decisão do Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra, em decorrência de julgamento a que for submetido (...).

Licenciamento. É o ato de exclusão do militar temporário do serviço ativo de uma Força Armada, após o tempo de Serviço Militar, com a sua inclusão na reserva não remunerada.

Anulação da Incorporação. É a correção por parte da administração militar de um ato viciado e ocorrerá, em qualquer época, nos casos que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionadas com a seleção.

Desincorporação. É ato de exclusão do militar temporário do serviço ativo de uma Força Armada antes de completar o tempo do Serviço Militar, ressalvados os casos de anulação da incorporação, expulsão e deserção. A desincorporação poderá ocorrer ainda, nos casos de incapacidade física ou mental definitiva, quando o militar não tiver direito a reforma. A desincorporação é uma das formas de interrupção do serviço militar e está prevista no § 2º, do art. 31, da Lei 4.375/1964 (Lei do Serviço Militar).

A bem da disciplina. A exclusão a bem da disciplina será aplicada *ex officio* ao Guarda de Marinha, ao Aspirante a Oficial ou à praças com estabilidade assegurada, portanto, tem aplicação apenas a militares de carreira (...).

(...)

Deserção. É crime propriamente militar, cuja repercussão administrativa é a interrupção do serviço militar, com a consequente demissão *ex officio* para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.

Falecimento. O militar da ativa que vier a falecer será excluído do serviço ativo e desligado da organização a que estava vinculado, a partir da data da ocorrência do óbito.

Extravio. O extravio de militar na ativa acarreta interrupção do serviço militar, com o consequente afastamento temporário do serviço ativo, a partir da data em que for oficialmente considerado extraviado.

Dentro do conjunto dos militares em serviço ativo, há militares de carreira e temporários, consoante dispõe o art. 3º, §§ 1º a 3º, da Lei 6.880/80:

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, *formam uma categoria especial de servidores da Pátria* e são denominados militares.

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) *na ativa:*

I - *os de carreira;*

II - *os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos;*

[II - os temporários, incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar, obrigatório ou voluntário, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar ou durante as prorrogações desses prazos; (Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019)]

III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

IV - os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e

V - em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

(...)

§ 2º *Os militares de carreira são os da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida.*

[§ 2º Os militares de carreira são aqueles da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade, assegurada ou presumida, ou estabilidade adquirida nos termos da alínea “a” do inciso IV do caput do art. 50 desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019)]

[§ 3º Os militares temporários não adquirem estabilidade e passam a compor a reserva não remunerada das Forças Armadas após serem desligados do serviço ativo. (Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)].

Na obra anteriormente citada, já considerando as alterações promovidas na Lei 6.880/80 pela Lei 13.954/2019, JEFFERSON AUGUSTO DE PAULA ainda esclarece:

Dessa forma, consideram-se militares:

a) *Na ativa*: aqueles que, uma vez ingressos nas Forças Armadas, seja para prestação de serviço militar, por convocação ou após a aprovação em concurso público, não foram submetidos a nenhum dos processos de exclusão de que trata o art. 94 deste Estatuto ou, se excluídos, retornaram à atividade em virtude de reinclusão, designação ou mobilização.

l) *De carreira*: na forma do § 2º deste dispositivo, são militares de carreira os da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida, ou que, de acordo com a nova redação do dispositivo, inserida pela Lei 13.954/2019, adquiriram estabilidade, nos termos do art. 50, IV, do próprio Estatuto.

(...)

II) *Temporários*: de outro lado, considera-se temporária a praça ou o oficial selecionados para prestação de serviço militar obrigatório ou voluntário. Mais uma vez, a Lei 13.954/2019, ao alterar a redação do art. 3º, § 1º, alínea “a”, inc. II, explicitou

o conceito descrito, ao prever expressamente o termo “temporário”, além de ratificar que comporão o serviço ativo durante os prazos previstos na legislação vigente que trata do serviço militar e respectivas prorrogações.

Nesse contexto, a Lei 6.391, de 09.12.1976, que dispõe sobre o Pessoal do Ministério do Exército, em que pese se encontrar um tanto quanto defasada, prevê, em seu art. 3º:

Art. 3º. O Pessoal Militar da Ativa pode ser de Carreira ou Temporário:

(...)

I - O Militar de Carreira é aquele que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tem vitaliciedade assegurada ou presumida.

II - O Militar Temporário é aquele que presta o serviço militar por prazo determinado e destina-se a completar as Armas e os Quadros de Oficiais e as diversas Qualificações Militares de praças, conforme for regulamentado pelo Poder Executivo.

A principal consequência da temporariedade se refere à forma de colocação na reserva das Forças Armadas, uma vez que o militar que não seja de carreira, quando do licenciamento, não receberá proventos dos cofres públicos, em que pese permanecer no efetivo convocável e mobilizável.

(...)

III) Convocados, reincluídos, designados ou mobilizados: trata-se de hipóteses de cidadãos que, tendo prestado o serviço ativo enquanto militares de carreira ou temporários, bem como aqueles que foram dispensados da incorporação na forma da Lei 4.375/1964 e seu regulamento, retornam ou são convocados para o exercício da atividade nas Forças Armadas, passando a ostentar a condição de militar da ativa.

(...)

IV) Aluno de Órgão de Formação de militares da ativa e da reserva: se refere aos alunos de Escolas Militares, Órgãos de Formação de Oficiais e Praças da Reserva e demais Unidades com atribuição de formação básica de militares de carreira e daqueles que comporão a reserva não remunerada das Forças Armadas.

(...)

V) Cidadão mobilizado em tempo de guerra:

(...)

b) Na inatividade: a inatividade corresponde a situação do militar que foi excluído do serviço ativo por uma das hipóteses constantes nos incs. I, II, III, V e VII do art. 94 desta norma. Nesses casos, poderá ser enquadrado como da reserva remunerada, não remunerada ou reformado (ob. cit. p. 47/54).

O debate objeto do presente julgamento gira em torno da exclusão do militar em virtude de reforma por incapacidade definitiva, disciplinada no art. 108, V, da Lei 6.880/80.

A reforma dos militares está disciplinada nos arts. 104 a 111 da Lei 6.880/80 e consiste na passagem do militar, definitivamente, para a inatividade, por idade, *doença* ou acidente. Em regra, na reforma, não há possibilidade de retorno ao serviço ativo, como se dá no caso do militar que passa para a reserva, a qual pode ser ou não remunerada, enquanto a reforma sempre se dá com remuneração.

Assim, a reforma pode ser a pedido, *ex officio*, por idade, por incapacidade ou por sanção ao militar, a última nas hipóteses relacionadas no art. 106, IV, V e VI, da Lei 6.880/80.

O art. 106, II e III, da Lei 6.880/80 trata da reforma por incapacidade definitiva, da seguinte maneira:

Art. 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que (redação anterior à Lei 13.954/2019):

[Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que: **(Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

(...)

II - for julgado *incapaz, definitivamente*, para o serviço ativo das Forças Armadas; **(Redação anterior à Lei 13.954/2019)**

[II - se de *carreira*, for julgado **incapaz, definitivamente**, para o serviço ativo das Forças Armadas; **(Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

[II-A. se **temporário**: **(Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

[a] for julgado **inválido**; **(Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

[b] for julgado *incapaz, definitivamente*, para o serviço ativo das Forças Armadas, quando enquadrado no disposto nos incisos I e II do caput do art. 108 desta Lei; **(Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

III - estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável;

O art. 108 da Lei 6.880/80 – não alterado pela Lei 13.954/2019 – traz as hipóteses de incapacidade definitiva:

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

- I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;
- II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;
- III - acidente em serviço;
- IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;
- V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e (Redação dada pela Lei n. 12.670, de 2012)
- VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

§ 1º Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

§ 2º Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida à regulamentação específica de cada Força Singular.

Observa-se que, enquanto os incisos I a IV do art. 108 da Lei 6.880/80, acima transcritos, tratam da incapacidade definitiva do militar em situações que guardam relação de causa e efeito com a atividade militar, e o inciso VI cuida de casos em que não há esse nexo de causalidade com o serviço militar, o seu inciso V aponta *doenças* especialmente graves, com ou sem causalidade com o serviço militar, prevendo, ainda, a possibilidade de outras leis especificarem outras moléstias, como é o caso da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, prevista no art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, que assim estabelece:

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - a concessão de:

- a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952;
- b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea b, da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952;

c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980;

d) pensão especial nos termos do art. 1º da Lei n. 3.738, de 4 de abril de 1960;

e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes;

II - levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

Parágrafo único. O exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover.

A controvérsia dos presentes autos ocorre em relação ao portador *assintomático* do vírus HIV, ou seja, em relação àquele militar cujos sintomas da aludida síndrome ainda não se desenvolveram na forma mais grave da doença.

O Superior Tribunal de Justiça, há muito, vem considerando que o militar portador do vírus HIV, *independentemente do grau de desenvolvimento da doença*, tem direito à reforma *ex officio*, por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, nos termos do art. 108, V, da Lei 6.880/80, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior.

Por ocasião do julgamento dos EREsp 670.744/RJ, no âmbito da Terceira Seção, em 09/05/2007, o Ministro *Arnaldo Esteves Lima* assim deduziu, para rejeitar os Embargos de Divergência, opostos pela *União*:

O acórdão embargado decidiu que o militar portador do vírus HIV tem direito à concessão de reforma ex officio por incapacidade definitiva, com proventos correspondentes ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa. Assentou, quanto ao grau de desenvolvimento da doença, ser "irrelevante se o militar é portador do vírus HIV ou se já desenvolveu a doença. De fato, a Lei n. 7.670/88 não distinguiu tais situações, de modo que não cabe ao intérprete fazê-lo, aplicando-se o brocardo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" (fl. 150).

Por sua vez, o acórdão apontado como paradigma (REsp 635.785/RJ, Rel. Min. **Gilson Dipp**, Quinta Turma, DJ de 2/8/04), negou mencionado direito ao militar portador do vírus HIV porque constatado, nas instâncias ordinárias, que ele "não foi considerado inválido para todo e qualquer tipo de trabalho" (fl. 167).

Daí a divergência. Para o acórdão embargado, basta o militar ser portador do vírus HIV para ter direito à reforma com proventos no grau hierárquico superior.

Para o paradigma, mencionada reforma depende do grau de desenvolvimento da doença, quer dizer, tão-somente ocorrerá quando demonstrada a invalidez para todo e qualquer serviço.

Passo à transcrição dos dispositivos infraconstitucionais que regem a matéria.

Dispõe a Lei 6.880/80, que trata do Estatuto dos Militares:

Art. 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que:

.....

II – *for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas.*

Art. 108. A *incapacidade definitiva* pode sobrevir em conseqüência de:

.....

V – *tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada.*

Art. 110. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I e II do artigo 108 *será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa.*

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando, verificada a *incapacidade definitiva*, *for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.* (grifos nossos)

Por meio da Lei 7.670/88, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS passou a figurar no rol da doenças que ensejam incapacidade definitiva, de que trata o inciso V do art. 108 da Lei 6.880/80, consoante se verifica abaixo:

Art. 1º. A *Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS)* fica considerada, para os efeitos legais, *causa que justifica:*

I – a concessão de:

.....

c) *reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980;* (grifos nossos)

Não obstante os fundamentos do acórdão apontado como paradigma, *entendo que deve prevalecer a tese exposta no acórdão embargado.*

*Transcrevo o seguinte excerto do voto condutor do julgado, proferido pelo Ministro **Hélio Quaglia Barbosa**, que, como sempre, abordou com proficiência a matéria, principalmente no que se refere aos seus aspectos sociais (fl. 146):*

2. Antes de adentrar no mérito do recurso, impende ressaltar que, como se sabe, a AIDS é uma doença incurável, magraldo os esforços que a comunidade científica envida para encontrar a sua cura. Logo, o portador do vírus HIV, quando ciente dessa condição, passa a redobrar os cuidados com a saúde, objetivando não se expor às doenças ditas oportunistas, que são aquelas que atingem as pessoas com imunodeficiência.

Outro fator que inarredavelmente deve ser colocado, a fim de compreender a perda de capacidade laborativa do portador do vírus da AIDS, é o psicológico, pois, a par de todos os flagelos físicos que porventura experimentará, a pessoa, que achava gozar de plena saúde, passa, de uma hora para a outra, a sofrer a dor psicológica de conviver com a morte iminente.

Gize-se, em remate, que o mercado de trabalho nos dias atuais não oferece tantos postos de trabalho quantos seriam necessários para promover o bem estar social, mantendo o nível de desemprego elevado; problema esse que não atinge somente os países subdesenvolvidos, mas, sobretudo, aqueles inseridos na economia globalizada, o que torna a busca por emprego uma rigorosa e cruel seleção natural, onde, sabidamente, os portadores do vírus HIV levam enorme desvantagem.

O Judiciário, em sua função precípua, deve levar em conta todas essas circunstâncias, assim como ter em mente a vida como ela se apresenta, para que possa, dessa forma, exercer com acerto o seu mister.

Com efeito, em se tratando da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS/ SIDA, doença incurável, que se manifesta após a infecção do organismo pelo vírus HIV, é latente, oculto, o potencial de agravamento da saúde do indivíduo. Qualquer doença oportunista – infecções, pneumonia, etc – pode conduzir ao óbito.

Ademais, os indivíduos acometidos dessa enfermidade, como é do conhecimento geral, permanecem, infelizmente, sendo vítimas de preconceito, mormente no que se refere ao mercado de trabalho.

É oportuno registrar que a Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, considera a AIDS doença grave, que conduz à aposentadoria por invalidez com proventos integrais, e não proporcionais, consoante se verifica nos seguintes dispositivos:

(...)

Com efeito, guardadas as características de cada carreira, o fato é que a AIDS, por ser considerada doença grave, enseja aposentadoria por invalidez com

proventos integrais para o servidor público civil, não discorrendo a Lei 8.112/90 a respeito do grau de incapacidade do enfermo ou de desenvolvimento dessa doença para assegurar proventos integrais. Por conseguinte, constitui um fator objetivo para a obtenção do benefício.

Entendo que raciocínio idêntico deve ser adotado em relação aos militares. *Por ser uma doença grave, como é, tanto para civis quanto para militares, a reforma, que no caso é ex officio, deve ocorrer com proventos correspondentes ao grau hierárquico imediato.*

O próprio fato de o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis prever a aposentadoria por invalidez com proventos integrais para quem estiver acometido da doença em tela reforça o entendimento, exposto no voto proferido no acórdão embargado, no sentido da dificuldade de nova colocação do portador do vírus HIV no mercado de trabalho, demonstrando, em tese, sua incapacidade permanente para qualquer labor.

Acrescento que, no Regime Geral de Previdência Social, a AIDS também enseja aposentadoria por invalidez, consoante ensina Sérgio Martins (*Direito da Seguridade Social*, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, pp. 318/319), para quem a nossa legislação aproxima-se do conceito de invalidez da Organização Internacional do Trabalho - OIT relacionado à perda de capacidade para qualquer trabalho:

A OIT considera que as legislações nacionais têm três conceitos de invalidez: (a) invalidez física, que envolve a perda total ou parcial de qualquer parte do corpo ou de faculdade física ou mental; (b) invalidez profissional, que é a impossibilidade de a pessoa continuar trabalhando na atividade que anteriormente exercia; (c) invalidez geral é a perda da capacidade de ganho pela impossibilidade de aproveitamento de qualquer oportunidade de trabalho. Nossa legislação está mais próxima da última hipótese. (grifos nossos)

Ademais, a Lei 8.213/91, em seu art. 42, § 2º, preconiza que a doença pré-existente à submissão ao Regime Geral de Previdência Social impede a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença, demonstrando, mais uma vez, a dificuldade do portador do vírus HIV em empregar-se, consoante se verifica abaixo:

(...)

De outra parte, o portador do vírus HIV – não obstante o conhecido, mas nem sempre presente, auxílio do Poder Público – possui gastos elevados com aquisição de medicamentos, buscando, inevitavelmente, aqueles providos de maior eficácia no combate à doença. *Nesse cenário, a reforma do militar com proventos correspondentes ao grau hierárquico imediato vem com o desiderato de suprir essa premente necessidade.*

Impõe-se ressaltar o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, segundo o qual: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O entendimento que ora se adota, vale frisar, refere-se exclusivamente aos portadores do vírus HIV. Por conseguinte, não se está afastando a necessidade de que o militar comprove, com a finalidade de que seja reformado com base no soldo do grau hierárquico imediato, a incapacidade para todo e qualquer trabalho quando acometido das demais doenças previstas na legislação de regência.

Desse modo, o militar portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS/SIDA), tem direito à concessão da reforma ex officio por incapacidade definitiva, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa.

Confira-se a ementa:

Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Militar. Portador do vírus HIV. Reforma ex officio por incapacidade definitiva. Proventos no grau imediato. Cabimento. Rejeição.

1. O militar portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS/SIDA), tem direito à concessão da reforma ex officio por incapacidade definitiva, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa.

2. Embargos de divergência rejeitados (STJ, EREsp 670.744/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJU de 21/05/2007).

Interessante artigo de autoria de LUIZ SÁVIO SALGADO BRANDÃO (Tenente-Coronel médico do Gabinete de Comando do Exército) – publicado na Revista CEJ, de out/dez de 2006, relativo a conferência proferida em fórum de debates promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 5 a 7 de outubro de 2006 –, após a edição da Portaria Normativa 1.174, de 06/09/2006, do Ministério da Defesa, ao defender a realização de exame de sangue pré-admissional para a incorporação ao Exército ou como exame de rotina para avaliação da saúde dos militares, assim ponderou acerca da realidade dos militares portadores do vírus HIV, destacando, ainda, que a Lei 7.670/88 “não distinguiu se o militar é portador do vírus HIV ou se já desenvolveu a doença”, *in verbis*:

A profissão militar tem revelado, na grande aventura humana, aspectos de marcante singularidade, na razão em que os países sempre perceberam, em suas

Forças Armadas, o elemento final – a última ratio –, para a preservação de seus interesses vitais.

A existência e o futuro das nações dependem, fundamentalmente, da capacidade de suas Forças Armadas sustentarem as decisões estratégicas dos Estados, bem como de atuarem contra as ameaças à soberania nacional destes.

Para cumprir com eficácia e eficiência sua missão constitucional, é necessário que elas tenham recursos materiais e humanos altamente qualificados, treinados, motivados, bem equipados e, principalmente, de boa saúde, ou seja, militares hígidos em sua plenitude, desde o seu processo de admissibilidade, e aptos ao cumprimento das funções que tiverem que desempenhar.

Desnecessário dizer que, durante toda a sua carreira, o militar convive com riscos.

Nos treinamentos, na vida diária da caserna ou em hipóteses de conflito, a possibilidade iminente de um dano físico ou da morte é um fato permanente na profissão das armas.

As atribuições do militar ao longo de sua carreira, não só por ocasião de eventuais conflitos armados, para os quais deve estar sempre preparado, mas também em tempo de paz, exigem-lhe, por conseguinte, um elevado nível de saúde física e mental. São horas e horas de trabalho nos quartéis, em acampamentos, exercícios no terreno, serviços de escala, treinamento físico etc. muitas vezes em condições adversas e bastante extenuantes, ou seja, se não dispuser de uma boa condição de saúde, além de não conseguir acompanhar adequadamente tais atividades próprias da vida militar, poderá ter a sua saúde comprometida de alguma forma, com graves e importantes repercussões para o seu organismo e qualidade de vida, presente e futura.

Para detectarem-se possíveis anormalidades, ele é submetido, durante toda a sua vida militar, do momento em que ingressa até ser transferido para a reserva (em condições normais, após trinta anos de serviço ou por atingir a idade-limite prevista para o posto ou graduação), a periódicos exames médicos e testes de aptidão física, que condicionam a sua permanência no serviço ativo, desde que permaneça apto para o serviço do Exército, sem nenhuma patologia suscetível de causar-lhe incapacidade ou invalidez.

Considera-se, do ponto de vista da legislação médico-pericial do Exército, a incapacidade como sendo a perda definitiva pelo militar das condições mínimas de saúde necessárias à sua permanência no serviço ativo. Por invalidez, entende-se a perda definitiva das condições mínimas de saúde necessárias para o exercício de qualquer atividade laborativa, civil ou militar.

A condição militar, portanto, submete o profissional a exigências muito peculiares, que não são impostas, na sua totalidade, a nenhum outro servidor do Estado. Dentre elas, vale lembrar: risco de vida permanente; sujeição a situações fáticas geradoras de estresse físico e emocional; disponibilidade permanente para o cumprimento das missões; vigor físico e vínculo com a profissão, mesmo na inatividade (reserva), em

face da possibilidade de mobilização em situações específicas e legalmente previstas em nosso ordenamento jurídico.

Estar “apto para o serviço militar”, comprovado por meio de inspeção de saúde, pressupõe a idéia de se ter uma boa condição de robustez física e saúde mental, não sendo a pessoa portadora de nenhuma patologia grave, capaz de comprometer o desempenho específico da atividade militar, com as suas diversas nuances, anteriormente salientadas.

Quanto ao diagnóstico da SIDA/AIDS, deve-se discutir sobre a realização ou não de exame laboratorial complementar (sorologia específica) capaz de permitir ao profissional de saúde o diagnóstico da presença do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV).

*Num portador sintomático, com toda uma gama de sinais e sintomas que facilitam a definição do quadro clínico característico da doença, o exame laboratorial apenas comprovará a hipótese diagnóstica considerada *mas, em pacientes portadores assintomáticos, a realização do exame passa a ser de extrema validade para o fechamento do diagnóstico da doença.**

O texto da Portaria Interministerial n. 869, de 11 de agosto de 1992, dos ministros de Estado da Saúde e do Trabalho/Administração, proíbe, no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV), tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde.

Já a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da “Declaração de Consenso”, definiu que: a detecção do HIV não deve ser exigida, em hipótese alguma, para pessoas que solicitam emprego; que o trabalhador não está obrigado a informar ao empregador sobre sua situação relativa ao HIV; que a infecção, por si só, não significa limitação para o trabalho; e que a contaminação não configura motivo para demissão.

Por sua vez, o Decreto n. 703, de 22 de dezembro de 1992, que altera as Instruções Gerais para a Inspeção de Saúde de Conscritos nas Forças Armadas, prevê, em seu art. 2º, item 13, que, na seleção complementar (aquela que se procede quando da incorporação de conscritos ao Exército, para a prestação do Serviço Militar obrigatório), sempre que houver possibilidade, seja à custa de recursos próprios ou em decorrência de convênios de interesse mútuo com serviços de hemoterapia, devem ser realizados exames hematológicos completos, tais como: hemograma, testes sorológicos para Lues, doenças de Chagas, hepatite a vírus, Sida/Aids etc.

A realização do exame de sangue (sorologia específica para o HIV), como exame pré-admissional à incorporação ao Exército ou como exame de rotina pedido na avaliação periódica de saúde do militar, fere algum princípio constitucional?

Como médico e dentro de um enfoque apenas de saúde pública, entendo que não, por permitir um rastreamento (trata-se de uma doença de notificação compulsória às autoridades sanitárias) e, também, um acompanhamento

adequado de eventuais portadores do vírus, contribuindo para se evitar a disseminação da doença. Como militar, cito como exemplos de exércitos que adotam legislação análoga à nossa, no sentido de realizarem testes de HIV em seus efetivos, os da Índia e da China. Segundo notícias divulgadas em 2005, no portal do Ministério da Saúde, as Forças Armadas da Índia, após controlarem a incidência de Aids entre seus quadros, resolveram incluir os testes de HIV nos exames de admissão às mesmas. No mesmo site, outra notícia mostra que o Escritório de Recrutamento de Pequim, do Exército de Libertação Popular da China, informou oficialmente que todos os que solicitarem a entrada no Exército deverão realizar testes de HIV e exame de drogas em seu organismo.

Do ponto de vista jurídico, entretanto, a questão é controversa, argüindo-se a inconstitucionalidade do pedido, por ferir os princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e, também, por violar o direito de privacidade do indivíduo, admitindo alguns que ele possa se constituir numa forma de discriminação.

(...) o Estado, no exercício de seu poder-dever de preservar a saúde pública, editou a Lei n. 7.670/88, que, dispondo sobre o afastamento dos militares infectados, buscou garantir os direitos dos assintomáticos de receberem tratamento adequado, bem como resguardar os demais militares a eventual contágio com a Sida/Aids. A Lei não distinguiu se o militar é portador do vírus HIV ou se já desenvolveu a doença, de modo que não cabe ao intérprete fazê-lo, aplicando-se o brocardo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Sida/Aids), doença relativamente recente, é uma daquelas enfermidades que, à semelhança de tantas outras ao longo da história da humanidade, estigmatizam seu portador, seja pelo medo do contágio, seja pela falta de uma perspectiva de prevenção por meio de vacina, ou mesmo de cura definitiva. Cria-se, assim, um preconceito que vitimiza tanto quanto a própria doença. Por conseguinte, a divulgação de que alguém é soropositivo traz freqüentemente graves prejuízos à pessoa e aos que a cercam.

Do começo da epidemia, nos anos oitenta, aos dias de hoje, progressos ocorreram quanto à abordagem terapêutica dos pacientes com a doença. O coquetel anti-Aids, combinação de drogas que combatem o vírus HIV, completa dez anos, com o mérito de levar esperança e bem-estar aos infectados. Assegurado no Brasil pelo governo, o tratamento é de acesso gratuito e universal, com quase 180 mil beneficiados atualmente. Os avanços da terapia estão aí. A mortalidade, num grupo de 100 mil habitantes, caiu de 9,7, em 1995, para 6,2, em 2004. E o tempo médio de vida dos doentes, que variava de três a seis meses nos primeiros casos registrados, subiu para 58 meses.

Considerada como a manifestação mais grave da infecção pelo HIV, a Sida/Aids caracteriza-se clinicamente por apresentar uma severa imunodeficiência, manifesta no aparecimento de doenças oportunistas (candidíase esofágica, traqueal ou brônquica; herpes simples mucocutâneo, com mais de um mês de evolução;

pneumonia recorrente com mais de dois episódios em um ano etc.) ou neoplasias (sarcoma de Kaposi; linfoma de Burkitt etc.).

(...)

A recente Portaria Normativa n. 1.174-MD, de 6 de setembro 2006, já citada aqui, estabelece, em seu item 35 (Normas de Procedimento das Juntas de Inspeção de Saúde), que os portadores assintomáticos, em princípio e a critério de cada Força Armada, poderão ser considerados aptos para o serviço ativo devendo, porém, ser submetidos a acompanhamento médico especializado e a novas inspeções de saúde em períodos não-superiores a 12 meses.

Até que ponto o desempenho da atividade militar normal, regular, com todas as características peculiares já salientadas, poderá contribuir para uma mudança de categoria desses pacientes, transformando-os de assintomáticos em sintomáticos? Caso isso ocorra durante a prestação do serviço militar inicial, as Forças Armadas (e a União em última análise) assumam os riscos e ônus decorrentes de tal situação, particularmente se elas tem um universo imenso de jovens para selecionar para a prestação do serviço militar? Qual seria a lógica em incorporar às Forças Armadas um conscrito, descobrir-se posteriormente que ele tem Sida/Aids e, pela interpretação da lei, ter de vir a reformá-lo? Como fazer isso, sem ferir direitos e garantias fundamentais, considerando-se, ainda, a dificuldade em estabelecer o conseqüente nexo de causalidade entre o desenvolvimento da doença e o serviço militar propriamente dito? Será que tal ato está provido de isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros princípios constitucionais?

Portanto, não me parece coerente tratar-se de ação discriminatória por parte das Forças Armadas no tocante à abordagem dos militares portadores assintomáticos do vírus HIV, deixando de considerar as especificidades inerentes à profissão militar e a legislação que a regula.

Registre-se que a Segunda Turma do STJ, em 22/10/2019, ante a perspectiva de futura reforma do militar, portador assintomático do vírus HIV, deu provimento a Recurso Especial da *União*, eis que “*não é aceitável admitir a convocação de candidato portador de doença incapacitante que enseja a reforma ex officio*. Além disso, não se sustenta o fundamento emitido pelo Tribunal Local, considerando que *não poderá se valer do diagnóstico no futuro como fundamento para suposto pedido de reforma militar, tendo em vista a preexistência da doença ao ingresso no serviço castrense*, eis que, quando ativo no organismo, o vírus HIV poderá ensejar diversas doenças incapacitantes, definidas no já mencionado art. 108, V do Estatuto dos Militares, tais como tuberculose, problemas cardíacos e pneumonia. Assim, deve ser *afastada a possibilidade de convocação de candidato portador de vírus HIV para o serviço das forças armadas, ainda que assintomático, por se tratar de doença incapacitante, ensejadora de reforma ex officio, nos termos da lei e*

da jurisprudência dominante desta Corte Superior” (STJ, REsp 1.760.557/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 28/10/2019).

Muito se tem falado, nos últimos tempos, principalmente nos meios de comunicação, acerca da possibilidade de cura da SIDA/AIDS. No entanto, o que se tem de concreto, até o momento – e quiçá se continue em evolução exitosa –, são experimentos científicos, em casos pontuais, de grande sucesso.

Confira-se, apenas para registro, matéria jornalística da BBCNews - Brasil, publicada em 16/02/2022, que destaca:

Pesquisadores americanos anunciaram na terça-feira (15/2) a terceira possível cura de uma infecção pelo HIV, o vírus causador da aids. Esse é o primeiro caso que envolve uma paciente do sexo feminino.

Durante uma conferência médica realizada em Denver, nos Estados Unidos, especialistas da Weill Cornell Medicine, de Nova York, disseram que utilizaram uma nova abordagem, diferente do que foi feito nos dois registros anteriores de cura.

(...)

Embora a notícia tenha sido celebrada na comunidade científica e entre associações de pacientes, é importante dizer que tratamentos do tipo só são indicados para uma parcela mínima dos mais de 37 milhões de pessoas infectadas com o HIV no mundo.

(...)

É pra todo mundo?

Embora essas três experiências recentes indiquem um caminho promissor para curar a infecção pelo HIV, é preciso reforçar que os cientistas não veem o transplante de medula óssea, seja a partir de um doador adulto ou do cordão umbilical, como algo que vai beneficiar a grande maioria dos pacientes.

Considerados métodos arriscados e invasivos, ele só são testados em portadores de HIV que também foram diagnosticados com câncer, em que outras opções de tratamento não estão mais disponíveis.

Para ter ideia, antes de realizar o transplante com as células-tronco em si, os especialistas usam quimioterapia e radioterapia para destruir a medula óssea “original” do paciente.

(<https://www.bbc.com/portuguese/geral-60410436>)

Assim, dadas as peculiaridades da carreira militar e não obstante o avanço médico-científico no tratamento da doença, ainda considerada incurável, em nossos dias, o STJ, notadamente a partir do julgamento dos EREsp

670.744/RJ, pela Terceira Seção (Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJU de 21/05/2007), tem-se mostrado sensível à realidade do militar portador do vírus HIV, mesmo que assintomático, e mantido, inclusive em acórdãos recentes, o entendimento no sentido de que o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático e independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, tem direito à reforma *ex officio*, por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, nos termos dos arts. 106, II, 108, V, e 109 da Lei 6.880/80 (na redação anterior à Lei 13.954, de 16/12/2019) c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88:

Processual Civil. Administrativo. *Militar reformado. Lei 7.670/88. HIV positivo. AIDS. Auxílio-invalidez. Reforma por incapacidade definitiva. Grau hierarquicamente imediato ao que ocupava na ativa. Possibilidade. Benefício de auxílio-invalidez. Desnecessidade de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização. Matéria fático-probatória.*

I - *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático, tem direito à reforma ex-officio por incapacidade definitiva, nos termos do art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880/1980, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.184.917/RS, 2010/0042710-3, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 14/06/2011 e EREsp 670.744/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 09/05/2007, DJ21/05/2007.*

(...)

IV - *Agravo interno improvido (STJ, AgInt no AREsp 1.250.523/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 22/06/2018).*

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. *Militar das Forças Armadas, portador de HIV. Direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração do grau hierárquico superior. Estágio de desenvolvimento da doença. Irrelevância. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Agravo interno contra decisão fundamentada nas Súmulas 83 e 568/STJ (precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica sobre o tema). Manifesta improcedência. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Cabimento.*

(...)

II - *O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual independentemente do estágio da doença, o militar portador do vírus HIV tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa.*

(...)

VI - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (STJ, AgInt no REsp 1.713.050/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 13/04/2018).

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. *Militar portador do vírus HIV. Assintomático. Direito à reforma.*

1. *O militar portador do vírus HIV tem direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS.*

2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no REsp 1.675.148/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/12/2017).

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. *Militar das Forças Armadas, portador de HIV. Direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração do grau hierárquico superior. Estágio de desenvolvimento da doença. Irrelevância. Honorários irrisórios. Majoração que se impõe. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Agravo interno contra decisão fundamentada em jurisprudência pacífica sobre o tema. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a 1ª Seção. Manifesta improcedência. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Cabimento.*

(...)

II - *Esta Corte orienta-se no sentido de que o militar das Forças Armadas, portador do vírus HIV, tem direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, independentemente do estágio de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS. Precedentes.*

(...)

IX - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (STJ, AgInt no REsp 1.438.079/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 06/11/2017).

Processual Civil. Administrativo. *Militar portador do vírus HIV. Incapacidade. Serviço militar. Reforma. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Falta de prequestionamento. Súmula 282/STF. Inovação recursal. Descabimento. Honorários advocatícios. Revisão. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ.*

1. Hipótese em que, por meio de decisão monocrática, foi dado provimento ao Recurso Especial do ora agravante para *aplicar a jurisprudência consolidada*

do STJ no sentido de que o militar portador do vírus "HIV" tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS.

(...)

7. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.555.452/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/05/2016).

Administrativo. Servidor militar portador do vírus HIV. Incapacidade. Reforma. Possibilidade.

1. *Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático, pode ser considerado incapaz para o serviço castrense e, portanto, faz jus à sua reforma, na forma do artigo 1º, inciso I, alínea "c", da Lei n. 7.670/1988.*

2. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.209.203/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 24/10/2011).

Processual Civil e Administrativo. Ausência de violação do artigo 535 do CPC. Servidor militar. Vírus HIV. Portador assintomático. Incapacidade definitiva. Incapacidade para as atividades castrenses. Direito à reforma. Critério para fixação de honorários. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Juros de mora devidos pela Fazenda Pública. Lei 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei 9.494/97. Natureza processual. Aplicação imediata aos processos em curso.

(...)

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o militar, portador do vírus HIV, tem direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS.*

(...)

5. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.344.023/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe de 23/11/2012).

Agravo regimental em recurso especial. Administrativo. Servidor público militar. Portador do vírus HIV. Reforma ex officio por incapacidade definitiva. Proventos no grau imediato. Cabimento. Precedentes. Dependência econômica caracterizada. Impossibilidade de reavaliação por esta Corte. Reexame de provas. Súmula n. 7 do STJ. Incidência.

- O STJ firmou entendimento no sentido de que o militar portador do vírus HIV tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva. Firmou-se ainda, nesta Corte, a orientação de que a reforma do militar portador do vírus HIV deve

se dar com remuneração calculada com base no posto hierárquico imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da doença. Precedentes.

(...)

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1.198.111/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe de 07/05/2012).

Administrativo. *Militar portador do vírus HIV. Assintomático. Incapacidade definitiva não demonstrada. Súmula 7/STJ. Não incidência. Direito à reforma. Remuneração calculada com base no grau hierarquicamente imediato.*

(...)

2. *O militar portador do vírus HIV tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS. Precedentes: REsp 670.744/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 21.05.07; AgRg no REsp 1.260.507/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 02/03/2012; AgRg no REsp 1.187.922/RJ, de minha relatoria, DJe 16/08/2011; AgRg no Ag 1.289.835/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 04/06/2010; e AgRg no REsp 1.184.917/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 14/06/2011.*

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.224.992/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 23/04/2012).

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. *Militar. Vírus HIV. Portador assintomático. Incapacidade definitiva. Reforma. Remuneração posto hierarquicamente imediato.*

1. *O militar, portador do vírus HIV, ainda que assintomático, tem direito à concessão da reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato. Precedentes: REsp 1.209.203/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/11; AgRg no Ag 1.379.261/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 26/9/11; AgRg no REsp 1.187.922/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/8/11; AgRg no REsp 1.184.917/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 14/6/11.*

2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.260.507/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 02/03/2012).

Administrativo. *Militar. Vírus HIV. Portador assintomático. Incapacidade definitiva. Reforma. Cabimento.*

1. *O militar, portador do vírus HIV, ainda que assintomático, tem direito à concessão da reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no Ag 1.379.261/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 26/09/2011).

Administrativo. Militar. Portador do vírus HIV. Incapacidade definitiva. Direito à reforma. Remuneração calculada com base no grau hierarquicamente imediato.

1. O militar portador do vírus HIV tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS. Precedentes: REsp 1.246.235 Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 27.05.11; Ag 1.289.835/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 28.04.10; REsp 1.172.441/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.04.10; Ag 1.077.165/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 26.03.10; AgRg no REsp 977.266/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 04.05.09; AgRg no Ag 1.203.508/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 16.11.09; AgRg no Ag 1.161.145/RJ, Rel. Min. Felix Fisher, DJe de 14.12.09; AgRg no REsp 977.266/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 04.05.09; EREsp 670.744/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 21.05.07; AgRg no Ag 771.007/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe de 05.05.08; AgRg no REsp 1.026.807/SC, Rel. Min. Jane Silva, DJe de 02.02.09; AgRg no Ag 915.540/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 22.04.08; REsp 1.172.441/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.04.10.

2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.187.922/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 16/08/2011).

Administrativo. Militar. Portador do vírus HIV. Incapacidade definitiva. Grau de desenvolvimento. Irrelevância. Direito à reforma com a remuneração calculada com base no grau hierarquicamente imediato.

(...)

2. "Segundo o entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o militar portador do vírus HIV tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS" (AgRg no Ag 771.007/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 05.05.2008).

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento (STJ, AgRg no Ag 1.077.165/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe de 03/08/2011).

Administrativo. Militar portador do vírus HIV. Incapacidade definitiva. Reforma. Possibilidade.

1. A discussão trazida nos autos refere-se ao direito de reforma por incapacidade definitiva do militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático.

2. O Tribunal de origem concluiu que: “a sorologia positiva do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) em si não acarreta prejuízo à capacidade laborativa de seu portador”.

3. O acórdão a quo está em desacordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, de que o militar portador do vírus “HIV” tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS.

4. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.246.235/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 01/09/2011).

Processual Civil. Administrativo. Militar. Agravo regimental no recurso especial. Portador do vírus HIV. Incapacidade definitiva. Direito à reforma com remuneração calculada com base no grau hierarquicamente imediato.

1. Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, o militar portador do vírus HIV tem o direito à reforma, ex officio, por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS.

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no REsp 1.184.573/RJ, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe de 04/08/2011).

Administrativo. Processual Civil. Militar temporário. Reforma. Possibilidade. Militar portador do vírus HIV. Reforma por incapacidade definitiva. Grau hierarquicamente imediato ao que ocupava na ativa. Possibilidade. Precedentes. Auxílio-invalidez. Requisitos necessários à percepção da verba constatados pelo Tribunal de origem. Inversão do julgado. Honorários advocatícios. Redução. Revisão. Reexame de matérias fático-probatórias. Impossibilidade. Incidência da Súmula n. 07 desta Corte.

1. Segundo o entendimento desta Corte Superior de Justiça, o militar temporário ou de carreira que, em consequência de acidente de serviço ou doença, torna-se definitivamente incapaz para o serviço da caserna tem direito à reforma.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático, tem direito à reforma ex-officio por incapacidade definitiva, nos termos do art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior.

(...)

4. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp 1.184.917/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 14/06/2011).

Agravo regimental em agravo de instrumento. Administrativo. *Militar portador do vírus HIV. Reforma. Possibilidade.* Enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

1. *É firme o constructo jurisprudencial no entendimento de que o portador do vírus HIV, ainda que assintomático, é considerado incapaz definitivamente para o serviço militar, fazendo jus à reforma prevista em lei, conforme preceitua o artigo 1º, inciso I, alínea “c”, da Lei n. 7.670/1988.*

2. *“Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” (Súmula do STJ, Enunciado n. 83).*

3. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no Ag 1.289.835/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe de 04/06/2010).

Administrativo. *Militar. Portador do vírus HIV. Incapacidade definitiva para fins de reforma.*

1. *Esta Corte assentou compreensão de que faz jus à reforma o portador do vírus do HIV, ainda que assintomático, por ser considerado definitivamente incapaz para o serviço militar.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no Ag 1.232.677/RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe de 14/06/2010).

Agravo regimental em agravo de instrumento. *Militar. Vírus HIV. Incapacidade definitiva. Reforma ex officio. Portador assintomático. Irrelevância. Remuneração. Soldo. Grau hierárquico imediato.*

I - *É incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas, para efeitos de reforma ex officio (art. 106, II, da Lei n. 6.880/80), o militar que é portador do vírus HIV, mesmo que assintomático, eis que definida no art. 1º, I, “c”, da Lei n. 7.670/88. Precedentes: AgRg no REsp 1.026.807/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe de 2/2/2009 e AgRg no Ag 915.540/PR, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe de 22/4/2008.*

II - *A reforma ex officio de militar, baseada nos arts. 106, II, 108, V, e 109, todos da Lei n. 6.880/80 e art. 1º, I, “c”, da Lei n. 7.670/88, não comporta discussão acerca do desenvolvimento da doença, mesmo que o portador seja assintomático, pois tal distinção não foi delineada pelo legislador. Precedente: REsp 662.566/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 16/11/2004.*

Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no Ag 1.161.145/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 14/12/2009).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Agravo regimental em recurso especial. *Militar. Portador assintomático do vírus HIV. Incapacidade. Serviço militar. Reforma.*

1. *Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, "o portador do vírus HIV, ainda que assintomático, é considerado incapaz definitivamente para o serviço militar, fazendo jus à reforma prevista em lei, conforme preceitua o artigo 1º, I, 'c', da Lei n. 7.670/1988."* (AgRg no REsp 977.266/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/02/2009, DJe 04/05/2009)

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no Ag 1.203.508/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 16/11/2009).

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. *Militar das Forças Armadas, portador do vírus HIV. Direito à reforma ex officio, por incapacidade definitiva. Precedentes.* Incidência da Súmula 568 do STJ. Auxílio-invalidez. Necessidade de observância dos requisitos legais. Arts. 2º, I, q, e 3º, XV, da Medida Provisória 2.215-10/2001, arts. 78 e 79 do Decreto 4.307/2002 e art. 1º da Lei 11.421/2006. Agravo interno parcialmente provido.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 04/06/2018, que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. *É firme o entendimento, no âmbito do STJ, segundo o qual o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático e independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, tem direito à reforma ex officio, por incapacidade definitiva, nos termos do art. 108, V, da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior.* Precedentes do STJ (AgInt no REsp 1.675.148/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/12/2017; AgRg nos EDcl no REsp 1.555.452/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/05/2016; REsp 1.209.203/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 24/10/2011; AgInt no REsp 1.713.050/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 13/04/2018). Incidência da Súmula 568/STJ.

III. Consoante assinalado na decisão ora agravada, o benefício do auxílio-invalidez, consoante a legislação de regência, não pode ser deferido automaticamente, sem a observância dos requisitos legais, razão pela qual o Recurso Especial do autor deve ser provido apenas parcialmente, para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer, em parte, a sentença, à exceção do auxílio-invalidez.

IV. Agravo interno parcialmente provido (STJ, AgInt no REsp 1.742.361/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 13/09/2018).

Agravo interno no agravo em recurso especial. *Militar portador do vírus HIV. Assintomático. Reforma por incapacidade definitiva.* Precedentes do STJ.

1. O acórdão recorrido foi proferido em dissonância com a jurisprudência desta Corte, firme no sentido de que o *“militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático e independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, tem direito à reforma ex officio, por incapacidade definitiva, nos termos do art. 108, V, da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior”*. Precedentes do STJ (Aglnt no REsp 1.675.148/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes, Segunda Turma*, DJe de 18/12/2017; AgRg nos EDcl no REsp 1.555.452/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, DJe de 23/05/2016; REsp 1.209.203/RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJe de 24/10/2011; Aglnt no REsp 1.713.050/RJ, Rel. Ministra *Regina Helena Costa, Primeira Turma*, DJe de 13/04/2018). Incidência da Súmula 568/STJ (Aglnt no REsp 1.742.361/SC, Rel. Ministra *Assusete Magalhães, Segunda Turma*, julgado em 06/09/2018, DJe 13/09/2018)

2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, Aglnt no AREsp 1.490.187/RJ, Rel. Ministro *Sérgio Kukina, Primeira Turma*, DJe de 19/12/2019).

Por outro lado, consoante assinalado pela Corte Especial do STJ, em 19/09/2018 – *antes, pois, das alterações promovidas na Lei 6.880/90 pela Lei 13.954/2019* –, no julgamento dos EREsp 1.123.371/RS, examinando a hipótese de reforma à luz do art. 108, VI, da Lei 6.880/80, “a reforma do militar temporário não estável é devida nos casos de incapacidade adquirida em função dos motivos constantes dos incisos I a V do art. 108 da Lei 6.880/1980, *que o incapacite apenas para o serviço militar e independentemente da comprovação do nexos de causalidade com o serviço militar*”. Confira-se a ementa:

Processual Civil e Administrativo. Embargos de divergência no recurso especial. *Militar temporário e sem estabilidade assegurada. Incapacidade apenas para as atividades militares e sem relação de causa e efeito com o serviço militar. Ausência de invalidez. Inexistência de direito à reforma ex officio. Cabimento da desincorporação.* Precedentes. Embargos de divergência providos.

1. Cinge-se a controvérsia em debate acerca da necessidade ou não do militar temporário acometido de moléstia incapacitante apenas o serviço militar de comprovar a existência do nexos de causalidade entre a moléstia/doença e o serviço castrense a fim de fazer jus à reforma *ex officio*.

2. O militar temporário é aquele que permanece na ativa por prazo determinado e enquanto for da conveniência do Administrador, destinando-se a completar as Armas e Quadros de Oficiais e as diversas Qualificações Militares de Praças, nos moldes do art. 3º, II, da Lei 6.391/1976, de sorte que, o término do tempo de serviço implica no seu licenciamento quando, a critério da Administração, não houver conveniência na permanência daquele servidor nos quadros das Forças Armadas (*ex vi* do art. 121, II e § 3º, da Lei 6.880/1980), a

evidenciar um ato discricionário da Administração Militar, que, contudo, encontra-se adstrito a determinados limites, entre eles a existência de higidez física do militar a ser desligado, não sendo cabível o término do vínculo, por iniciativa da Administração, quando o militar se encontrar incapacitado para o exercício das atividades relacionadas ao serviço militar, hipótese em que deve ser mantido nas fileiras castrenses até sua recuperação ou, não sendo possível, eventual reforma.

3. No caso do militar temporário contar com mais de 10 (dez) anos de efetivo serviço e preencher os demais requisitos legais autorizadores, ele adquirirá a estabilidade no serviço militar (art. 50, IV, "a", da Lei 6.880/1980), não podendo ser livremente licenciado *ex officio*. No entanto, antes de alcançada a estabilidade, o militar não estável poderá ser licenciado *ex officio*, sem direito a qualquer remuneração posterior.

4. A reforma e o licenciamento são duas formas de exclusão do serviço ativo das Forças Armadas que constam do art. 94 da Lei 6.880/1980, podendo ambos ocorrer a pedido ou *ex officio* (arts. 104 e 121 da Lei 6.880/1980). O licenciamento *ex officio* é ato que se inclui no âmbito do poder discricionário da Administração Militar e pode ocorrer por conclusão de tempo de serviço, por conveniência do serviço ou a bem da disciplina, nos termos do art. 121, § 3º, da Lei 6.880/1980. A reforma, por sua vez, será concedida *ex officio* se o militar alcançar a idade prevista em lei ou se enquadrar em uma daquelas hipóteses consignadas no art. 106 da Lei 6.880/1980, entre as quais, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas (inciso II), entre as seguintes causas possíveis previstas nos incisos do art. 108 da Lei 6.880/1980 ("I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública; II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações; III - acidente em serviço; IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço; V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço").

5. Desse modo, a incapacidade definitiva para o serviço militar pode sobrevir, entre outras causas, de doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço, conforme inciso IV do art. 108 da Lei 6.880/1980. Outrossim, quando o acidente ou doença, moléstia ou enfermidade não tiver relação de causa e efeito com o serviço (art. 108, IV, da Lei 6.880/1980), a Lei faz distinção entre o militar com estabilidade assegurada e o militar temporário, sem estabilidade.

6. Portanto, os militares com estabilidade assegurada terão direito à reforma *ex officio* ainda que o resultado do acidente ou moléstia seja meramente incapacitante. Já os militares temporários e sem estabilidade, apenas se forem

considerados **inválidos** tanto para o serviço do Exército como para as demais atividades laborativas civis.

7. Assim, a legislação de regência faz distinção entre incapacidade definitiva para o serviço ativo do Exército (conceito que não abrange incapacidade para todas as demais atividades laborativas civis) e invalidez (conceito que abrange a incapacidade para o serviço ativo do Exército e para todas as demais atividades laborativas civis). É o que se extrai da interpretação conjunta dos arts. 108, VI, 109, 110 e 111, I e II, da Lei 6.880/1980.

8. A reforma do militar temporário não estável é devida nos casos de incapacidade adquirida em função dos motivos constantes dos incisos I a V do art. 108 da Lei 6.880/1980, que o incapacite apenas para o serviço militar e independentemente da comprovação do nexo de causalidade com o serviço militar, bem como quando a incapacidade decorre de acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço militar, que impossibilite o militar, total e permanentemente, de exercer qualquer trabalho (invalidez total).

9. Precedentes: AgRg no AREsp 833.930/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016; AgRg no REsp 1.331.404/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 14/09/2015; AgRg no REsp 1.384.817/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014; AgRg no AREsp 608.427/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 25/11/2014; AgRg no Ag 1.300.497/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 14/09/2010.

10. Haverá nexo de causalidade nos casos de ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública (inc. I do art. 108, da Lei 6.880/1980); b) enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações (inciso II do art. 108, da Lei 6.880/1980); c) acidente em serviço (inciso III do art. 108, da Lei 6.880/1980), e; d) doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço (inciso IV, do art. 108, da Lei 6.880/1980).

11. Portanto, nos casos em que não há nexo de causalidade entre a moléstia sofrida e a prestação do serviço militar e o militar temporário não estável é considerado incapaz somente para as atividades próprias do Exército, é cabível a desincorporação, nos termos do art. 94 da Lei 6.880/1980 c/c o art. 31 da Lei de Serviço Militar e o art. 140 do seu Regulamento - Decreto n. 57.654/1966.

12. Embargos de Divergência providos (STJ, EREsp 1.123.371/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe de 12/03/2019).

Destaque-se anotação feita no voto condutor do referido acórdão, pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, no sentido de que “a reforma, por sua vez, será

concedida ex officio se o militar alcançar a idade prevista em lei ou se enquadrar em uma daquelas hipóteses consignadas no art. 106 da Lei 6.880/1980, entre as quais, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas (inciso II), entre as seguintes causas possíveis previstas nos incisos do art. 108 da Lei 6.880/1980 (...) V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada”, tendo a Lei 7.670/88 incluído a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS como causa que justifica a concessão de “reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980”, ou seja, quando o militar “for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas” (art. 106, II, da Lei 6.880/80, na redação anterior à Lei 13.954, de 16/12/2019).

Nos aludidos EREsp 1.123.371/RS o Ministro *Mauro Campbell Marques* fez, ainda, importante registro, no sentido de que “a legislação de regência faz distinção entre *incapacidade definitiva* para o serviço ativo do Exército (conceito que não abrange incapacidade para todas as demais atividades laborais civis) e *invalidez* (conceito que abrange a incapacidade para o serviço ativo do Exército e para todas as demais atividades laborais civis)”.

Adotando a mesma orientação, MARCOS MAZZOTTI registra que “há que se diferenciar, portanto: a *incapacidade* – que é a perda definitiva, pelo militar, das condições mínimas de saúde necessárias à *permanência no serviço ativo nas Forças Armadas*; da *invalidez* – que é a perda definitiva, pelo militar, das condições mínimas de saúde *para o exercício de qualquer atividade laborativa, civil ou militar*” (ob. cit., p. 369).

II.2. Alteração da Lei 13.954/2019 aos arts. 106 e 109 da Lei 6.880/80

*Antes da alteração promovida pela Lei 13.954, de 16/12/2019, portanto, não há dúvida de que, na linha da jurisprudência sedimentada no STJ, impõe-se o reconhecimento do direito à reforma de *militar, de carreira ou temporário*, na hipótese de ser portador do vírus HIV, *por incapacidade definitiva* para o serviço ativo das Forças Armadas, ante o que dispõem os arts. 106, II, 108, V, e 109 da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88.*

Após o advento da Lei 13.954/2019, contudo, foi dada nova redação ao inciso II do art. 106 e acrescido o inciso II-A ao referido art. 106 da Lei

6.880/80, criando-se uma diferenciação, para fins de reforma, entre militares de carreira e temporários: enquanto, para os temporários, exige-se a *invalidéz*, para os de carreira basta a *incapacidade definitiva* para o serviço ativo das Forças Armadas.

Confira-se novamente:

Art. 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que: (redação original da Lei 6.880/80)

[Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que: **(Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

(...)

II - for julgado *incapaz, definitivamente*, para o serviço ativo das Forças Armadas; (redação original da Lei 6.880/80)

[II - se **de carreira**, for julgado **incapaz, definitivamente**, para o serviço ativo das Forças Armadas; **(Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

[II-A. se **temporário**: **(Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

[a) for julgado **inválido**; **(Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

[b) for julgado *incapaz, definitivamente*, para o serviço ativo das Forças Armadas, quando enquadrado no disposto nos incisos I e II do caput do art. 108 desta Lei; **(Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)**]

Também o art. 109 da Lei 6.880/80 sofreu alteração com a Lei 13.954, de 16/12/2019, criando diferenciação entre militares temporários e de carreira, para fins de reforma com qualquer tempo de serviço, inclusive na hipótese do art. 108, V, da Lei 6.880/80.

O aludido art. 109 da Lei 6.880/80 assim dispunha, referindo-se ao militar da ativa, temporário ou de carreira:

Art. 109. O militar da ativa [temporário ou de carreira] julgado *incapaz definitivamente* por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado *com qualquer tempo de serviço*.

A nova redação do art. 109 da Lei 6.880/80, introduzida pela Lei 13.954, de 16/12/2019, assim dispõe:

Art. 109. O militar de carreira julgado *incapaz definitivamente para a atividade militar* por uma das hipóteses previstas nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei será reformado *com qualquer tempo de serviço*. (Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se ao militar temporário enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do *caput* do art. 108 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se ao militar temporário enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos III, IV e V do *caput* do art. 108 desta Lei se, concomitantemente, for considerado inválido por estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada. (Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)

Ressalte-se que os três Recursos Especiais afetados e ora em julgamento, por esta Primeira Seção, tratam de hipóteses anteriores à Lei 13.954, de 16/12/2019, em que o pedido de reforma, em face de exame do militar que detectou a presença do vírus HIV, deu-se antes da alteração legislativa.

Como cediço, a teor da Súmula 359/STF, “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.

Nesse mesmo sentido, “se no momento da obtenção do benefício encontravam-se preenchidos todos os requisitos necessários de acordo com a lei em vigor, caracterizando-se como ato jurídico perfeito, não pode a legislação superveniente estabelecer novos critérios, sob pena de ofensa ao princípio *tempus regit actum*” (STJ, AgRg no REsp 1.308.778/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 30/09/2014).

Portanto, a reforma do militar temporário, com fundamento no art. 108, V, da Lei 6.880/80, somente após o advento da Lei 13.954, de 16/12/2019, passou a exigir a *invalidez*, requisito não preenchido pelo portador *assintomático* do vírus HIV. Essa perspectiva da ausência de invalidez, no caso, já era reconhecida pela jurisprudência do STJ, ao afirmar que o direito à reforma do militar portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da doença, dava-se por *incapacidade definitiva* para o serviço ativo das Forças Armadas, ou seja, por incapacidade apenas para o serviço militar.

A Lei 13.954, de 16/12/2019, retirou a possibilidade de reforma do militar temporário por *incapacidade definitiva apenas para o serviço ativo das Forças Armadas*, na forma prevista no art. 106, II, da Lei 6.880/80, na sua redação original, na hipótese do art. 108, V, da Lei 6.880/80 (doença especificada na Lei, inclusive a SIDA/AIDS, por força do art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88). Passou a aludida Lei 13.954/2019 a exigir, para a reforma do militar temporário, na hipótese do art. 108, V, da Lei 6.880/80, a *invalidez*, ou seja, deve o militar

temporário “estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada”, como dispõe o inciso II-A, *a*, do art. 106 c/c o § 2º do art. 109 da Lei 6.880/80, ambos incluídos pela Lei 13.954/2019.

Daí anotar MARCOS MAZZOTTI, analisando a nova redação dada ao art. 106, II, da Lei 6.880/80 pela Lei 13.954/2019, e o inciso II-A do aludido art. 106, acrescentado pela referida Lei 13.954/2019:

O inc. II do art. 106 trata de reforma ex officio por incapacidade definitiva ao militar de carreira, quando julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas. O inc. II-A trata de reforma ex officio por incapacidade definitiva do militar temporário quando: a) julgado inválido ou; b) incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas, quando enquadrado no disposto nos incs. I e II do caput do art. 108 do Estatuto dos Militares.

As hipóteses legais para a aplicação dos incs. II e II-A do art. 106 estão previstas no art. 108 do Estatuto dos Militares. (...) (ob. cit., p. 344).

Como se vê, o tratamento diferenciado para militares de carreira e temporários – *antes* da Lei 13.954/2019 só existente para os casos de reforma com fundamento no art. 108, VI, da Lei 6.880/80, objeto do julgamento dos EREsp 1.123.371/RS (Rel. Ministro *Og Fernandes*, Rel. p/ acórdão Ministro *Mauro Campbell Marques, Corte Especial*, DJe de 12/03/2019) –, na nova dicção da Lei 13.954/2019 abrange também, agora, os casos de reforma de militares *temporários*, com fundamento no art. 108, V, da Lei 6.880/80, ao exigir a *invalidez*, ou seja, a impossibilidade total e permanente “para qualquer atividade laboral, pública ou privada” (§ 2º do art. 109 da Lei 6.880/80, incluído pela Lei 13.954/2019).

Como já se destacou, nos casos em que se vislumbra incapacidade com relação de causalidade com o serviço militar (incisos I a IV do art. 108 da Lei 6.880/80) e por doença prevista *no seu art. 108, V*, o art. 109 da Lei 6.880/80 determina a reforma do militar com qualquer tempo de serviço. Confira-se novamente:

Art. 109. O militar da ativa [de carreira ou temporário] julgado *incapaz definitivamente* por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado *com qualquer tempo de serviço*. (**Redação original da Lei 6.880/80**)

[Art. 109. O militar **de carreira** julgado *incapaz definitivamente* para a atividade militar por uma das hipóteses previstas nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei será reformado *com qualquer tempo de serviço*. (**Redação dada pela Lei n. 13.954, de 2019**)]

[§ 1º O disposto neste artigo aplica-se ao militar **temporário** enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do caput do art. 108 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)]

[§ 2º O disposto neste artigo aplica-se ao militar **temporário** enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei **se, concomitantemente, for considerado inválido por estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada.** (Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)]

[§ 3º O militar **temporário** que estiver enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei, **mas não for considerado inválido por não estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada, será licenciado ou desincorporado na forma prevista na legislação do serviço militar.** (Incluído pela Lei n. 13.954, de 2019)]

Na redação *anterior* à Lei 13.954/2019, conferida ao art. 109 da Lei 6.880/80, a expressão “militar da ativa” englobava tanto os militares de carreira, quanto os temporários. A distinção entre os militares de carreira e os temporários foi feita com a mencionada alteração legislativa, em 2019, ao inserir, no *caput* do art. 109 da Lei 6.880/80, a expressão “militar de carreira”, e ao incluir os §§ 1º a 3º no aludido art. 109 da mencionada Lei 6.880/80, impondo as diferenciações para a reforma, em se tratando de militar temporário.

Percebe-se, assim, que, *antes* da Lei 13.954/2019, o referido art. 109 da Lei 6.880/80 abrangia não somente os militares de carreira, mas também os temporários, na hipótese do inciso V, do art. 108 da Lei 6.880/80.

Porém, *após* a edição da Lei 13.954/2019, da mesma forma que a alteração promovida no art. 106 da Lei 6.880/80, percebe-se, nos termos do seu art. 109, § 2º, que “o disposto neste artigo [reforma com qualquer tempo de serviço] aplica-se ao *militar temporário* enquadrado em uma das hipóteses previstas nos incisos III, IV e V do caput do art. 108 desta Lei *se, concomitantemente, for considerado inválido por estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada*”.

Acresça-se que o § 3º do art. 109 da Lei 6.880/80, incluído pela Lei 13.954/2019, permite que o *militar temporário, não considerado inválido*, seja licenciado (exclusão do militar temporário do serviço ativo após o término do tempo do serviço militar) ou desincorporado (exclusão do militar temporário do serviço ativo antes de completar o tempo de serviço militar), na forma prevista na legislação do serviço militar (art. 31, *b* e § 2º, da Lei 4.375/64 e Decreto

57.654/66), inclusive na hipótese do inciso V do art. 108 da Lei 6.880/80 (doenças especificadas na Lei 6.880/80, incluindo a SIDA/AIDS, por força do art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88).

II.3. Militar assintomático portador do vírus HIV. Direito à reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas. Inexistência de direito à reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato. Art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80. Revisitação da matéria.

Continuando no exame da Lei 6.880/80, vê-se que a reforma *por incapacidade definitiva* para o serviço ativo das Forças Armadas deve ser concedida, nos termos do art. 110 da Lei 6.880/80 – que não foi alterado pela Lei 13.954/2019 –, *com base no soldo do grau hierárquico superior, apenas e tão somente* nas hipóteses dos incisos I e II, do art. 108 da Lei 6.880/80. Nas hipóteses dos incisos III, IV e V, do mesmo art. 108 da Lei 6.880/80, exige-se, para a reforma com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior, que, além da incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, o militar seja considerado *inválido*, ou seja, que ele esteja “impossibilitado total ou permanentemente para qualquer trabalho”, na vida castrense ou civil.

Com efeito, dispõe o art. 110 da Lei 6.880/80:

Art. 110. O militar da ativa ou da reserva remunerada, *julgado incapaz definitivamente* por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será *reformado* com a remuneração calculada *com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente.* (Redação dada pela Lei n. 7.580, de 1986)

§ 1º *Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.*

§ 2º Considera-se, para efeito deste artigo, grau hierárquico imediato:

a) o de Primeiro-Tenente, para Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial e Suboficial ou Subtenente;

b) o de Segundo-Tenente, para Primeiro-Sargento, Segundo-Sargento e Terceiro-Sargento; e

c) o de Terceiro-Sargento, para Cabo e demais praças constantes do Quadro a que se refere o artigo 16.

§ 3º Aos benefícios previstos neste artigo e seus parágrafos poderão ser acrescidos outros relativos à remuneração, estabelecidos em leis especiais, desde que o militar, ao ser reformado, já satisfaça às condições por elas exigidas.

Consoante observa DIÓGENES GOMES VIEIRA sobre os incisos I e II do art. 110 da Lei 6.880/80, “o objetivo deste art. 110 é conceder uma espécie de ‘prêmio’ àquele militar incapacitado definitivamente em decorrência de situações especialíssimas e graves (guerra e calamidade pública)” (*in* “Comentário ao Estatuto dos Militares”, Juruá, p. 531).

Do que se depreende, o art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80 estende esse “prêmio” – concedido, no seu *caput*, aos militares da ativa (de carreira ou temporários) incapacitados definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas, pelos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108 da Lei 6.880/80 – às hipóteses do seu art. 108, III, IV e V, *desde que o militar seja também considerado inválido, vale dizer, esteja impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, na vida militar e civil.*

Essa orientação tem sido adotada pelo STJ, nos casos das moléstias descritas no art. 108, V, da Lei 6.880/80, no sentido de que, “nos termos do art. 110, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.880/1980, quando configurada alguma das hipóteses descritas nos itens III, IV e V, do art. 108, *o militar terá direito à reforma com base no soldo do grau hierárquico imediato se verificada a invalidez, ou seja, a incapacidade definitiva para qualquer trabalho, militar ou civil.* No caso dos autos, ainda que seja reconhecida a ocorrência da *neoplasia maligna* - câncer de próstata -, *as instâncias ordinárias negaram a existência de invalidez. Desse modo, inviável o reconhecimento do alegado direito à remuneração superior, porquanto ausente um dos requisitos estabelecidos na legislação*” (STJ, REsp 1.843.913/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 04/08/2020).

Nesse mesmo sentido:

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Militar reformado por ter atingido idade-limite para permanência na reserva. Surgimento de *cardiopatia grave* anos depois. Melhoria da reforma, com percepção de remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao possuído na ativa. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido.

1. Tendo o Tribunal de origem assentado que, “como o autor já estava reformado no momento da doença, a doença não trouxe qualquer diferença a ser paga. Assim, não há como se melhorar o valor da reforma em razão da falta de previsão legal”, bem como que “a melhoria de reforma é impossível na hipótese, eis que não se está frente a agravamento de moléstia que ocasionou a reforma” (fl. 474-e), o fez em *sintonia com a jurisprudência do STJ, segundo a qual “apenas os militares da ativa ou da reserva remunerada, julgados incapazes definitivamente*

para o serviço por força de doença constante do inciso V do art. 108 da Lei 6.880/1980 (e for considerado inválido total e permanentemente para qualquer trabalho), fazem jus à reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, o que não é o caso, vez que o autor já era militar reformado quando da eclosão da moléstia incapacitante” (REsp 1.393.344/RS, de minha Relatoria, 2ª Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.082.603/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 04/02/2015.

2. Dessa feita, irrelevante o argumento do agravante no sentido de que o fato de ter sido reformado como “Cabo”, com a remuneração do soldo do grau hierárquico imediatamente superior - “Terceiro Sargento”, por força do art. 122 da Lei 5.787/1982, não interferir em seu pedido de revisão de reforma para que passe a perceber remuneração com base no soldo de “Segundo Tenente”, porquanto “tendo matrizes e naturezas completamente distintas, *não existe óbice à cumulação de ambos*” (fls. 580/581-e), justamente porque o benefício do art. 110 da Lei 6.880/1980 não se aplica ao militar já reformado.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.577.792/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 16/03/2016).

Administrativo. Processual Civil. Embargos de declaração. Erro material e obscuridade. Saneamento. *Militar temporário. Incapacidade definitiva para o serviço militar. Invalidez não reconhecida. Reforma. Possibilidade. Remuneração com base no soldo correspondente ao grau que ocupava na ativa.* Art. 108, inciso V, c/c 109, da Lei n. 6.880/80.

(...)

2. Hipótese de reforma *ex officio* de militar, em decorrência de doença (*espondilite anquilosante*) contraída durante o serviço militar, considerado incapaz definitivamente para o serviço ativo nas Forças Armadas, nos termos do art. 106, II c/c art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880/80.

3. *Reconhecido o direito a reforma, com remuneração baseada no soldo correspondente ao grau que ocupava na ativa, conforme o disposto no art. 109 da Lei n. 6.880/80.*

4. *A exigência de reconhecimento da impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho só é exigida para fins de reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possui na ativa (art. 110, § 1º, da Lei n. 6.880/80), o que não é o caso dos autos.*

5. Erro material e obscuridade sanados.

Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.211.656/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 13/04/2011).

E ainda:

Administrativo. Agravo regimental no agravo. *Reforma de militar com proventos equivalentes aos da graduação que ocupava na ativa. Incapacidade definitiva para a atividade castrense. Vedado o reexame de prova. Súmula 7 do STJ. Agravo regimental desprovido.*

1. Com apoio no material fático-probatório constante dos autos, o Tribunal local afirmou que o autor, em razão de cegueira parcial, decorrente da perda da visão do olho esquerdo, está incapacitado para o exercício da atividade castrense, fazendo jus à reforma. Infirmar tal entendimento implicaria em reexame de provas, o que é vedado nesta oportunidade a teor do que dispõe a Súmula 7 do STJ.

2. *A exigência legal de que o militar seja incapaz, inclusive para atividades da vida civil, diz respeito, tão-somente, à reforma com pagamento do soldo equivalente ao grau hierárquico imediatamente superior ao ocupado na ativa; hipótese diversa do caso dos autos.*

3. Agravo Regimental da *União* desprovido (STJ, AgRg no AREsp 61.062/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 05/03/2012).

Administrativo. Servidor público. Arts. 106, II, e 108, III, da Lei 6.880/1980. *Incapacidade para o serviço militar. Transferência para a reserva com remuneração equivalente à que recebia na ativa.*

1. É firme no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o militar tem o direito de ser transferido para a reserva, com remuneração equivalente àquela que percebia na ativa, quando for considerado incapaz para o serviço militar em decorrência de ferimentos oriundos de acidente sofrido no exercício de suas funções, nos termos dos arts. 106, II, e 108, III, da Lei 6.880/1980.

2. *A exigência legal de que o militar seja incapaz, inclusive, para atividades da vida civil, diz respeito tão-somente à hipótese do art. 110, § 1º, da citada norma, que prevê soldo equivalente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa, o que não ocorre no presente caso.*

3. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que o autor tem problema de saúde resultante de acidente sofrido quando da prestação de serviço militar e que, além de apresentar invalidez parcial, seu quadro clínico é irreversível. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.192.113/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 24/09/2010).

Conforme antes destacado, na forma da jurisprudência pacificada no STJ, após o julgamento dos EREsp 670.744/RJ (Rel. Ministro *Arnaldo*

Esteves Lima, Terceira Seção, DJU de 21/05/2007), “o Militar, portador do vírus HIV, tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, independentemente do estágio da doença. Precedentes: AgInt no REsp 1.765.522/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 3/4/2019; AgInt no REsp 1.682.949/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/12/2018” (STJ, AgInt no REsp 1.775.100/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 27/09/2019).

Sobre o assunto, destacou a *União*, em sua manifestação, a fl. 562e, que:

Como se vê, embora a soropositividade assintomática possa até gerar uma presunção abstrata de incapacidade laboral, permitindo a concessão da reforma com base no artigo 108, V, da Lei n. 6.880/80, mesmo nesse caso, o § 1º do artigo 110 exige comprovação concreta da invalidez para cálculo da remuneração com base no grau hierárquico imediato.

Assim, se a AIDS é doença que enseja reforma com base no inciso V, do artigo 108, e esse dispositivo exige invalidez para que haja reforma no grau hierárquico superior, não pode ser diferente no caso do militar que somente porta o vírus HIV.

Nesses casos, inclusive, não se pode pressupor a invalidez, principalmente quando existe prova em contrário nos autos. Afinal, a sorologia positiva sem sintomas e desenvolvimento da síndrome não induz qualquer incapacidade de per si.

Aliás, nunca houve nenhum debate, no âmbito deste STJ, sobre a aplicação do artigo art. 110, § 1º, da Lei n. 7.670/88 ao caso dos militares portadores de HIV assintomáticos.

O que se observa é que acabou constando obiter dictum de vários acórdãos a concessão de reforma no grau hierárquico superior, sem que nunca tenha havido a necessária reflexão e debate a respeito do o cálculo do soldo. Veja-se:

(...)

Como se vê, nem nos precedentes que são citados nos precedentes mais antigos, são explicitadas as razões por que a reforma dos militares portadores de HIV assintomáticos deve se dar no grau imediato. Apenas se reproduz a referida afirmação obiter dictum.

Acrescenta-se que, em recente oportunidade, a C. Primeira Seção desta Corte deu provimento aos embargos de divergência da União, sobre a impossibilidade de concessão de auxílio-invalidez a militar reformado e portador assintomático do vírus HIV.

(...) (REsp n. 1.426.743/RS - 2013/0418623-9 - julgado em 11/03/2020)

Ou seja, essa C. Primeira Seção concluiu que o militar reformado e portador assintomático do vírus HIV não é inválido.

Assim, a União requer que, na mesma linha de entendimento adotado no EREsp n. 1.426.743/RS, *caso essa C. Primeira Seção entenda que é cabível a reforma ex-officio, por incapacidade definitiva, do militar portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, seja, ao menos, afastado o cálculo da remuneração com base no posto hierarquicamente superior.*

Ressalte-se que situação diversa da controvérsia dos autos, mas que com ela guarda relação, foi apreciada por esta Primeira Seção, no julgamento, em 11/03/2020, dos EREsp 1.426.743/RS – invocados na aludida manifestação da *União* –, em que restou reafirmado o direito à reforma do militar, portador assintomático do vírus HIV, registrando-se, porém, que a percepção do *auxílio-invalidez* está condicionada aos ditames da norma regulamentadora, vale dizer, que o militar, inclusive o assintomático, contaminado pelo vírus HIV, seja “reformado por incapacidade definitiva e *considerado inválido*, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho e que necessite de cuidados permanentes de enfermagem”, consoante se depreende da ementa a seguir transcrita:

Embargos de divergência em recurso especial. Administrativo. *Militar reformado. HIV positivo assintomático. Auxílio-invalidez. Necessidade de observância dos requisitos legais.* Embargos de divergência providos.

I - Trata-se de embargos de divergência apresentados contra decisão proferida pela Primeira Turma, em que o embargante aponta dissídio jurisprudencial com o acórdão exarado no AgInt no REsp n. 1.250.523-RS, de minha relatoria, julgado em 19 de junho de 2018.

II - Cinge-se a controvérsia, no presente feito, quanto à necessidade ou não de comprovação dos requisitos legais para a concessão do auxílio-invalidez, em prol de militar reformado, portador do vírus HIV, ainda que assintomático.

III - O acórdão paradigma defende a tese de que a concessão do auxílio-invalidez a militar reformado, portador de AIDS assintomático, depende do atendimento dos requisitos previstos em lei. Assim, não se admite a concessão do benefício em apreço com base apenas na natureza da doença e/ou suposta possibilidade de necessidade futura.

(...)

V - Os reformados, em virtude da contaminação do vírus HIV, se desejarem receber o auxílio-invalidez, deverão se submeter aos ditames da norma regulamentadora, já que a lei estabelece que o benefício será concedido ao “reformado por incapacidade definitiva e considerado inválido, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho e que necessite de cuidados permanentes de enfermagem”, não excepcionando de tal regra o reformado contaminado pelo vírus HIV, assintomático.

VI - Em sentido análogo ao acórdão paradigma: AgInt no REsp n. 1.742.361/SC, Segunda Turma, de Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, julgado em 6/9/2018.

VII - Embargos de divergência em recurso especial acolhidos (STJ, EREsp 1.426.743/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe de 19/05/2020).

No aludido julgamento, em 11/03/2020, proferi voto, em que destaquei que a reforma do militar portador do vírus HIV, mesmo que assintomático, difere da hipótese de *concessão de auxílio-invalidez*, previsto na Lei 5.787/72, revogada pela Lei 8.237/91, que, por sua vez, foi revogada pela Medida Provisória 2.215-10, de 31/08/2001, cuja matéria foi objeto da Lei 11.421, de 21/12/2006, demonstrando, ainda, que, na forma da jurisprudência do STJ, “o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático e independentemente do grau de desenvolvimento da doença, tem direito à reforma *ex officio*, por incapacidade definitiva, nos termos do art. 108, V, da Lei 6.880/80, *com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior*”, *in verbis*:

(...) consoante entendimento firmado no âmbito desta Corte, o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático e independentemente do grau de desenvolvimento da doença, tem direito à reforma ex officio, por incapacidade definitiva, nos termos do art. 108, V, da Lei 6.880/80, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior e, quanto a isso, não há divergência jurisprudencial.

A questão em debate diz respeito à concessão do auxílio-invalidez, anteriormente previsto na Lei 5.787/72, revogada pela Lei 8.237/91, que, por sua vez, foi revogada pela Medida Provisória 2.215-10, de 31/08/2001, cuja matéria foi objeto da Lei 11.421, de 21/12/2006.

Consoante assinalado pelo acórdão ora embargado, eis o teor da legislação vigente:

MP 2.215-10, de 31/08/2001

Art. 2º. Além da remuneração prevista no art. 1º desta Medida Provisória, os militares têm os seguintes direitos remuneratórios:

I - observadas as definições do art. 3º desta Medida Provisória:

(...)

g) *auxílio-invalidez*; e

(...)

Art. 3º. Para os efeitos desta Medida Provisória, entende-se como:(...)

XV - auxílio-invalidez - direito pecuniário *devido ao militar na inatividade, reformado como inválido*, por incapacidade para o serviço ativo, conforme regulamentação; e

(...).

Lei 11.421, de 21/12/2006

Art. 1º O auxílio-invalidez de que trata a Medida Provisória n. 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, é devido, nos termos do regulamento, ao militar que necessitar de internação especializada, militar ou não, ou assistência, ou cuidados permanentes de enfermagem, devidamente constatados por Junta Militar de Saúde, e ao militar que, por prescrição médica, também homologada por Junta Militar de Saúde, receber tratamento na própria residência, necessitando assistência ou cuidados permanentes de enfermagem.

Em circunstâncias tais, tenho entendido que a concessão do auxílio-invalidez não pode ser deferido automaticamente, sem a observância dos requisitos legais. Embora a doença acometida ao autor, ora embargado, não tenha cura e necessite de uma rotina especial e de constante vigilância médica, não se pode admitir a concessão de benefício tão somente pela existência da doença e pela possibilidade de que o militar reformado, talvez um dia, precise de cuidados especiais.

No entanto, refletindo melhor sobre a questão da reforma do militar, portador do vírus HIV, mormente o assintomático, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierarquicamente superior ao da ativa, penso que assiste razão à União, merecendo a matéria ser revisitada, à luz do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.

Com efeito, nos aludidos EREsp 670.744/RJ, de relatoria do Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, a Terceira Seção do STJ rejeitou os Embargos de Divergência, para manter o acórdão embargado, de relatoria do saudoso Ministro *Hélio Quaglia*, que negara provimento ao Recurso Especial, interposto pela União, contra acórdão que concedera a reforma a militar assintomático, portador do vírus HIV, *por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas*, na forma dos arts. 106, II, 108, V, e 109 da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, com proventos calculados com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao da ativa.

Examinando os acórdãos confrontados no julgamento dos EREsp 670.744/RJ, de relatoria do Ministro *Arnaldo Esteves Lima* (Terceira Seção, DJU de 21/05/2007), anteriormente transcritos e reiteradamente citados nos precedentes subsequentes do STJ sobre o assunto, observa-se que o acórdão

embargado, de relatoria do Ministro *Hélio Quaglia Barbosa* (REsp 670.744/RJ, *Sexta Turma*, DJU de 17/12/2004), afirmara que, *in verbis*:

Depreende-se, dos elementos fático-probatórios estabelecidos pelo acórdão impugnado, que a situação do recorrido se adapta perfeitamente à norma legal, de modo que *tem o direito de ser reformado ex officio por incapacidade definitiva em razão de ser portador do vírus HIV consoante apurado em laudo médico*.

4. Posto isso, *impõe-se reconhecer que restou bem aplicado pelas instâncias ordinárias o § 1º do art. 110 da Lei n. 6.880/80, porquanto é irrelevante se o recorrido é portador do vírus HIV ou se já desenvolveu a doença. De fato, a Lei n. 7.670/88 não distinguiu tais situações, de modo que não cabe ao intérprete fazê-lo, aplicando-se o brocardo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

5. Vale ponderar que não logra êxito o argumento da recorrente no sentido de que o portador do vírus do HIV não resta incapacitado para as atividades laborativas na vida civil, fator que justificaria a reforma militar, sendo, o escopo do legislador proteger o indivíduo que desenvolveu a AIDS, *assim como as demais doenças relacionadas no inciso V do artigo 108 do Estatuto dos Militares*.

Com efeito, *a impossibilidade total ou permanente para qualquer trabalho não é condição para a reforma militar por incapacidade definitiva; ao contrário, é uma causa de remuneração diferenciada, consoante determina a Lei n. 6.880/80:*

Art. 110. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos *itens I e II* do artigo 108 será reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa.

Ora, se a impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho gera o direito a uma remuneração diferenciada, conclui-se que ela não constitui pressuposto da incapacidade definitiva.

Em idêntico sentido, esta Sexta Turma, na assentada de 19.10.2004, já se pronunciou, conforme se extrai do teor da seguinte ementa:

Recurso especial. Militar. *Reforma ex officio por incapacidade definitiva. Portador do vírus HIV. Desenvolvimento da AIDS. Irrelevância*. Leis n. 6.880/80 e 7.670/88. Recurso especial não provido.

1. *O militar portador do vírus HIV tem direito à concessão da reforma ex officio por incapacidade definitiva, nos termos dos artigos 104, II, 106, II, 108, V, todos da Lei n. 6.880/80, c/c artigo 1º, I, "c", da Lei n. 7.670/88.*

2. *É irrelevante se o militar é portador do vírus HIV ou se já desenvolveu a doença. De fato, a Lei n. 7.670/88 não distinguiu tais situações, de modo que*

não cabe ao intérprete fazê-lo, aplicando-se o brocardo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

3. Recurso especial não provido (REsp n. 662.566/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, acórdão pendente de publicação).

Como se vê, embora o acórdão então embargado, objeto dos EREsp 670.744/RJ, tenha mantido a reforma do militar assintomático, portador do vírus HIV, por *incapacidade definitiva apenas para o serviço ativo das Forças Armadas*, o seu Relator, o saudoso Ministro *Hélio Quaglia*, consignou que “a impossibilidade total ou permanente para qualquer trabalho [ou seja, a invalidez] não é condição para a reforma militar por incapacidade definitiva [que o acórdão embargado concedera]; ao contrário [a invalidez], é *uma causa de remuneração diferenciada*”. Entretanto, mesmo concedendo a reforma por incapacidade definitiva apenas para o serviço ativo das Forças Armadas, o acórdão então embargado manteve os proventos do militar com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao da ativa, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, que exige, para a hipótese do art. 108, V, da mesma Lei, que o militar seja “*considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho*”.

Por outro lado, não obstante não negasse o direito à reforma do militar, na hipótese, o acórdão paradigma, indicado nos EREsp 670.744/RJ, proferido no REsp 635.785/RJ, de relatoria do Ministro *Gilson Dipp* (*Quinta Turma*, DJU de 02/08/2004), consignara que:

Com efeito, o § 1º do art. 110 da Lei n. 6.880/80 é claro no sentido de que para fins de reforma com proventos do posto hierarquicamente superior, o militar deve ser considerado inválido, na medida em que se torne integral e definitivamente inabilitado para qualquer espécie de ofício.

Não se está, aqui, negando o direito do autor concedido pela Lei n. 7.670/88. O art. 1º, inciso I, alínea “c” desse ato normativo tão somente incluiu o portador do HIV, bem como aquele acometido pela Síndrome da Imunodeficiência Adquirida SIDA/AIDS, no rol das doenças que tornam o militar definitivamente incapaz para o serviço ativo das Forças Armadas, para efeitos de reforma ex officio, disposta do art. 106, inciso II do Estatuto dos Militares. Isto significa dizer que direito a ser reformado de ofício por ser possuidor daquela enfermidade ele tem. O que não pode ser reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa, porque não foi julgado inválido para qualquer tipo de trabalho.

Muito embora os acórdãos em confronto divergissem apenas quanto à aplicabilidade do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, os Embargos de Divergência

670.744/RJ foram julgados fazendo prevalecer o acórdão embargado, no sentido de que o militar, portador do vírus HIV, tem direito à reforma, independentemente do grau de desenvolvimento da doença, *constando a remuneração no grau hierárquico superior*.

No acórdão dos EREsp 670.744/RJ, o Relator, Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, não analisou a questão à luz do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, muito embora o aresto embargado tenha mantido o acórdão então recorrido – quando concedera a reforma por incapacidade definitiva apenas para o serviço ativo das Forças Armadas –, asseverando que tal tipo de reforma não demanda a invalidez total e permanente para qualquer trabalho, que é “uma causa de remuneração diferenciada”, que é prevista no § 1º do art. 110 da lei 6.880/80, para a hipótese do art. 108, V, da mesma Lei.

A partir desse julgamento, a ementa do precedente dos EREsp 670.744/RJ passou a ser reiteradamente invocada em julgados posteriores do STJ, inclusive de minha relatoria, sem maior exame da matéria, que, a meu sentir, merece ser revisitada, especialmente por se tratar, no presente caso, de julgamento em sede de recurso repetitivo, com efeitos vinculantes.

Observo, ademais, que o entendimento quanto à necessidade da invalidez, para a incidência do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, foi reafirmado, em 2010, pelo Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, em julgado posterior, quando asseverou que “o § 1º do art. 110 da Lei n. 6.880/80 é claro no sentido de que para fins de reforma com proventos do posto hierarquicamente superior, o militar deve ser considerado inválido, na medida em que se torne integral e definitivamente inabilitado para qualquer espécie de ofício” (REsp 635.785/RJ, Rel. Min. *Gilson Dipp*, Quinta Turma, DJ 2/8/04). Tendo o Tribunal *a quo*, com base no conjunto probatório dos autos, firmado a compreensão no sentido de que o recorrente *não estaria totalmente incapaz*, rever tal entendimento demandaria o reexame de provas, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ” (STJ, REsp 1.050.998/RN, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010).

Com efeito, além de a Terceira Seção não mais ser competente para o exame da matéria, o aludido precedente firmado nos EREsp 670.744/RJ, inúmeras vezes invocado em julgados posteriores do STJ, apesar de conferir ao militar, portador assintomático do vírus HIV, o direito à reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas – com o que concordo –, não examinou o assunto, de maneira suficiente e à luz do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, ao conceder a remuneração com base no soldo correspondente ao

grau hierárquico imediato ao ocupado pelo militar na ativa, hipótese na qual o referido art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80 exige a configuração da invalidez para o serviço militar e civil.

Registre-se, outrossim, que a Lei 7.670/88, ao incluir, em seu art. 1º, I, c, a SIDA/AIDS como uma das doenças que ensejam a reforma pelo art. 108, V, da Lei 6.880/80, não estabeleceu, para a hipótese, qualquer tratamento diferenciado para o portador do vírus HIV, em relação às demais moléstias, no que diz respeito à remuneração do militar.

Aliado a isso, em relação a outras doenças, como visto, igualmente enumeradas no art. 108, V, da Lei 6.880/80, o Superior Tribunal de Justiça tem proclamado, conforme precedentes já citados, a necessidade de configuração da invalidez para a aplicação do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, o que não poderia ser diferente para a SIDA/AIDS.

Sendo assim, entendo que não há como aplicar a jurisprudência do STJ, firmada nos aludidos EREsp 670.744/RJ, neste ponto e na hipótese, por exigir o art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80 – antes ou depois da Lei 13.954/2019 –, além da incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, a *invalidez*, para que o militar, portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da doença, seja reformado com soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa.

No particular, estou me reposicionando, inclusive na tese proposta.

III- Tese jurídica firmada (art. 104-A, III, do RISTJ)

Para cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese:

O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, tem direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, porém, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, se não estiver impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.

IV- Solução dada ao caso concreto (art. 104-A, IV, do RISTJ)

Firmada a tese jurídica, resta o exame do caso concreto.

Conforme relatado, trata-se, na origem, de Ação Ordinária, ajuizada em 10/01/2018, por *José Henrique Cassariogo da Costa*, militar temporário do Exército Brasileiro, portador do vírus HIV, contra a *União*, objetivando a concessão da reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, nos termos dos arts. 104, II, 106, II, e 108, V, da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, bem como indenização por danos morais, em virtude de assédio moral, no local de trabalho, e abalos psicológicos sofridos, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

O Juízo de 1º Grau julgou improcedente a demanda, a fls. 312/320e, eis que “*o laudo pericial acostado nos autos constatou que a parte autora é portadora do vírus HIV, mas sem a doença AIDS ou SIDA. E mais importante: não foi constatada incapacidade decorrente de tal moléstia, pois as conclusões do perito em que sugeriu alguma incapacidade, estiveram baseadas num sintoma alegado pela parte autora, a fadiga, mas não na moléstia*” (fl. 318e), bem como que *não se verificou “a comprovação de dano moral em razão do simples fato de ter contraído a doença, independentemente de se perquirir se foi ou não acidente em serviço”, tampouco a ocorrência do assédio moral* (fl. 319e).

O Tribunal de origem, em 20/08/2019 – antes do advento da Lei 13.954, de 16/12/2019, que alterou, sobre o assunto, a Lei 6.880/80 –, afastou, primeiramente, as alegações de nulidade da perícia e de cerceamento de defesa e negou provimento à Apelação do autor, ora recorrente, ao fundamento de que “*o autor é portador assintomático do HIV, não apresentando qualquer manifestação de infecção que pudesse interferir na realização de suas atividades laborais* - eis que foi admitido na inspeção de saúde do exército sem restrições, podendo continuar a realização das mesmas e não havendo qualquer tipo de incapacidade laborativa decorrente da infecção pelo r. vírus” (fl. 399e), bem como que “*não há prova de que o autor tenha sido submetido a esforço físico ou situação que possa ter colocado sua vida em risco ou que tenha lhe causado sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico*”, ou prova de assédio moral (fl. 407e).

O recorrente sustenta, nas razões do Recurso Especial, ofensa aos arts. 104, II, 106, II, e 108, V, da Lei 6.880/80 e 1º, I, c, da Lei 7.670/88, bem como ao art. 186 do Código Civil, pugnando pela reforma do acórdão recorrido, para assegurar o seu direito à reforma e a concessão de indenização por dano moral (fls. 416/437e).

Assiste, *em parte*, razão ao recorrente, porquanto o acórdão recorrido, ao afastar, no caso, o direito à reforma do militar temporário, portador

assintomático do vírus HIV, em momento *anterior* à Lei 13.954/2019 (Boletim interno 227/2017), diverge da jurisprudência do STJ, ratificada na tese firmada no presente recurso repetitivo, merecendo, assim, ser reformado.

No que toca ao pedido de indenização por danos morais, o Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos e provas, consignou que “*não há prova de que o autor tenha sido submetido a esforço físico ou situação que possa ter colocado sua vida em risco ou que tenha lhe causado sofrimento, humilhação ou constrangimento público por parte de superior hierárquico. Correta a conclusão, portanto, no sentido de que não restou evidenciada situação que pudesse configurar assédio moral, não restando caracterizada perseguição por parte de superior hierárquico, razão pela qual não há supedâneo para a pleiteada indenização por danos morais em virtude de assédio moral*” (fl. 407e).

Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente, no particular, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

A propósito:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. *Ação de indenização. Danos morais. Prequestionamento. Ausência. Legitimidade passiva ad causam. Reexame fático-probatório. Súmula 7 do STJ. Incidência. Divergência jurisprudencial. Análise. Prejuízo.*

(...)

3. *É inviável, em sede de recurso especial, o reexame de matéria fático-probatória, nos termos da Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”*

4. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, reconheceu a legitimidade passiva *ad causam* da entidade bancária.

5. O STJ tem o entendimento de que “a incidência do enunciado n. 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa” (AgInt no AREsp 398.256/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 10/03/2017).

6. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no REsp 1.880.769/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 03/12/2020).

Administrativo e Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. *Ação de indenização por danos materiais e morais*. Decretação de prisão. Retratação da vítima. Absolvição. *Tribunal de origem que, diante do acervo fático da causa, entendeu não ter ocorrido erro judiciário, afastando a responsabilidade civil do Estado. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula 7/STJ*. Divergência jurisprudencial prejudicada.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que “o conjunto probatório produzido permite concluir que o Estado, ao decretar a prisão do autor, agiu com os elementos que estavam à sua disposição, como prova testemunhal e demais elementos da materialidade e indícios suficientes da autoria, em decisão devidamente fundamentada, guardando pertinência com a legislação aplicável. A segregação realizada se encontrava respaldada no sistema jurídico, face à confirmação, em segundo grau, da sentença penal condenatória (fls. 105/111). De outra banda, a absolvição do demandante aconteceu em face da retratação da vítima que, posteriormente, veio a reconhecer que teria se equivocado no momento do reconhecimento de ser Rogério o autor do fato delituoso” (fl. 352, e-STJ).

2. *É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 desta Corte: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.”*

(...)

4. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.649.945/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 09/12/2020).

Sobre os valores pretéritos devidos, devem incidir correção monetária e juros de mora, calculados de acordo com os parâmetros delineados pela Primeira Seção do STJ, no REsp 1.495.144/RS (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Primeira Seção*, DJe de 20/03/2018), julgado sob o rito dos recursos especiais repetitivos.

Ante o exposto, conheço, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados pela parte autora, com a concessão da reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía o autor na ativa, por não estar ele impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, na vida castrense e civil, condenando a *União* ao pagamento dos honorários advocatícios a serem fixados quando da liquidação do julgado, com fundamento no art. 85, § 4º, II, do CPC/2015.

V- Conclusão

Ante todo o exposto, proponho seja firmada a seguinte tese: “O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, porém, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, se não estiver impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.”

Quanto ao caso concreto, conheço, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados pela parte autora, com a concessão da reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía o autor na ativa, por não estar ele impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, na vida castrense e civil, condenando a União ao pagamento dos honorários advocatícios a serem fixados quando da liquidação do julgado, com fundamento no art. 85, § 4º, II, do CPC/2015.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de recurso especial interposto por **José Henrique Cassariogo da Costa**, submetido ao rito do art. 1.036 do CPC/2015, em conjunto com os REsps ns. 1.876.406/RJ e 1.901.989/RS, contra acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, por unanimidade, afastou a pretensão de concessão de reforma ao Autor militar, portador assintomático do vírus HIV, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato (fls. 394/409e).

Remetido a esta Corte, o recurso foi distribuído a Sra. Ministra Assusete Magalhães, que propôs a afetação à sistemática repetitiva, a fim de se dirimir a seguinte questão controvertida: “Definir se o militar diagnosticado como portador do vírus HIV tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, com remuneração calculada com

base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que possuía na ativa”.

Afetado o tema, Sua Excelência, na sessão de 27.04.2022, proferiu voto no qual propôs, ao final, a fixação de tese vinculante – acolhida por unanimidade pela 1ª Seção –, assim enunciada: “O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, porém, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, se não estiver impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80”.

Não obstante, manifestei-me, na ocasião, quanto à necessidade de se modularem os efeitos do pronunciamento, ponto não abordado pela Sra. Relatora, motivando pedido de vista regimental.

Reapresentados os autos na assentada seguinte (11.05.2022), Sua Excelência posicionou-se pelo não cabimento da modulação, tendo sido acompanhada pelos Srs. Ministros Gurgel de Faria, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Manoel Erhardt (Des. Convocado do TRF da 5ª Região), formando, assim, a maioria.

O Sr. Ministro Herman Benjamin acompanhou a divergência por mim inaugurada, e propôs que as conclusões do julgamento fossem aplicadas apenas aos feitos em segundo grau de jurisdição, vale dizer, adotando modulação mitigada, posicionamento que contou com a minha adesão.

Brevemente relatado, passo ao voto.

Este Superior Tribunal, desde o julgamento dos EREsp n. 670.744/RJ (3ª S., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima), ocorrido há quinze anos (j. 09.05.2007, DJ 21.05.2007), vinha abraçando, *dominantemente*, a orientação segundo a qual o militar assintomático, portador do vírus HIV, fazia jus à reforma com o soldo calculado à base da remuneração do posto hierarquicamente superior ao ocupado na ativa, posicionamento superado pela tese vinculante agora firmada.

Anote-se que tal entendimento foi preservado e adotado, predominantemente, no âmbito das Turmas de Direito Público, mesmo após a mudança regimental havida ainda em 2011, mediante a qual se retirou, da 3ª Seção, a competência para o julgamento da matéria.

Isso considerado, o art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB estatui que “*as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas*” (destaquei).

Logo, a discussão a respeito da necessidade de modulação dos efeitos transcende o julgamento dos presentes recursos repetitivos, como também o próprio Tema afetado, porquanto se discute, a rigor, a *responsabilidade pela confiança gerada pelas decisões judiciais*, fenômeno inerente ao Estado de Direito.

Noutro giro, está em causa, em última análise, a própria *credibilidade do Poder Judiciário*.

Aliado a isso, o art. 927, § 3º, do CPC/2015, dispõe que, “na hipótese de alteração de jurisprudência *dominante* do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no *interesse social* e no da *segurança jurídica*” (destaquei).

Verifica-se, portanto, que o parâmetro eleito pela lei foi a existência de jurisprudência *dominante*, vale dizer, aquela em que, na *maior parte* dos julgamentos, tenha sido abraçada determinada linha de entendimento.

Por conseguinte, não se impõe, para a finalidade pretendida pela norma, que o repertório jurisprudencial sobre o tema seja uniforme, uníssono ou unânime.

Exegese diversa, aliás, implicaria manifesto descumprimento do próprio Estatuto Processual, ao se exigir, indevidamente, requisito não previsto na norma.

Dito isso, é inquestionável que, no presente contexto, a jurisprudência atualmente dominante foi haurida, bem ou mal, dos apontados embargos de divergência.

Isso se traduziu em *segurança jurídica para os jurisdicionados*, os quais contaram, por quinze anos, com estabilidade do posicionamento desta Corte sobre a matéria, além de ter garantido orientação para as instâncias ordinárias.

Noutro plano, o entendimento ora firmado, sem a necessária calibração, destituiu, de forma retroativa, situação juridicamente mais favorável aos interessados, vulnerando, assim, o interesse social, representado pela *justa expectativa* dos jurisdicionados na preservação da compreensão longaeva, firmada no bojo dos EREsp n. 670.744/RJ.

Por isso, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao analisarem a redação do art. 927, § 3º, do CPC/2015, exprimem, conclusivamente: “tendo em vista os princípios em que se baseia o direito brasileiro, a superação de entendimento (*overruling*) sempre demandará modulação dos efeitos, não sendo tal modulação facultativa, como o texto comentado parece fazer crer” (*Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 2.059).

Dessarte, pedindo vênia à ilustrada maioria formada, *divirjo da Sra. Relatora para afastar do alcance da eficácia do presente repetitivo os acórdãos favoráveis aos militares, proferidos pelos Tribunais de apelação, na forma da jurisprudência pretérita. É o voto.*

VOTO-VISTA REGIMENTAL

(Necessidade ou não de modulação dos efeitos do julgado)

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Na última sessão de julgamento da Primeira Seção do STJ, em 27/04/2022, o Colegiado aprovou, à unanimidade, a seguinte tese: “O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS, porém, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, se não estiver impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80”.

Naquela assentada, a Primeira Seção analisou a matéria afetada ao rito dos recursos repetitivos sob três aspectos: (I) Militar assintomático, portador do vírus HIV, e o direito à reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas; (II)*Alteração promovida pela Lei 13.954/2019 nos arts. 106 e 109 da Lei 6.880/80; e (III)*Militar assintomático, portador do vírus HIV, e a inexistência de direito à reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato, nos termos do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, com revisitação da matéria.

Quanto ao terceiro ponto, referente à questão da reforma do militar, portador do vírus HIV, mormente o assintomático, *com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierarquicamente superior ao da ativa,*

entendeu-se que assiste razão à *União*, merecendo o assunto a revisitação do tema, pela Primeira Seção, à luz do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.

Concluiu-se, assim, que “não há como aplicar a jurisprudência do STJ, firmada nos aludidos EREsp 670.744/RJ, neste ponto e na hipótese, por exigir o art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80 – antes ou depois da Lei 13.954/2019 –, além da incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, a *invalidéz*, para que o militar, portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da doença, seja reformado com soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa”.

Sobre este tópico, a Ministra *Regina Helena Costa*, não obstante tenha acompanhado a Relatora, quanto à tese aprovada, propôs a modulação dos efeitos do julgado, nos termos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, para que a alteração da jurisprudência do STJ, que seria anteriormente pacífica, firmada nos EREsp 670.744/RJ, no âmbito da Terceira Seção, desde 2007, produza efeitos *ex nunc*, ou seja, tão somente a partir do julgamento do tema objeto do presente recurso repetitivo.

Defendeu a Ministra *Regina Helena Costa*, ainda, que casos já julgados, mas ainda pendentes, estariam fora do alcance da nova proposição de entendimento, em prol da segurança jurídica e do interesse social. Ponderou que a tese aprovada pela Primeira Seção deveria orientar novos casos a serem julgados.

O Ministro *Herman Benjamin*, no ponto, considerando a natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde, manifestou-se por uma posição intermediária, com caráter prospectivo, mediante modulação dos efeitos do julgado a ser feita de maneira mitigada, a partir da decisão das instâncias ordinárias recursais, ou seja, “julgados em segunda instância”, sem se limitar à distribuição das ações propostas a partir da data do julgamento do tema, pela Primeira Seção.

A partir do exame das notas taquigráficas do julgamento, na assentada de 27/04/2022, verifica-se que, no debate sobre a modulação de efeitos do julgado, ponderou a Ministra *Regina Helena Costa* que “os casos que foram decididos e já julgados de outra maneira, penso que não se possa mais mudar. É daqui para frente que se vai alterar. *Casos novos dessa situação, então, já se decide dessa maneira*”.

Assim se manifestou o Ministro *Herman Benjamin*, em debate sobre o assunto:

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Presidente, eu gostaria, em primeiro lugar, de pontuar que nós estamos aqui tratando de saúde, ou seja, a questão dos efeitos prospectivos... não se trata de um instituto que vai se aplicar igualmente em todas as hipóteses da casuística dos litígios que chegam ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Para mim, esse ponto é muito importante.

Em segundo lugar, eu concordo com a ideia de que, independentemente, Ministra Assusete, de a jurisprudência ser absolutamente uníssona ou não, e V. Exa., no seu voto, que é muito esmerado, exaustivo, demonstra que não havia essa absoluta consistência numa única direção.

Talvez nós pudéssemos, considerando as circunstâncias da natureza jurídica do bem tutelado e saúde, imaginar uma situação intermediária, um caráter prospectivo, mas prospectivo a partir de decisão das instâncias ordinárias – entenda-se: das instâncias ordinárias recursais –, porque creio que a lei não nos impede de fazer isso, de estabelecer os efeitos para o futuro, prospectivos, mas limitar a um dies a quo, conectar esses efeitos ao dies a quo que esteja para trás, porque, sinceramente, se não há uma absoluta uniformidade nos precedentes, nós aqui dizermos que ações que foram propostas ontem estariam cobertas pelo entendimento hoje alterado, ou ações que estão tramitando há dois, três anos, em que não há sentença em primeiro grau, penso que aí estaríamos talvez indo além daquela preocupação legítima, social e também de segurança jurídica aqui expressada pela Ministra Regina Helena.

Não sei se, quando a Ministra Regina Helena falou dos casos julgados, referia-se – não consigo ver a Ministra aqui –, se S. Exa. se referia exatamente a casos que já estejam julgados nas instâncias ordinárias.

(...)

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Se for assim, eu estaria de acordo com a posição. Mas se for um efeito prospectivo em que ações que tenham sido propostas hoje de manhã estariam abrigadas sob o manto, o guarda-chuva do entendimento que aqui se chegou ou se afastou inteiramente, aí eu teria dúvidas e preferia acompanhar o voto original da eminente Relatora.

(...)

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Agora, uma ação proposta hoje pela manhã, Ministra Regina Helena, se levarmos isso para todas as áreas, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça só irá valer daqui a vinte anos, em todas as áreas, é quando esses processos chegam aqui.

(...)

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Simplesmente olhar para o momento em que conclirmos este julgamento e dizer tudo o que entrou até agora, não é tudo o que julgou, e julgou em segundo grau, mas tudo o que entrou estaria blindado. Não é isso.

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Ministra Assusete – se me permite, Sr. Presidente –, é uma modulação bem mitigada. Mas penso que seja o mínimo para resguardar a segurança jurídica, é o mínimo. A minha proposta seria mais ampla,

bem mais, mas é o mínimo para resguardar interesse social e segurança jurídica. Quer dizer, se tiver dois julgamentos, se tiver confirmação em duplo grau, penso que não temos condição de reformar esses julgados, à vista dos quinze anos de jurisprudência no mesmo sentido. Não temos nem...

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Eu gostaria, Ministro Herman, de esclarecer, até para eu entender. *O que V. Exa. está propondo é que as decisões proferidas em segundo grau até agora, com base na jurisprudência, que é a que estamos mudando, elas sejam mantidas, não é?*

O Sr. Ministro Herman Benjamin: *É.*

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): *E, a partir de então, vamos supor, no caso de o Tribunal de segundo grau já ter julgado, mantém-se a posição antiga. Se for julgar, ele teria que aplicar esse novo entendimento.*

O Sr. Ministro Herman Benjamin: *Exatamente.*

(...)

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): *É, mas veja só: o terceiro caso em que houve sustentação, o Tribunal de segundo grau, o TRF-4, afastou exatamente com fundamento no precedente da Corte Especial, ele usou o precedente da Corte Especial de 2018.*

O Sr. Ministro Herman Benjamin: *Veja, se o Tribunal, a instância ordinária adotou a tese nova que está aqui aposta, que está sendo trazida, acho que é uma hipótese que sai dessa modulação.*

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: *Não, mas, veja bem, o precedente da Corte Especial, no segundo item, não reformou, ele tratou de uma questão que se poderia entender como repercussão, mas ele não tratou exatamente, ele não superou os embargos de divergência.*

Os embargos de divergência estamos superando agora. Penso que tem que reformar, penso que o Tribunal tem que reformar para aplicar o entendimento que vigorava (...).

Observa-se dos debates que, ao fim, ainda persistia divergência entre os limites da modulação dos efeitos do julgado, nas propostas da Ministra *Regina Helena Costa* e do Ministro *Herman Benjamin*.

Para melhor apreciação da questão nova, surgida no curso do julgamento, referente à modulação dos efeitos do julgado, no caso, com fundamento no art. 927, § 3º, do CPC/2015, pedi vista regimental, com fundamento no art. 161, § 1º, parte final, do RISTJ, ficando, porém, aprovada a tese.

Não obstante a modulação dos efeitos de decisões judiciais tenha sido realizada em várias oportunidades antes do Código de Processo Civil de 2015,

pelo Supremo Tribunal Federal, foi ela incluída na redação da nova lei adjetiva civil, ao estabelecer que:

Art. 927.

(...)

§ 3º Na hipótese de *alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores* ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, *pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.*

Como se extrai do aludido dispositivo legal, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em regra, a eficácia *ex tunc* das decisões judiciais, na medida que *permite* aos Tribunais Superiores, *excepcionalmente*, a modulação dos efeitos dos seus julgados, na hipótese de alteração da jurisprudência dominante.

Nessa perspectiva, bem anota o Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, em artigo sobre o tema:

A proteção da segurança jurídica e da igualdade ganha especial relevo em um sistema de precedentes obrigatórios, como o que se criou com o novo CPC, inspirado na doutrina do stare decisis, amplamente utilizado nos países do common law, a qual tem uma dimensão horizontal, que impõe aos tribunais superiores a obediência aos seus próprios precedentes, e outra vertical, que obriga todos os juízes e tribunais a observarem a jurisprudência vinculante dos tribunais aos quais se encontrarem hierarquicamente acima.

(...)

Como a jurisprudência deixa de ter eficácia meramente persuasiva e passa a ter eficácia vinculante, a alteração da jurisprudência dominante, ou seja, a superação do precedente (overruling), que, em regra, produz efeitos retroativos, ganha grande repercussão.

(...)

Um sistema de precedentes obrigatórios ou vinculantes justifica-se com base nos princípios da segurança jurídica e da isonomia. A segurança jurídica enfeixa as noções de previsibilidade das decisões judiciais, contribuindo para maior eficiência do sistema de justiça, já que, por um lado, os aplicadores do direito não terão de, a cada caso, refazer o percurso hermenêutico que determinou a incidência da norma ao fato; por outro, os jurisdicionados terão orientação calculável de como proceder. Assim, haverá simplificação, redução da morosidade e diminuição da litigiosidade. A isonomia significa que casos substancialmente iguais não terão soluções diferentes, não haverá "loteria jurisdicional".

Previsibilidade e igualdade não são, contudo, os únicos valores a tutelar.

(...)

Seja como for, para que haja superação ou revogação de precedentes, é preciso que alguns critérios sejam preenchidos, já que a mudança de entendimento dos tribunais, especialmente dos tribunais superiores, não deve ser trivializada. *A perda de coerência ou consistência sistêmica, de um lado, e a falta de congruência social, de outro, são apontados como requisitos para a superação.*

(...)

Em princípio, a superação do precedente implica a retroatividade da nova decisão. Em caráter excepcional, admite-se que o órgão julgador, ao mudar o precedente aplicável aos fatos descritos nos autos, defina de outro modo os efeitos do novo precedente. Fala-se em superação com efeitos prospectivos (*prospective overruling*) quando o colegiado estabelece que a nova decisão só terá efeitos para o futuro. Em geral, a data a partir da qual será exigível o novo precedente é a data da publicação do acórdão. Contudo, é possível que, em virtude de circunstâncias peculiares, o tribunal defina uma outra data como termo inicial da aplicação da decisão.

(...)

A regra que autoriza, mas não impõe, a modulação decorre da necessidade de conferir discricionariedade ao colegiado que altera o precedente para modular ou não os efeitos de sua decisão revogadora. Ordinariamente, o efeito será retroativo. O ônus argumentativo na hipótese de modulação é maior: deve-se demonstrar que modulação se faz no interesse social e no da segurança jurídica (in “Temas Atuais e Polêmicos da Justiça Federal”, JusPodivm, 2018, cap. 7, p. 110/117).

Nesse sentido, aliás, orienta-se acórdão do STJ, de relatoria da Ministra *Nancy Andrigli*, que adverte que “a modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido”:

Recurso especial. Seguro de vida. Mudança de jurisprudência. Aplicação do entendimento antigo. Teoria da *prospective overruling*. *Mudança de entendimento prospectiva. Proteção da confiança. Necessidade de proteção.* Precedentes qualificados. Não incidência na hipótese.

1. Ação ajuizada em 09/01/2012, recurso interposto em 28/03/2016 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017.

2. O propósito recursal consiste em determinar se, na hipótese de mudança de jurisprudência, a nova orientação poderia ser aplicada indiscriminadamente sobre os litígios surgidos durante a vigência do entendimento jurisprudencial anterior, ainda mais sobre aqueles já submetidos ao Poder Judiciário.

3. A teoria da superação prospectiva (prospective overruling), de origem norte-americana, é invocada nas hipóteses em que há alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais e afirma que, quando essa superação é motivada pela mudança social, seria recomendável que os efeitos sejam para o futuro apenas, isto é, prospectivos, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto.

4. A força vinculante do precedente, em sentido estrito, bem como da jurisprudência, em sentido substancial, decorre de sua capacidade de servir de diretriz para o julgamento posterior em casos análogos e de, assim, criar nos jurisdicionados a legítima expectativa de que serão seguidos pelo próprio órgão julgador e órgãos hierarquicamente inferiores e, como consequência, sugerir para o cidadão um padrão de conduta a ser seguido com estabilidade.

5. A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido.

6. Na hipótese, é inegável a ocorrência de traumática alteração de entendimento desta Corte Superior, o que não pode ocasionar prejuízos para a recorrente, cuja demanda já havia sido julgada procedente em 1º grau de jurisdição de acordo com a jurisprudência anterior do STJ.

7. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 1.721.716/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 17/12/2019).

Questão que se coloca, de início, para análise da proposta de efeitos prospectivos da tese aprovada pela Primeira Seção, feita pela Ministra *Regina Helena Costa*, trata-se da *excepcionalidade* da modulação de efeitos prevista no art. 927, § 3º, do CPC/2015, que deve ser – como asseverado pela Ministra *Nancy Andrighi* – feita *com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas*, para atender os dois objetivos previstos no aludido dispositivo legal.

A modulação de efeitos de julgado, quando alterada a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, *não é, portanto, dada a excepcionalidade da medida, feita de maneira obrigatória ou impositiva*, pois depende das circunstâncias que envolvem a situação apreciada. A norma processual *autoriza*, mas não *impõe*, a modulação dos efeitos pelo Colegiado, ante a necessidade de preservar-se a segurança jurídica e o interesse social, conferindo-se ao julgado efeitos diferentes da regra geral de efeitos retroativos.

Consoante, ainda, entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, a modulação de efeitos “se trata de *faculdade* processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse

social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente (*prospective overruling*). Art. 927, § 3º, do CPC” (STF, RE 593.849/MG ED-segundos-ED, Rel. Ministro *Edson Fachin*, *Tribunal Pleno*, DJe de 21/11/2017).

Por óbvio, vale frisar que aquelas ações já definitivamente decididas sob a égide do entendimento anterior, então superado, não devem sofrer qualquer alteração com a modificação da jurisprudência, em respeito à imutabilidade da coisa julgada. Ou seja, para os processos em andamento ou para os que vierem a ser ajuizados, vale a regra da retroatividade da decisão judicial que superou a jurisprudência anterior, salvo quando se confirmam, excepcionalmente, outros efeitos ao novo precedente firmado.

Sendo assim, como destaca o Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, no mencionado artigo sobre o assunto, “tanto quanto a superação do precedente, a modulação temporal de seus efeitos deve ser efetuada *em caráter excepcional e com prudência*. É preciso, com o tempo, desenvolver *critérios seguros* que orientem os tribunais a *reconhecer as hipóteses em que cabe efetivamente a atribuição de efeitos prospectivos à decisão que altera o precedente*, a fim de bem proteger a segurança jurídica e a isonomia” (ob. cit., p. 126/127).

De fato, com o advento do art. 927, § 3º, do CPC/2015, conta-se com a previsão expressa, mas *genérica*, de possibilidade de modulação dos efeitos da decisão judicial que altera a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, da sumulada, da oriunda de julgamento de recursos repetitivos ou de assunção de competência, para a *proteção da segurança jurídica e do interesse social*.

O desafio da técnica da modulação dos efeitos do julgado consiste exatamente em utilizar-se de critérios razoáveis, que permitam a flexibilização dos efeitos dos julgados e que auxiliem na identificação de situações que, efetivamente, *necessitam* dessa modulação, quando preenchido o requisito da necessidade de proteção, concomitantemente, da segurança jurídica e do interesse social.

Na tentativa de propor critérios a fim de orientar a modulação dos efeitos dos julgados, TERESA ARRUDA ALVIM identifica alguns, que considera fundamentais para que haja a modulação de efeitos do julgado, a saber: (1) necessidade de proteção da confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior; (2) ambiente decisional rígido, em que, de rigor, as alterações das regras deveriam operar-se por meio de atuação do Legislativo, não do Judiciário; (3)

existência de prejuízo ao particular, destacando a autora, porém, que a doutrina não é unânime, havendo “casos em que a modulação de efeitos pode ser feita tanto em benefício do Estado (leia-se Fazenda Pública), como do cidadão”; e (4) decisões judiciais a respeito de políticas públicas (*in* “Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes”, RT, 2ª edição, 2021, p. 223/277).

De outro modo, FREDIE DIDIER JR. e OUTROS apontam critérios semelhantes, trazidos em obra de RAVI PEIXOTO, a serem considerados: “a) a demonstração de que o novo precedente seja capaz de surpreender os jurisdicionados que tenham atuado de boa-fé, confiando na aplicação do antigo precedente; b) demonstração do prejuízo pela parte que teve o precedente favorável revogado; c) a possibilidade da atuação de algum direito fundamental apto a moldar a eficácia temporal do novo precedente, seja de forma retroativa ou prospectiva; e d) a possibilidade de que a moldagem de situações de transição seja feita pelo Poder Legislativo” (*in* “Curso de Direito Processual Civil”, Editora JusPodivum, 17ª edição, p. 651).

Ponderando em torno desses critérios, que também considero importantes para solução da controvérsia, por envolver os dois requisitos legais (proteção da segurança jurídica e interesse social), tenho que *inexistem, no caso, razões que recomendem a modulação de efeitos proposta*. Ao contrário, penso que a modulação de efeitos, no caso específico, permitiria *innovare in dispositivo de lei* – que, na verdade, concede um privilégio legal, para reforma, apenas aos militares inválidos, “impossibilitados total e permanentemente para qualquer trabalho” – e *perpetuaria um tratamento diferenciado* para os portadores de SIDA/AIDS, em relação a outros militares, com doenças igualmente graves, previstas no art. 108, V, da Lei 6.880/80, para as quais o STJ vem exigindo, há muito, a demonstração da *invalides* para todo e qualquer trabalho, na vida castrense e civil, na forma do § 1º do art. 110 da Lei 6.880/80, para que possa ele ser reformado “com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou possuía na ativa”.

Explico.

A proteção da confiança – corolário da segurança jurídica – que teve o jurisdicionado em relação à orientação anterior, não obstante não se tratar de um critério preciso, como afirma TERESA ARRUDA ALVIM, significa que “a orientação anterior deve ter sido, como regra, *firme e duradora*. Deve ter representado, para o jurisdicionado, confiável pauta de conduta (=direito). (...)”

É relevante observar-se aqui que modulação não deve haver, como regra, na formação do precedente. *Assim, se a jurisprudência era desencontrada, desuniforme e dispersa, e um Tribunal Superior decide a questão, não haverá confiança a prestigiar*” (ob. cit., p. 226/227).

Nesse ponto, a Ministra *Regina Helena Costa*, em sua proposta de modulação de efeitos, insiste no fato de que a jurisprudência da Terceira Seção, firmada nos EREsp 670.744/RJ, perdurou por quinze anos, orientando todos os julgados proferidos desde o seu julgamento, em 2007.

De fato, a jurisprudência firmada no âmbito da Terceira Seção do STJ – como visto, de maneira equivocada – foi duradoura, mas *não se pode dizer que ela era firme, absolutamente uniforme e coerente sistemicamente*, nem tampouco *segura*, e que prestigiava o *princípio da isonomia* em relação aos militares portadores de doenças igualmente graves, amparados pelo mesmo dispositivo legal (art. 108, V, c/c art. 110, § 1º, ambos da Lei 6.880/80). Como registra TERESA ARRUDA ALVIM, citando MARINONI, “é preciso, conforme o caso, *um pronunciamento apropriado* do STF ou do STJ sobre a questão controvertida” (ob. cit., p. 227).

Antes de adentrar no exame da jurisprudência da Terceira Seção, em face do argumento trazido pelo Ministro *Herman Benjamin*, de que se trata de *questão de saúde*, cabe ressaltar que, como dito, três aspectos foram analisados no julgamento do presente tema 1.088: (I) Militar assintomático, portador do vírus HIV, e o direito à reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas; (II) Alteração promovida pela Lei 13.954/2019 nos arts. 106 e 109 da Lei 6.880/80; e (III) Militar assintomático, portador do vírus HIV, e a inexistência de direito à reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico superior, nos termos do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, com revisitação da matéria.

Concluiu-se, na assentada anterior, quanto ao *item I, pela manutenção da jurisprudência do STJ*, há muito firmada nesta Corte, que assegura ao militar, de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, o direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS.

Não há, no julgamento desta Primeira Seção, a negativa do benefício de reforma ao militar, em tais situações, nem há qualquer solução de continuidade no entendimento do STJ acerca da questão. *Não há, no cerne da controvérsia,*

qualquer alteração da jurisprudência dominante do STJ. O bem jurídico maior, que o Ministro **Herman Benjamin** mencionou haver necessidade de tutelar, a saber, o direito à saúde, resta resguardado na reafirmação do posicionamento anterior do STJ, ao conceder a reforma ao militar, diagnosticado com o vírus HIV, ainda que assintomático, por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, mas com remuneração calculada com base no soldo percebido na ativa.

Com efeito, concedida a reforma ao militar, na hipótese dos autos, tem ele assegurado o direito à “assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários” (art. 50, IV, e, da Lei 6.880/80).

Vale ainda destacar que a pretensão objeto da proposta de modulação (item III), com a aplicação do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, é a concessão de um “prêmio” ao militar pela reforma, um privilégio legal, que somente pode ser deferido, nos termos da lei, em caso de invalidez. *Caso ocorra apenas a incapacidade definitiva para o serviço castrense, a remuneração do militar, na forma da lei, continua a mesma que recebia na ativa, e não maior*, e tem ele assegurado o direito à proteção à saúde, com assistência médico-hospitalar.

O que ora se discute, pois, para fins de modulação de efeitos do julgado, trazida a debate pela Ministra *Regina Helena Costa*, é o valor do benefício a que tem direito o militar reformado, em tais condições.

No caso, a jurisprudência no STJ, sobre o tema, mostrava-se *desencontrada, incoerente sistemicamente, em ofensa aos princípios da legalidade e da isonomia*, e não se pode dizer que era ela absolutamente uniforme e firme, eis que *não se consolidara como fruto de debate pelo STJ*, em seus aspectos intrínsecos e na análise do § 1º do art. 110 da Lei 6.880/80, que apenas concede a reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierarquicamente imediato ao que o militar possuía na ativa, quando estiver ele inválido.

Como tive oportunidade de observar na sessão realizada em 27/04/2022, “além de a Terceira Seção não mais ser competente para o exame da matéria, o aludido precedente dos EREsp 670.744/RJ, inúmeras vezes invocado em julgados posteriores do STJ, apesar de conferir ao militar, portador assintomático do vírus HIV, o direito à reforma por incapacidade definitiva para o serviço ativo

das Forças Armadas – com o que concordo –, *não examinou o assunto, de maneira suficiente e à luz do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, ao conceder a remuneração com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao ocupado pelo militar na ativa, hipótese na qual o referido art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80 exige a configuração da invalidez para o serviço militar e civil*”.

Ademais, como destaquei no voto proferido em 27/04/2022, o entendimento quanto à necessidade da invalidez, para a incidência do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80, foi reafirmado, em 2010, pelo Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, em julgado posterior aos EREsp 670.744/RJ, quando asseverou que “o § 1º do art. 110 da Lei n. 6.880/80 é claro no sentido de que para fins de reforma com proventos do posto hierarquicamente superior, o militar deve ser considerado inválido, na medida em que se torne integral e definitivamente inabilitado para qualquer espécie de ofício” (REsp 635.785/RJ, Rel. Min. *Gilson Dipp*, Quinta Turma, DJ 2/8/04). Tendo o Tribunal *a quo*, com base no conjunto probatório dos autos, firmado a compreensão no sentido de que o recorrente *não estaria totalmente incapaz*, rever tal entendimento demandaria o reexame de provas, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ” (STJ, REsp 1.050.998/RN, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010).

No aludido voto demonstrei, igualmente, que a jurisprudência do STJ de 2010, 2011, 2012, 2016 e 2020 orientava-se no sentido de que “nos termos do art. 110, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.880/1980, quando configurada alguma das hipóteses descritas nos itens III, IV e V, do art. 108, o militar terá direito à reforma com base no soldo do grau hierárquico imediato se verificada a invalidez, ou seja, a incapacidade definitiva para qualquer trabalho, militar ou civil. No caso dos autos, ainda que seja reconhecida a ocorrência da neoplasia maligna – câncer de próstata –, as instâncias ordinárias negaram a existência de invalidez. Desse modo, inviável o reconhecimento do alegado direito à remuneração superior, porquanto ausente um dos requisitos estabelecidos na legislação” (STJ, REsp 1.843.913/PE, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Segunda Turma, DJe de 04/08/2020). De igual modo, “em sintonia com a jurisprudência do STJ (...) apenas os militares da ativa ou da reserva remunerada, julgados incapazes definitivamente para o serviço por força de doença constante do inciso V do art. 108 da Lei 6.880/1980 (e for considerado inválido total e permanentemente para qualquer trabalho), fazem jus à reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa” (STJ, AgRg no REsp 1.577.792/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 16/03/2016). Em igual

sentido: STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.211.656/PR, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, DJe de 13/04/2011; AgRg no AREsp 61.062/RS, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, DJe de 05/03/2012; AgRg no REsp 1.192.113/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 24/09/2010.

Cumprе destacar que no REsp repetitivo 1.872.008/RS, a sentença e o acórdão do Tribunal de origem negaram a própria reforma do militar temporário assintomático, portador do vírus HIV, e, *ipso facto*, a remuneração do grau hierárquico superior; no REsp repetitivo 1.878.406/RJ, a sentença concedeu a reforma *ex officio* ao militar temporário assintomático, portador do vírus HIV, com remuneração do grau hierárquico superior, mas o acórdão do Tribunal *a quo* negou-lhe a reforma, julgando a ação de todo improcedente. No REsp repetitivo 1.901.989/RS, a sentença negou a reforma ao militar temporário assintomático, portador do vírus HIV, com fundamento na jurisprudência do TRF/4ª Região, e o acórdão da Corte de origem concedeu-lhe a reforma, com remuneração correspondente ao mesmo grau da ativa, valendo-se de premissas extraídas do exame dos EREsp 1.123.371/RS, julgados pela Corte Especial do STJ, em 19/09/2018 (Rel. p/ acórdão Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 12/03/2019).

Como destacou a *União*, em sua manifestação, a fl. 562e, “*nunca houve nenhum debate, no âmbito deste STJ, sobre a aplicação do artigo art. 110, § 1º, da Lei n. 7.670/88 ao caso dos militares portadores de HIV assintomáticos. O que se observa é que acabou constando obiter dictum de vários acórdãos a concessão de reforma no grau hierárquico superior, sem que nunca tenha havido a necessária reflexão e debate a respeito do cálculo do soldo*”.

Não se pode dizer, dessa forma, que a Terceira Seção tinha determinado entendimento firme acerca da interpretação do aludido dispositivo legal (art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80), no caso. Agora, a Primeira Seção, atualmente competente para o exame da matéria, *na primeira vez que se debruça na análise da hipótese específica* – diga-se de passagem –, alterou o entendimento quanto à interpretação do mesmo dispositivo legal, mas apenas no que respeita à remuneração do militar reformado por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, mantido, porém, o benefício, para o militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático.

A meu ver, os equívocos cometidos nos julgados posteriores aos EREsp 670.744/RJ, em relação a esse tópico específico, com a aplicação do § 1º do

art. 110 da Lei 6.880/80, deram-se, em grande medida, em face do bem maior que se procurou resguardar em tão importante precedente, que era o *direito à reforma, pelo militar portador assintomático do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da doença*, aspecto principal da causa e que ora está sendo mantido, no presente julgamento.

Aliado a isso, consoante também ressaltei, a jurisprudência do STJ, antes firmada nos EREsp 670.744/RJ, estava *destituída de coerência sistêmica*, eis que os militares portadores de outras doenças, igualmente graves e enumeradas no art. 108, V, da Lei 6.880/80, vinham recebendo *tratamento diferenciado* pelo Superior Tribunal de Justiça, *em flagrante ofensa ao princípio da isonomia*, na medida que se proclamava, em todos esses anos, a necessidade, para outras doenças que não a SIDA/AIDS, da configuração da *invalidez*, para a aplicação do § 1º do art. 110 da Lei 6.880/80.

Outro aspecto a considerar, na linha do indicado por TERESA ARRUDA ALVIM, diz respeito ao ambiente decisional rígido, em que, de rigor, as alterações das regras deveriam operar-se por meio de atuação do Legislativo, não do Judiciário, e que, “em tese, não se recomendaria que a alteração do direito (=pauta de conduta) tivesse ocorrido por obra do Poder Judiciário” (ob. cit, p. 231/232), ou como, de modo semelhante, abordam FREDIE DIDIER JR. e OUTROS, no sentido da possibilidade de moldagem pelo Poder Legislativo.

Nos campos tributário e penal – áreas do direito, como aponta TERESA ARRUDA ALVIM, nas quais não é desejável que o Poder Judiciário promova alterações em entendimentos consolidados, pois têm maior potencial de prejuízo –, em que se pretende salvaguardar os direitos do cidadão, a retroatividade mostra-se adequada quando a constitucionalidade ou a interpretação da lei é favorável ao contribuinte ou ao réu, necessitando de modulação, quando lhe é desfavorável.

Em tais campos do direito, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente modulado os efeitos dos seus julgados, em face da discussão acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Porém, como visto, *o direito à reforma* – na hipótese do militar portador do vírus HIV, ainda que assintomático, por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, decorrente dos arts. 106, II (na sua redação original), e 108, V, da Lei 6.880/80 c/c art. 1º, I, c, da Lei 7.670/88 – foi assegurado pelo entendimento ora adotado por esta Primeira Seção, de maneira *favorável* ao militar, *com a remuneração que tinha ele na ativa, salvo em caso de invalidez*. Não

obstante a não concessão de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior, nos termos do § 1º do art. 110 da Lei 6.880/80, decorra de um ambiente decisional rígido, fruto de elaboração legislativa, a questão objeto da proposta de modulação diz respeito à concessão de um acréscimo à remuneração do militar, e não à salvaguarda de um direito fundamental advindo diretamente de preceito constitucional.

Anota TERESA ARRUDA ALVIM que a modulação “consiste em técnica para proteger, acima de tudo, direitos fundamentais contra a constatação da inconstitucionalidade da norma ou de certa interpretação que a esta se tenha dado e contra a mudança brusca de entendimento jurisprudencial, que venha a prejudicar o particular. (...) Pode-se enxergar, nos direitos fundamentais, verdadeira garantia contra o abuso do Estado. São direitos exercitáveis pelo particular para manter o Estado com seu poder limitado. (...) Quando se dá à nova orientação, que prejudica o particular, efeitos *ex tunc*, em hipóteses que o Estado é parte, ofende-se direito fundamental do jurisdicionado. Portanto, o interesse público não pode atuar com base na supressão de direitos fundamentais. Se se trata, sim, de um critério para a ação do Estado, não é o único e não afasta, como fórmula mágica, a necessidade de respeito aos direitos dos particulares, notadamente os fundamentais. (...) *Direitos fundamentais devem estar sendo preservados, quando se modula o interesse social, o que nem sempre ocorre quando se alega interesse público*” (ob. cit., p. 240/242).

Nos termos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, a modulação de efeitos do julgado deve levar em consideração, além da segurança jurídica, o *interesse social*, ou seja, o interesse de todos aqueles que se viram alcançados pela mudança de conduta do Estado, como Poder Judiciário.

No entanto, segundo adverte o Ministro *Luis Felipe Salomão*, “a implementação da modulação dos efeitos de uma decisão é medida excepcional, que deve atender ao *interesse social* e não ao mero *interesse da parte*, sendo também necessário que o entendimento superado tenha sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação no jurisdicionado, ou seja, que a mudança de entendimento dominante tenha sido traumática, o que, por óbvio, não ocorreu no caso concreto, tendo em vista que a jurisprudência, durante todo o trâmite da ação, era oscilante quanto ao tema” (STJ, AgInt nos EREsp 1.602.681/ES, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Corte Especial, DJe de 27/05/2021).

Além disso, “a modulação de efeitos envolve uma ponderação entre os princípios constitucionais da segurança jurídica, do interesse social e da legalidade. É certo que o

princípio da proteção da confiança impõe o respeito às opções feitas pelo jurisdicionado com base na orientação jurisprudencial então vigente, porém não é menos correto que quando o Tribunal implementa a correção de sua jurisprudência está, na verdade, afirmando que a verdadeira vontade da lei não é aquela enunciada pela orientação antiga, mas efetivamente a proclamada pela nova diretriz. Consistindo a modulação em se permitir a prevalência de situações constituídas à margem da correta interpretação da lei, diante de suposto interesse social - ressalte-se, inexistente na hipótese por se tratar de ajuste que somente diz respeito aos particulares envolvidos na transação imobiliária - a medida absolutamente excepcional não deixa de conspirar contra o princípio da legalidade, o qual somente encontra lastro quando balizado frente a outros interesses/valores igualmente dignos de ponderação” (STJ, EDcl no REsp 1.789.863/MS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 17/02/2022).

Esses valores ou interesses dignos de ponderação, no meu entendimento, são direitos daqueles indivíduos atingidos pela alteração da orientação jurisprudencial dos tribunais, em tal *proporção e gravidade*, que acaba por possuir o mesmo significado que a alteração legislativa, repercutindo, na sociedade, como se fosse a mudança na própria lei.

Nessa perspectiva, não se pode dizer que a revisitação do matéria, por esta Primeira Seção, no sentido da necessidade de configuração da invalidez, consoante previsto no § 1º do art. 110 da Lei 6.880/80, *para a concessão de remuneração do grau hierárquico superior*, quando da reforma, *também* aos portadores de SIDA/AIDS, tenha sido traumática ou causado prejuízos aos demandantes, dignos de ponderação por esta Seção, de molde a, *excepcionalmente*, levar-se à modulação dos efeitos do julgado.

Observa-se, mais uma vez, que não há esse prejuízo dos demandantes, a ser balizado, por ofensa do Estado a expectativas frustradas pelo entendimento que ora se propõe, eis que, em primeiro lugar, não se está na esfera de direitos fundamentais decorrentes diretamente da Constituição; segundo, não se está negando o direito à reforma do militar, na hipótese, que tem também assegurado o direito à sua subsistência e de sua família e o direito social à saúde e à assistência médico-hospitalar; terceiro, trata-se de um acréscimo ao valor da remuneração que o militar tinha na ativa, e não de uma redução no soldo; e quatro, a jurisprudência, não obstante reiterada sobre o tema, não era íntegra e coerente sistemicamente com o tratamento dado à questão aos militares, em casos similares, de doenças igualmente graves, previstas no art. 108, V, da Lei 6.880/80.

Frise-se, ainda, por oportuno, que o caso não diz respeito a decisões judiciais relacionadas a políticas públicas – nas hipóteses em que o Judiciário acaba fazendo as vezes da Administração Pública ou do Legislativo –, mas a normas que disciplinam a carreira militar.

No implemento de políticas públicas, aliás, o STJ tem-se mostrado sensível à repercussão de suas decisões, consoante se vê no julgamento do REsp 1.657.156/RJ (Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 04/05/2018), sob o rito dos recursos repetitivos, no caso de fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS, em que foram modulados os efeitos do julgado, ocasião em que acompanhei o Relator, por considerar necessária a medida, em face do interesse social envolvido e para evitar a insegurança jurídica.

A propósito, mencionei, na sessão anterior, os EREsp 1.123.371/RS (Relator p/ acórdão Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Corte Especial*, DJe de 12/03/2019), que foram providos, em sessão da Corte Especial realizada em 19/09/2018 – na vigência do CPC/2015 –, examinando a hipótese de reforma de militar à luz do art. 108, VI, c/c art. 111, I, da Lei 6.880/80, no sentido de que a reforma do militar não estável é devida (1) nos casos de incapacidade adquirida em função dos motivos constantes dos incisos I a V do art. 108 da Lei 6.880/1980, que o incapacite apenas para o serviço militar e independentemente da comprovação do nexo de causalidade com o serviço militar, bem como (2) quando a incapacidade decorre de acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço militar (art. 108, VI, da Lei 6.880/80), que impossibilite o militar, total e permanentemente, de exercer qualquer trabalho (invalidez total).

No referido julgado, o voto vencido, do Ministro *Og Fernandes*, negava provimento aos Embargos de Divergência da *União*, ante a jurisprudência sedimentada da Corte Especial (STJ, AgRg nos EREsp 1.095.870/RJ, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Corte Especial*, DJe de 16/12/2015), no sentido de que “o militar *temporário* ou de carreira que, por motivo de doença ou acidente em serviço, se tornou definitivamente incapacitado para o serviço ativo das Forças Armadas faz jus à reforma, sendo desnecessária a existência do nexo causal entre a moléstia e o serviço castrense”.

Contudo, alterando a orientação jurisprudencial da *Corte Especial*, prevaleceu o voto do Ministro *Mauro Campbell Marques*, em sentido oposto, pelo provimento do recurso da *União*, para *excluir* o direito à reforma do militar *temporário*, na hipótese do art. 108, VI, da Lei 6.880/80, *sem a configuração da invalidez* – diferentemente do entendimento ora sufragado, que mantém

a reforma do militar –, *sem que a Corte Especial do STJ modulasse os efeitos do referido julgado.*

Ante todo o exposto, voto, preliminarmente, no sentido do não acolhimento da proposta de modulação dos efeitos do julgado, feita pelos Ministros *Regina Helena Costa* e *Herman Benjamin*, mantendo a conclusão dos votos anteriormente proferidos, quando do julgamento dos casos concretos.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Senhores Ministros, cuida-se na origem de ação ordinária, onde o autor, militar temporário incorporado às fileiras do Exército Brasileiro, acometido da Síndrome da Imunidade Adquirida - AIDS, postula a anulação do ato de licenciamento, mediante a sua reintegração, na condição de agregado, e posterior reforma ao grau hierárquico superior, 3º Sargento.

O TRF da 4ª Região negou provimento à apelação, mantendo a sentença de improcedência do pedido.

O recorrente em suas razões defende que “há um comando legal expresso, no caso em tela, as Lei n. 7.670/88 c/c a Lei 6.880/1980, determinando a reforma do militar com HIV/SIDA, de modo que não cabe ao intérprete fazê-lo, sendo que não pode ser entendida como uma mera faculdade confiada ao alvedrio do juiz, devendo tal decisão ser modificada”.

Na sessão de julgamento do dia 27 de abril último, à unanimidade de votos, firmou-se a seguinte Tese jurídica: “***O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, tem direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, porém, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, se não estiver impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.***”

No decorrer do julgamento, referente à modulação dos efeitos do julgado, com fundamento no art. 927, § 3º, do CPC/2015, a Relatora pediu vista regimental, ficando, porém, aprovada a referida Tese jurídica.

Assim, a questão a ser deliberada diz respeito unicamente quanto à necessidade ou não de modulação de efeitos do julgado.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 disciplinou a modulação de efeito no § 3º do artigo 927 ao estabelecer que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, **pode** haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Acerca da modulação, a Ministra Cármen Lúcia, nos autos do Recurso Extraordinário n. 377.457/PR, asseverou que “a ideia de modular efeitos deve ter alguns parâmetros que a jurisprudência, ao longo do tempo, haverá de fixar. Penso que haverá de ser demonstrada a excepcionalidade da situação, a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido [...]” (grifo nosso).

O Ministro Edson Fachin também deixou expresso o seu posicionamento de que a modulação de efeitos “se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente (prospective overruling). Art. 927, § 3º, do CPC” (grifo nosso). (RE n. 593.849/MG ED–segundos-ED, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 21/11/2017)

Diga-se que esta Corte Superior também tem julgado a questão com um olhar mais restritivo, ao assentar que “a alteração de entendimento jurisprudencial tem aplicação imediata aos recursos pendentes de apreciação, mesmo aos interpostos antes do julgamento que modificou a jurisprudência, já que caracteriza apenas interpretação da norma e não o estabelecimento de nova regra que se submete ao princípio da irretroatividade ou do *tempus regit actum*” (AgInt no AREsp 238.170/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 30/5/2017).

No mesmo sentido, “a modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido” (REsp 1.721.716/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019).

A Primeira Seção, em sede de recurso repetitivo, art. 543-C, do CPC/1973, enfrentou a controvérsia aqui posta no sentido de que “a alteração jurisprudencial,

por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei” (EDcl nos EDcl no REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/8/2014, DJe 8/9/2014.).

Por fim, cabe o registro de que a Corte Especial ratificou o referido entendimento nos seguintes julgados: AgInt nos EREsp 1.281.431/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017; EDcl no REsp 1.129.215/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 18/11/2015, DJe 14/12/2015.

Dessa forma, nos termos da lei (§ 3º do artigo 927 do CPC/2015) e do entendimento dominante tanto do STJ, quanto do STF, está firmado no sentido de que, a alteração jurisprudencial tem, como regra, eficácia temporal retrospectiva.

No caso dos autos, de modo efetivo, após o julgamento dos EREsp 670.744/RJ (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJU de 21/05/2007), a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o Militar, portador do vírus HIV, tem o direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, independentemente do estágio da doença. Precedentes, inclusive de minha relatoria: AgInt no REsp 1.765.522/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 3/4/2019; AgInt no REsp 1.682.949/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/12/2018; AgInt no REsp 1.775.100/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 27/9/2019).

Todavia, com razão a União. Isso porque:

[...] nunca houve nenhum debate, no âmbito deste STJ, sobre a aplicação do artigo art. 110, § 1º, da Lei n. 7.670/88 ao caso dos militares portadores de HIV assintomáticos. O que se observa é que acabou constando obiter dictum de vários acórdãos a concessão de reforma no grau hierárquico superior, sem que nunca tenha havido a necessária reflexão e debate a respeito do o cálculo do soldo.

[...], nem nos precedentes que são citados nos precedentes mais antigos, são explicitadas as razões por que a reforma dos militares portadores de HIV assintomáticos deve se dar no grau imediato. Apenas se reproduz a referida afirmação obiter dictum.

Ou seja, essa C. Primeira Seção concluiu que o militar reformado e portador assintomático do vírus HIV não é inválido. Assim, a União requer que, na mesma linha de entendimento adotado no EREsp n. 1.426.743/RS, caso essa C. Primeira

Seção entenda que é cabível a reforma ex-officio, por incapacidade definitiva, do militar portador do vírus HIV, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, seja, ao menos, afastado o cálculo da remuneração com base no posto hierarquicamente superior”.

Como bem ressaltado pela Relatora, a jurisprudência no âmbito da Terceira Seção, replicada, de maneira equivocada, posteriormente pela Primeira Seção, “foi duradoura, mas não se pode dizer que ela era firme, absolutamente uniforme e coerente sistemicamente, nem tampouco segura, e que prestigiava o princípio da isonomia em relação aos militares portadores de doenças igualmente graves, amparados pelo mesmo dispositivo legal (art. 108, V, c/c art. 110, § 1º, ambos da Lei 6.880/80)”. Deveras, “mostrava-se desencontrada, incoerente sistemicamente, em ofensa aos princípios da legalidade e da isonomia, e não se pode dizer que era ela absolutamente uniforme e firme, eis que não se consolidara como fruto de debate pelo STJ, em seus aspectos intrínsecos e na análise do § 1º do art. 110 da Lei 6.880/80, que apenas concede a reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierarquicamente imediato ao que o militar possuía na ativa, quando estiver ele inválido”.

Cabe o registro de que no julgamento do presente Tema, a Primeira Seção entendeu por manter a jurisprudência do STJ no sentido de assegurar ao militar, de carreira ou temporário – este último antes da alteração promovida pela Lei 13.954/2019 –, diagnosticado como portador do vírus HIV, o direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, “**porém, sem a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuía na ativa, se não estiver impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, na forma do art. 110, § 1º, da Lei 6.880/80.**”

Também foi mantido o direito à “assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários” (art. 50, IV, e, da Lei 6.880/80).

Dessa forma, *acompanho na íntegra o voto da Ministra Assusete Magalhães, no sentido de afastar a modulação dos efeitos do julgado, pedindo vênias à divergência.*

É o voto.