

## VOTO-VISTA DIVERGENTE

**O Senhor Ministro Flávio Dino:** Trata-se de julgamento do Tema nº 1.310 RG da repercussão geral, consistente em “definir se o militar, portador assintomático do vírus HIV, somente por esse motivo, pode ser reformado ex officio por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, antes da alteração legislativa promovida pela Lei 13.954/2019”.

O Relator apresentou proposta fixando a seguinte Tese: “*O militar, portador assintomático do vírus HIV não pode ser reformado ex officio por incapacidade definitiva para o serviço ativo das Forças Armadas, somente por esse motivo, mesmo antes da alteração legislativa promovida pela Lei 13.954/2019*”.

Na origem, Dionísio Horn, militar temporário, ajuizou ação contra a União com o objetivo de ser declarada a nulidade do ato que o licenciou do Exército. Pediu o pagamento de auxílio-invalidez a partir do pedido administrativo de reforma e a concessão desta, com proventos correspondentes ao soldo referente ao grau hierárquico superior ao ocupado na ativa.

O juízo de piso julgou improcedentes os pedidos, por entender que pessoa assintomática, portadora do vírus HIV, não é incapaz para o trabalho, seja de natureza militar ou civil.

Irresignado, Dionísio Horn apresentou apelação à qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu parcial provimento para determinar a sua reforma por incapacidade com proventos no grau que ocupava na ativa, ao fundamento de que o militar portador do vírus HIV tem direito à reforma por incapacidade, independentemente do grau de desenvolvimento da doença.

Desse acórdão do TRF 4, apenas Dionísio Horn apresentou recurso por alegada violação dos arts. 108, V, e 110, § 1º, da Lei n. 6.880/1980, 1º, I, “c”, da Lei n. 7.670/1988, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os proventos devem ser calculados com base no soldo correspondente ao grau imediatamente superior ao que possuía na ativa. Assim, o recurso especial trata, apenas, da forma

**de cálculo do soldo. Friso, a União não ofereceu qualquer recurso nesse momento processual.**

Ao examinar o Resp, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça selecionou o recurso especial como representativo do Tema Repetitivo n. 1.088, em relação ao qual definiu a seguinte tese jurídica:

“O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração legislativa 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.”

O recurso especial de Dionísio Horn foi, ao final, desprovido.

Contra esse acórdão do STJ que negou provimento ao REsp de Dionísio Horn, a União interpôs o presente RE por afronta aos arts. 40, § 1º, I, e §4º, 93, IX, 142 e 201, I, da CF, no qual alega, em síntese, a necessidade de comprovação de incapacidade efetiva para a transferência para a inatividade antes do cumprimento de lapsos temporais determinados, bem como divergência com o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.387.784/DF, no sentido de que o portador do vírus HIV assintomático não seria incapaz para o serviço militar.

**É a breve rememoração do feito.**

De início, peço vênia ao Ministro Relator para divergir em parte.

Com efeito, a coisa julgada material torna imutável e indiscutível a decisão que julgar total ou **parcialmente o mérito**, sendo **vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão**.

**Na presente hipótese, ante a ausência de interposição de recurso**

pela União contra o acórdão do TRF4, que julgou procedente o pedido de reforma por incapacidade com proventos no grau que ocupava na ativa, esta questão está preclusa, pois o capítulo está acobertado pela coisa julgada. Ademais, a questão levada a julgamento no recurso especial interposto exclusivamente pelo militar trata, apenas, da forma de cálculo do soldo paradigma para a fixação do valor dos proventos, se referente ao cargo ocupado ou ao cargo hierarquicamente superior, sendo certo, ainda, que o julgamento do recurso da parte não pode resultar em piora da sua própria situação.

Ora, bastava ao militar não ter interposto qualquer recurso da decisão do TRF4 para que tivesse assegurado sua reforma por incapacidade com proventos no grau que ocupava na ativa, já que a União, repita-se, dessa condenação não recorreu. Assim, não se pode, nesse momento processual, discutir-se uma situação já consolidada.

A reforma com remuneração referente ao soldo do cargo em que ocupara já foi concedida pelo TRF4, e contra essa decisão não se insurgiu a União, tornando-a preclusa. O fato de o STJ ter selecionado o processo como recurso repetitivo não tem o condão de afastar a preclusão. Sobre a coisa julgada por capítulos, cito:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. AJUIZAMENTO INTEMPESTIVO DA AÇÃO. OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 734-STF. ALEGADA APLICAÇÃO INDEVIDA DE TEMAS DA REPERCUSSÃO GERAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO IMPUGNADA EM CONFORMIDADE COM OS PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (Rcl 49165 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 15-10-2021)

“COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS – AUTONOMIA. O título condenatório compõe-

**se de capítulos – autônomos e passíveis de cisão entre si – que se formam em relação a cada objeto específico da decisão.”**  
(RE 447859 ED, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 15-04-2021)

Nesse compasso, a solução do RE da União deve-se dar sob a ótica da Tese, em abstrato, formulada pelo STJ, não da situação concreta já definitivamente resolvida em favor do militar.

Noutro giro, ao contrário do que afirma a União, a alegada ofensa à CF posta no apelo extremo não surgiu com a fixação da Tese pelo STJ, que **apenas confirmou o que fora decidido pelo TRF4**, quando do deferimento do pedido de reforma, veja-se:

“IV. O Tribunal de origem deu parcial provimento à Apelação do ora recorrente, ao fundamento de que **“o autor faz jus à reforma militar, com percepção de proventos no mesmo grau que ocupava na ativa**, por não ser considerado inválido, bem como à isenção do imposto de renda, com base nas Leis 6.880/80 (especialmente o art. 108, inciso V) e 7.713/88, a contar da data do indevido licenciamento do Exército (...) não demonstrada a necessidade de cuidados médicos, ou da assistência permanente de cuidados de terceira pessoa, não há se falar em concessão de auxílio-invalidez”.

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.”**

[...]

XVII. O acórdão recorrido, ao conceder, no caso, o direito à reforma do militar temporário, portador assintomático de HIV, em momento anterior à Lei 13.954/2019 (2015), "com percepção de proventos no mesmo grau que ocupava na ativa, por não ser considerado inválido", coaduna-se com a jurisprudência do STJ, ora firmada no presente recurso repetitivo, merecendo, assim, ser mantido."

Consoante se nota, o STJ manteve o acórdão do TRF4 e, consequentemente, manteve o deferimento do pedido de reforma, **o que evidencia que a controvérsia posta no RE da União surgiu no acórdão do TRF4, não no STJ.**

Nesse contexto, se revela inviável a interposição do presente recurso extraordinário em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento desta Corte é firme no sentido de que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, **somente legitima o uso do apelo extremo se versar questão constitucional diversa daquela debatida na anterior instância.** Logo, a questão constitucional autorizadora da abertura da via extraordinária há de surgir, originariamente, no julgamento do recurso especial - **o que não se observa na presente hipótese.** Anoto precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. AUMENTO DE PREÇOS. PRÁTICA ABUSIVA. CONFIGURAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA LEGAL. SÚMULA N. 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO.

PRECEDENTE. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÕES POR ABUSO DO PODER ECONÔMICO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. ÓBICES JURÍDICOS IMPEDITIVOS AO REGULAR PROCESSAMENTO DO RECURSO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA DE 1% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, SE UNÂMIME A VOTAÇÃO. (ARE 1522365 AgR, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 21-02-2025)

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL IMPUGNÁVEL VIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEVE SURGIR, ORIGINARIAMENTE, NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL JÁ APRECIADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PRECLUSÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido em julgamento de recurso especial, somente legitimará o uso da via recursal extraordinária se a questão constitucional nele versada for diversa daquela decidida pela instância ordinária. II – A matéria constitucional impugnável via recurso extraordinário deve surgir, originariamente, no julgamento do recurso especial, o que não é o caso dos autos. III – Agravo ao qual se nega provimento.” (RE 1481788 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, DJe 17-10-2024)

“Direito processual civil. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de interposição de recurso extraordinário contra fundamento do acórdão do Tribunal de origem mantido pela Corte Superior. Matéria constitucional: preclusão. Precedentes. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso extraordinário com agravo, ante o entendimento de que ocorreu

preclusão do conteúdo constitucional pela não interposição de recurso extraordinário contra o acórdão proferido pela instância ordinária. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se (i) ocorreu a preclusão do conteúdo constitucional. III. Razões de decidir 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que somente é cabível recurso extraordinário contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial caso a matéria constitucional nela discutida for diversa daquela decidida pela instância ordinária. 4. A matéria constitucional impugnável, por meio do recurso extraordinário não surgiu, originariamente, no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, já constando do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 5. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, em caso de julgamento unânime, no importe correspondente a 1% sobre o valor da causa. IV. Dispositivo e tese 6. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Dispositivos relevantes citados: Código de Processo Civil, art. 1.021, § 4º. Jurisprudência relevante citada: ARE nº 1.390.697-AgR-segundo/ES (2023), Rel. Min. Rosa Weber (Presidente); ARE nº 1.230.926-AgR/RJ (2020), Rel. Min. Dias Toffoli (Presidente)." (ARE 1496029 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, DJe 22-10-2024)

No que diz com a **Tese** apresentada pelo Ministro Relator, na minha compreensão, a reforma militar é um direito legalmente assegurado, mas que depende, para sua concessão, do atendimento dos requisitos previstos na legislação de regência. Na presente hipótese, os arts. 106, 108, V e § 2º, e 110, § 1º, da Lei nº 6.880/1980, dispõem:

Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que:

- a) for julgado inválido; (Incluído pela Lei nº 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;

[...]

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

[...]

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 nº 12.670, de 2012)

[...]

**§ 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.**

[...]

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 nº 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 nº 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.

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 nº 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.”**

De outra banda, a Lei 7.670/1988, que estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências, assim diz:

“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 nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980;

No caso, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os dispositivos supra, concluiu que *"O militar de carreira ou temporário – este último antes da alteração legislativa 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"*.

Tal conclusão, entretanto, com a desconsideração do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS para a concessão da reforma, consoante bem anotado no voto do Ministro Relator, não encontra amparo na legislação de regência, que exige a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva (art. 108, § 2º, da Lei nº 6.880/80), tampouco na jurisprudência desta Suprema Corte.

Assim, proponho a seguinte TESE:

*"O militar, portador do vírus HIV, tem direito à reforma ex officio com a demonstração da incapacidade definitiva mediante a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela existência da citada incapacidade".*

Por estes motivos, peço vênia ao Ministro Relator para divergir quanto ao desfecho do apelo da União, ao qual **nego seguimento**, e propor a Tese acima citada (em sentido convergente, porém com alteração redacional).

**É como voto.**