

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. A presente repercussão geral foi reconhecida por esta Suprema Corte no bojo do agravo de instrumento nº 838.194/RS, convertido no recurso extraordinário em epígrafe. Reproduzo ementa e parte dispositiva:

“RECURSO. Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Serviço Militar. Estudante de medicina. Dispensa por excesso de contingente. Nova convocação. Relevância do tema. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral recurso extraordinário que verse sobre a convocação, após conclusão do curso, de estudante de medicina dispensado do serviço militar obrigatório por excesso de contingente.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Ministro Cezar Peluso, Relator” (AI 838194 RG, Relator Min. Presidente, Tribunal Pleno, Dje-173, de 09.9.2011)

2. O **Tema 449** da repercussão geral está assim definido:

“Convocação, para o serviço militar, de estudante de medicina dispensado por excesso de contingente”.

I – Revisão da Repercussão Geral. Art. 323-B do RISTF

1. Registro não julgado o mérito do Tema nº 449, a autorizar seja acionado o art. 323-B do Regimento Interno desta Suprema Corte, novel dispositivo regimental, incluído pela Emenda nº 54, de 1º de julho de 2020, cuja redação faculta ao Relator o encaminhamento, por meio eletrônico, da revisão do reconhecimento da repercussão geral. Eis o teor do preceito regimental:

“Art. 323-B. O relator poderá propor, por meio eletrônico, a revisão do reconhecimento da repercussão geral quando o mérito do tema ainda não tiver sido julgado.”

2. Rememoro, a teor da justificativa apresentada pelo proponente da alteração regimental, Ministro Dias Toffoli, então Presidente desta Casa, na Sessão Administrativa de 29.6.2020, que uma das razões para a revisão se assenta na constatação de “ *que várias matérias que tiveram sua repercussão geral reconhecida no início da aplicação desse instituto pelo STF não ostentam, sob a óptica atual, relevância a justificar seu julgamento pelo Plenário do Tribunal*” .

3. Ao lado de tal justificativa, a reforçar o acerto da alteração regimental, pode ocorrer posterior constatação, ao exame verticalizado do tema, à míngua de preclusão consumativa no aspecto, de que a matéria não ostenta envergadura constitucional, fenômeno recentemente confirmado ao julgamento do Tema nº 901 da repercussão geral, acerca do abono permanência, em que reconhecida a natureza infraconstitucional da matéria, a desaguar na ausência de repercussão geral e, por conseguinte, no não conhecimento do recurso extraordinário. Confira-se:

“EMENTA Embargos de declaração na repercussão geral no recurso extraordinário. Tema nº 901 da repercussão geral. Momento da cessação do pagamento de abono de permanência. Direito Processual. Deliberação do Plenário Virtual. Situação em que a maioria absoluta dos Ministros votou pela ausência de questão constitucional. Consequências. Recurso aclaratório acolhido com efeitos infringentes. 1. O reconhecimento da repercussão geral pelo Plenário Virtual não configura preclusão consumativa. O resultado da deliberação eletrônica não impede o posterior reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso e dos efeitos do julgamento. Precedentes. 2. No Plenário Virtual, seis Ministros votaram pelo caráter infraconstitucional da discussão relativa ao momento em que deve cessar o pagamento do abono de permanência - se a partir do protocolo do pedido de aposentadoria ou do aperfeiçoamento do ato de jubilação -, mas, ainda assim, a repercussão geral foi admitida. 3. O quórum previsto no art. 102, § 3º, da Constituição Federal somente se aplica à rejeição do recurso por ausência de repercussão geral. A presença ou não de questão constitucional depende dos votos da maioria absoluta da Corte – isto é, seis votos. Admitindo-se que as questões postas repousam apenas na esfera da legalidade, há que se concluir que o Tribunal decidiu pela inexistência de questão constitucional e, por conseguinte, de repercussão geral, na medida em que essa pressupõe a existência daquela. 4. Na hipótese, a racionalidade do sistema e a vontade constitucional demandam a

revisão do resultado proclamado, visto que, não havendo matéria constitucional e, por extensão, repercussão geral, nem sequer há de se conhecer do recurso quanto a seu mérito. 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, reconhecendo-se o caráter infraconstitucional da controvérsia posta nos autos e, por conseguinte, a ausência de repercussão geral da matéria, e não se conhecendo do recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A do CPC/1917 e do art. 1.035 do CPC/2015.” (RE 956304 RG-ED, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Dje-279, de 25.11.2020)

4. Pressuposto do requisito da repercussão geral, na dicção do § 3º do art. 102 da Lei Maior, é a natureza constitucional da controvérsia, a ser demonstrada no bojo do recurso extraordinário. Confira-se:

“Art. 102 *omissis*

...

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a **repercussão geral das questões constitucionais** discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (destaquei)

5. Na mesma linha o art. 1.035, *caput*, do CPC, cuja letra é expressa no sentido de que o “ *Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral* ”.

6. É dizer, ausente, na questão submetida a exame, envergadura constitucional, sequer se coloca à análise o requisito da repercussão geral, merecendo desde logo o recurso extraordinário, independentemente da presença ou não dos demais requisitos de admissibilidade, juízo de não-conhecimento.

7. Ressalto, a corroborar tal compreensão, o não afastamento da natureza extraordinária de recurso de competência desta Casa, nem ante a sujeição do feito à sistemática da repercussão geral - ainda que se possa entender operada a “objetivação” do processo -, consabido insuperável eventual ausência do preenchimento dos pressupostos recursais de admissibilidade. Eis o teor do art. 102, III, da Lei Maior:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

...

III - **julgar, mediante recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) **contrariar** dispositivo desta **Constituição** ;
- b) **declarar a inconstitucionalidade** de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local **contestado em face desta Constituição** ;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”
(destaquei)

8. Observada a literalidade das alíneas “a”, “b” e “c”, no que diz com a exigência de afronta ao texto constitucional, explícito que também o permissivo contido na alínea “d” impõe, à admissão do extraordinário, a presença de questão constitucional, traduzida no reconhecimento da validade da lei local, em face da lei federal, ao arrepio das normas constitucionais de repartição das competências legislativas dos entes federados.

9. A corroborar tal compreensão, o julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 132.755, em que Relator o Ministro Moreira Alves, cujos debates passaram a orientar os julgados desta Casa quanto ao preenchimento desse específico requisito de admissibilidade recursal.

10. Iniciado em 28.9.1989, operou-se o julgamento sob o ótica do texto original da Constituição da República, o qual dispunha competir, por seu art. 105, III, “b”, ao recém criado Superior Tribunal de Justiça a análise do recurso especial contra decisão que julgasse “ *válida **lei ou ato de governo local** contestado em face de lei federal* ”, competência, diga-se de passagem, desde a Constituição de 1934 atribuída a esta Corte Suprema.

11. Naquela oportunidade, destacou o Ministro Celso de Mello a natureza constitucional do debate em torno do reconhecimento da validade da lei local em face da lei federal, assentando que, “ *dentre as hipóteses de admissibilidade do recurso especial - todas discriminadas no art. 105, III da Constituição -, uma há que envolve, iniludivelmente, **tema constitucional*** ”.

12. Nessa toada, fez registrar, em seu voto, o Ministro Celso de Mello, pronunciamento realizado em conferência sobre o tema, pelo Ministro Moreira Alves, no qual alertava para o equívoco de se atribuir tal competência à Corte Superior de Justiça, *verbis* :

"[...] Com relação, porém, a uma das hipóteses de cabimento do recurso especial - aquela que assim é enunciada pelo Projeto da futura Constituição: 'julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal' - cometeu-se um equívoco que destrói a harmonia desse sistema. Equívoco, aliás, que já se encontrava no Anteprojeto elaborado pela Comissão dos Notáveis. Partiu-se da premissa errônea de que contestação de lei de governo local em face de lei federal, por se tratar de confronto entre lei e lei, estaria situada no terreno legal infraconstitucional, quando, em verdade, questão dessa natureza é sempre constitucional, por decorrer, necessariamente, da possibilidade de invasão, por parte da lei local, da área de competência legislativa reservada à União Federal. [...]."

12. Acresceu o Ministro Celso de Mello o entendimento de que inexistia hierarquia entre as "*leis editadas pelas pessoas políticas, no plano de sua estrita competência constitucional*", observado retirarem "*a força e a autoridade de que se revestem [...] originariamente do próprio texto da Constituição*", razão pela qual "*a invasão da esfera de competência de qualquer dessas entidades estatais resultará, por isso mesmo - e sempre -, em inconstitucionalidade da norma legal editada, pois a discriminação de poderes no âmbito da Federação **reveste-se**, por sua origem e natureza, **de caráter constitucional***".

13. Suspenso o julgamento, em razão do pedido de vista, retornou o feito a exame deste Colegiado após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, pela qual o legislador constituinte derivado cindiu a competência prevista no art. 105, III, "b", da Lei Maior. No âmbito do STJ, permanecera a análise sobre a validade **do ato de governo local** contestado em face da lei federal, enquanto, ao rol das competências do STF "retornara" a discussão sobre a validade **da lei local** contestada em face da lei federal, inserida a alínea "d" no inciso III do art. 102 da Lei Maior. A questão de ordem, nos termos do voto Ministro Dias Toffoli, Redator designado, resultou prejudicada.

14. Inconteste a imprescindibilidade da natureza constitucional da controvérsia trazida no recurso extraordinário – o que, consoante entendo, não se mostra presente no **caso dos autos**, em que se debate a possibilidade de convocação para o serviço militar obrigatório, quando da conclusão do curso de medicina, do médico que, ao se apresentar para o serviço militar inicial, obteve dispensa da incorporação por excesso de contingente.

15. Verifico, ademais, equacionada a matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no exercício da sua constitucional competência de uniformizar a legislação federal (art. 105, III, da CF), ao exame do Recurso Especial nº 1.186.513/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos - Temas nº 417 e nº 418.

16. A Corte Superior de Justiça, por sua 1ª Seção, pacificou a controvérsia tanto sob a ótica das Leis nº 4.375/1964 e nº 5.292/1967, ao assentar o entendimento de que estudantes de Medicina dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, quanto à luz da alteração legislativa decorrente do advento da Lei nº 12.336/2010, explicitando passíveis de prestação do serviço militar obrigatório os médicos, mesmo que tenham recebido o certificado de dispensa de incorporação, convocados após a vigência da norma legal alteradora. Transcrevo as ementas das decisões proferidas no REsp nº 1.186.513/RS, da relatoria do Ministro Herman Benjamin:

“ADMINISTRATIVO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE. ÁREA DE SAÚDE. OBRIGATORIEDADE RESTRITA ÀQUELES QUE OBTÊM ADIAMENTO DE INCORPORAÇÃO. ART. 4º, CAPUT, DA LEI 5.292/1967.

1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão-somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967.

2. A jurisprudência do STJ se firmou com base na interpretação da Lei 5.292/1967. As alterações trazidas pela Lei 12.336 não se aplicam ao caso em tela, pois passaram a vigor somente a partir de 26 de outubro de 2010.

3. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.” (DJe 29/04/2011)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE. ÁREA DE SAÚDE. LEIS 5.292/1967 e 12.336/2010.

1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar, compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, caput, da Lei 5.292/1967.

2. As alterações trazidas pela Lei 12.336 passaram a vigor a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários, ou seja, àqueles que foram dispensados de incorporação antes da referida lei, mas convocados após sua vigência, devem prestar o serviço militar.

3. Embargos de Declaração acolhidos.” (DJe 14/02/2013)

17. Tal exegese emprestada pelo STJ à matéria já foi objeto de análise e ratificação, no âmbito deste STF, quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 34.353, em decisão da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, publicada em 05.9.2019, *verbis* :

“Após a modificação da Lei 5.292/1967, que dispõe sobre a prestação do Serviço Militar pelos estudantes de medicina, farmácia, odontologia e veterinária, alterada pela Lei 12.336/2010, além dos que adiaram a incorporação, também os que foram dispensados por excesso de contingente deverão prestar o serviço militar ao término da conclusão do curso ou da realização de programa de residência médica, conforme demonstra o art. 4º, da Lei 5.292/1967 (redação dada pela Lei 12.336/2010):

...
Desse parâmetro normativo não se afastou o ato praticado pelo Ministro de Estado da Defesa, uma vez que, conforme enfatizado pelo Superior Tribunal de Justiça, o impetrante foi dispensado do serviço militar obrigatório por excesso de contingente em 2004, concluindo o curso de medicina em 2011, ou seja, em data posterior à vigência da Lei 12.336/2010.

Desse modo, considerando o dado incontroverso de que a conclusão do curso ocorreu já na vigência da Lei 12.336/2010, a reconvocação do impetrante, ora recorrente, torna-se legitimada pela referida permissão legal de convocação daqueles que se FORMAREM após a sua edição – o que inviabiliza o direito defendido no presente recurso.” (destaques no original)

18. **Voto** , assim, pelo **não conhecimento** do recurso extraordinário, inexistente tema de envergadura constitucional, e, conseqüentemente, pela ausência de repercussão geral, ao feitiço do art. 1.035, *caput*, do CPC.

Caso **vencida na preliminar**, passo a votar no recurso extraordinário.

II - Recurso extraordinário

A) Síntese

1. Mantida a concessão da ordem para obstar a prestação do serviço militar por parte do impetrante, ora recorrido, em decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, prolatada ao exame de apelação e reexame necessário em mandado de segurança, com o seguinte teor:

“VOTO

A questão posta nos presentes autos trata do direito ou não de o impetrante assegurar a dispensa de prestação do serviço militar obrigatório, de forma definitiva, ratificando a sua dispensa de incorporação por excesso do contingente, antes deferida, bem como emitido documento de quitação do serviço na caserna.

...

O impetrante foi dispensado do serviço militar, à época, por motivo de excesso de contingente, e não por adiamento de incorporação, tampouco de forma condicional à prestação de serviço ao Exército ao final do curso superior.

Não pode a Administração, após ter dispensado o impetrante de prestar o Serviço Militar obrigatório, em razão de o candidato ter sido incluído no excesso de contingente, renovar a convocação ao término do curso superior.

Adiar a incorporação ao serviço militar para efetivar a conclusão de curso de medicina, farmácia, odontologia ou veterinária é regrado por lei.

A convocação dos chamados MFDV - médicos, farmacêuticos e veterinários, dispensados por adiamento do serviço militar está regradada na Lei nº Lei 5.292/1967 que estabelece no seu artigo 4º:

...

Consoante a Lei nº 4.375/1964, o brasileiro dispensado por excesso de contingente só pode ser convocado " até 31 de dezembro do ano designado para a prestação do serviço militar da sua classe " (art. 30, parágrafo 5º da Lei nº 4.375, e art. 95 do Decreto nº 57.654/1966).

E mais, os que seriam recrutados, mas que fizeram jus ao adiamento da incorporação respaldados na frequência à faculdade de medicina, farmácia, odontologia ou veterinária: " são considerados convocados para prestação do serviço militar no ano seguinte ao da terminação do curso " (art. 9º da Lei nº 5.292/1967).

Quanto ao prequestionamento de outras disposições legais, anoto que o direito sempre apresenta vários pontos de vista, e não se pode pretender que as partes se convençam dos argumentos trazidos pelo julgador. A tarefa do Juiz é dizer, de forma fundamentada, qual legislação incide no caso concreto. Declinada a legislação que se entendeu aplicável, é essa legislação que terá sido contrariada, caso seja aplicada em situação fática que não se lhe subsume. As disposições que conduzem ao julgamento realizado são as indicadas no voto condutor. Assim, os arts. 4º, § 2º e § 4º, 9º, da Lei nº 5.292/67; arts. 2º e 5º, da Lei nº 4.375/64; Lei nº 4.345/67; art. 2º, § 1º e § 2º, da LICC (Decreto-Lei nº 4.657/42); art. 106, do Decreto nº 57.654/66; arts. 1º, parágrafo único, 2º, 14, 37 e 143, parágrafo único, § 1º e § 2º, da CF; Súmulas nºs 282 e 356, do STF e Súmulas nºs 98 e 211, do STJ, ou seja, as disposições que se pretende prequestionar não incidem, no caso, para os fins de modificação do julgado."

Rejeitados os declaratórios, pelo TRF da 4ª Região, consoante fragmento abaixo:

"[...] anoto que a tarefa do Juiz é dizer qual a legislação que incide no caso concreto. Declinada a legislação que se entendeu aplicável, é essa legislação que terá sido contrariada, caso seja aplicada em situação fática que não se lhe subsume."

2. Nas razões recursais, a União argui a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional (arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal), o desrespeito à cláusula de reserva de plenário (Súmula 10/STF e art. 97 da Carta Política), bem como alega que a decisão da Corte de origem afronta os arts. 1º, I, 5º, *caput*, XIII, LIV e § 2º, 37, *caput*, 142 e 143 da Lei Maior.

B) Negativa de prestação jurisdicional

1. Sustenta, a recorrente, omissa a Corte de origem, instada a se manifestar, ante a oportuna oposição dos embargos declaratórios, acerca dos arts. 3º, “a”, 4º, §§ 2º e 4º, e 45 da Lei nº 5.292/1967 (diploma que disciplina a prestação do Serviço Militar pelos estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária e pelos Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários), art. 5º da Lei nº 4375/1964 (Lei do Serviço Militar), bem como art. 3º, 11, 12 e 106, do Decreto nº 57.654/1966.

2. Da leitura dos fundamentos do acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo*, verifico explicitados os motivos de decidir, a afastar o vício da nulidade arguido pela recorrente.

3. A decisão recorrida contempla exame da matéria sob o prisma da legislação de regência, tendo o Tribunal origem prestado a jurisdição ao explicitar o entendimento de que “ *o brasileiro dispensado por excesso de contingente só pode ser convocado até 31 de dezembro do ano designado para a prestação do serviço militar da sua classe* ”, com base na interpretação do art. 30, § 5º, da Lei nº 4.375/1964, bem como do art. 95 do Decreto nº 57.654/1966, bem como ao asseverar que a Lei nº 5.292/1967 incide em hipótese diversa, qual seja a dos convocados para o serviço militar “ *que fizeram jus ao adiamento da incorporação respaldados na freqüência à faculdade de medicina, farmácia, odontologia ou veterinária* ”.

4. Destaco que, no âmbito técnico-processual, o grau de correção do juízo de valor emitido na origem não se confunde com vício ao primado da fundamentação, notadamente consabido que a disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano. Cito precedentes:

“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos

relacionados à repercussão geral” (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, por maioria, DJe 13.8.2010).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. RE LEGAL CURSO EXTRAORDINÁRIO PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEVIDO PROCESSO. Se, de um lado, é possível ter-se situação concreta em que transgredido o devido processo legal a ponto de se enquadrar o recurso extraordinário no permissivo que lhe é próprio, de outro, descabe confundir a ausência de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional com a entrega de forma contrária aos interesses do recorrente. AGRAVO ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé” (ARE 721.783-AgR/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 12.3.2013).

5. Assente a jurisprudência desta Corte, ao exame do AI nº 791.292, sob a sistemática da repercussão geral, no sentido de que o art. 93, IX, da Constituição Federal exige a explicitação dos fundamentos pelo órgão jurisdicional sem determinar o exame pormenorizado das alegações ou provas (Tema 339):

“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (AI 791.292-QO-RG, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário Virtual, DJe 13.8.2010).

Incólumes os preceitos constitucionais ventilados.

C) Reserva de Plenário

1. A União argumenta afastada a aplicação do art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67, pelo Tribunal a *quo*, sem declaração de inconstitucionalidade do preceito legal, a afrontar o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10/STF.

2. Os preceitos legais interpretados pela Corte de origem são **anteriores ao advento da Carta Política de 1988**, a afastar a possibilidade de invocação da cláusula de reserva de plenário.

Observada a particularidade, eventual juízo de incompatibilidade acerca da legislação pretérita não atrai a pecha da inconstitucionalidade, mas, sim, da não receptividade da lei pela ordem constitucional superveniente. Nesse sentido, decisão do Tribunal Pleno desta Corte, ao exame da ADI nº 02:

“CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da Inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.” (Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 21.11.1997)

3. Resolvendo-se a questão no plano do direito intertemporal, não há falar em violação do art. 97 da Lei Maior, bem como em contrariedade à SV nº 10 desta Casa. Colho precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESRESPEITO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 10. NÃO OCORRÊNCIA. NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A norma cuja incidência teria sido afastada possui natureza pré-constitucional, a exigir, como se sabe, um eventual juízo negativo de recepção (por incompatibilidade com as normas constitucionais supervenientes), e não um juízo declaratório de inconstitucionalidade, para o qual se imporia, certamente, a observância da cláusula de reserva de plenário.” (Rcl 15.786 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 34 de 19.02.2014.)

“A cláusula de reserva de plenário (*full bench*) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da CF/1988. 2. As normas editadas quando da vigência das Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97 da CF/1988.” (AI 669.872 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJE 29 de 14.02.2013)

“(…) sustenta o recorrente que houve violação ao art. 97 da CF /1988, bem como ao enunciado da Súmula Vinculante 10, em virtude de o Tribunal a quo ter negado aplicação ao § 3º do art. 4º da Lei 4.156 /1962, sem, contudo, declarar sua inconstitucionalidade. No entanto, verifico que a pretensão do recorrente não encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o diploma legislativo afastado é anterior à CF/1988. Dessa forma, inaplicável a reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/1988, existindo mero juízo de recepção do texto pré-constitucional. Em outros termos, examinar se determinada norma foi ou não revogada pela CF/1988 não depende da observância do princípio do *Full Bench* .” (AI 831.166 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJE 159 de 19.8.2014)

Afronta ao art. 97 da Constituição Federal e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10/STF incorrentes.

D) Convocação para o serviço militar obrigatório

1. Aparelhado o extraordinário na afronta aos arts. 1º, I, 5º, *caput*, XIII, LIV e § 2º, 37, *caput*, 142 e 143 da Lei Maior, a matéria devolvida à apreciação desta Suprema Corte diz com a possibilidade de se convocar para o serviço militar obrigatório, quando da conclusão do curso superior, o

estudante de medicina que tenha sido dispensado da incorporação, por excesso de contingente, no ato de apresentação para o serviço militar inicial, aos 18 anos de idade.

2. Transcrevo os preceitos constitucionais invocados pela recorrente:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

...

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

...

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

...

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

...

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

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.

...

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.”

3. Registro, de plano, da leitura dos preceitos constitucionais, a compreensão de que os dispositivos invocados não abordam o tema da

prestação do serviço militar obrigatório por parte dos profissionais médicos, especialmente se considerada a particularidade do caso em apreço - convocação do estudante, ao final do curso de medicina, que tenha sido dispensado do serviço militar inicial por excesso de contingente -, a obstar seja reconhecida afronta direta na hipótese.

4. O fundamento da soberania, vertido no inciso I do art. 1º da Lei Maior, é imanente ao próprio conceito de Estado, a explicitar que a República Federativa do Brasil, no plano interno, detém a supremacia do poder político, e, na ordem internacional, independência em relação aos outros Estados.

Consoante ensina José Afonso da Silva:

“[...] a soberania não precisava ser mencionada, porque ela é fundamento do próprio conceito de ‘Estado’. [...] Soberania significa poder político supremo e independente, como observa Marcello Caetano: supremo, porque ‘não está limitado por nenhum outro na ordem interna’; independente, porque, ‘na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.”

E, no magistério de Celso Ribeiro Bastos:

“A soberania se constitui na supremacia do poder dentro da ordem interna e no fato de, perante a ordem externa, só encontrar Estados de igual poder. Esta situação é a consagração, na ordem interna, do princípio da subordinação, com o Estado no ápice da pirâmide, e, na ordem internacional, do princípio da coordenação. Ter, portanto, a soberania como fundamento do Estado brasileiro significa que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir nos seus negócios.”

5. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, acerca dos princípios da igualdade, legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, é uníssona no sentido de que eventual afronta, caso ocorresse, não se verificaria de forma direta, a demandar a interpretação das normas infraconstitucionais, procedimento que desatende ao comando do art. 102 da Lei Maior.

6. Repeatedos os limites da moldura delineada pela Corte de origem ao exame da legislação ordinária e dos decretos regulamentares, tendo sido firmadas as premissas de que dispensado o ora recorrido do serviço militar obrigatório, por excesso de contingente, quando da sua apresentação inicial, ato formalizado pela entrega do Certificado de Dispensa da Incorporação, desprovido de ressalvas ou condicionantes acerca de futura convocação, a consubstanciar “documento de quitação do serviço na caserna”, bem como de que presente termo final, na legislação de regência, para o exercício de eventual direito à nova convocação para o serviço militar, tenho que a discussão sobre a natureza jurídica dos atos administrativos praticados não se opera no plano constitucional, a afastar a tese da afronta direta e literal aos princípios norteadores da Administração Pública (art. 37 da Constituição da Federal).

7. Acresço que, no julgamento do ARE nº 748.371-RG, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal Pleno desta Casa decidiu pela inexistência de repercussão geral da matéria relacionada à alegação de violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. O acórdão está assim ementado:

“Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.” (DJe 1º. 8.2013)

8. Quanto ao postulado garantidor da liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), verifico, na estrita dicção do preceito constitucional, remetida à legislação infraconstitucional o estabelecimento das qualificações profissionais passíveis de serem exigidas. Nesse compasso, eventual enfrentamento da matéria, pelo prisma das contenções legais ao exercício da medicina - especialmente no que tange aos profissionais médicos que tenham recebido o certificado de dispensa da incorporação, por excesso de contingente, quando da apresentação para o serviço militar inicial -, não se opera, rigorosamente, no plano jurídico-constitucional.

9. A cláusula de abertura contida no § 2º do art. 5º da Carta Política, voltada a assegurar abrangência maior à categoria dos direitos

fundamentais, orienta a não exclusão, pelo ordenamento jurídico pátrio, de direitos e garantias contemplados em instrumentos internacionais, apartando-se tal preceito constitucional da discussão trazida no bojo do recurso extraordinário.

10. O art. 142 da Constituição da República, por seus parágrafos e incisos, traça linhas mestras da estrutura e organização das Forças Armadas, bem como assenta a destinação constitucional da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, qual seja defender a Pátria, garantir os poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, a lei e a ordem, não contemplado, em tais balizas, o aspecto relativo à prestação do serviço militar obrigatório.

11. Exclusivo preceito constitucional em que assentada a obrigatoriedade do serviço militar, o art. 143 traz na sua literalidade o comando para o regramento do tema no plano da legislação infraconstitucional. Confira-se:

“Art. 143 O serviço militar é obrigatório **nos termos da lei** .”
(destaquei)

12. Remetida pelo legislador constituinte originário, ao plano infraconstitucional, a disciplina do serviço militar obrigatório, a aferição da compatibilidade entre a decisão recorrida e os preceitos constitucionais invocados demandaria ingresso no exame das normas legais aplicáveis à espécie, procedimento de todo vedado na seara extraordinária.

13. Não olvido adotado pelo legislador constituinte, ao optar pela obrigatoriedade do serviço militar, o modelo denominado “nação em armas”, cujas origens remontam à Revolução Francesa de 1793, traduzido no espírito de que todos os cidadãos de determinado Estado se encontram sujeitos à convocação para defender a pátria. Tal modelo tem sido largamente encampado, ao longo da história, por inúmeras nações, correspondendo, em essência, à última razão de que dispõe determinado Estado, quando na iminência de sucumbir a forças inimigas. Sobre o ponto, Pedro Gallo Vieira:

“Perdura na ordem constitucional brasileira a ideia da nação em armas, herança da Revolução Francesa, cuja Constituição de 1793 afirmava que ‘todos os franceses são soldados, todos devem estar habituados ao manejo das armas’. Assim, todo nacional poderá ser chamado a contribuir para a segurança da Pátria, nas formas típicas ou atípicas de serviço militar (PEDRA e PEDRA, 2009, p. 1717).”

14. No Brasil, a opção constitucional pela obrigatoriedade do serviço militar é regra que comporta exceções, a exemplo das hipóteses vertidas nos §§ 1º e 2º do art. 143 da Constituição da República (escusa de consciência, mulheres e eclesiásticos), bem como daquelas contidas na legislação infraconstitucional, por autorização da parte final do *caput* do art. 143 da Lei Maior, dentre as quais a dispensa do serviço militar por excesso de contingente.

15. Reforçam a compreensão de que infraconstitucional a matéria, decisões desta Suprema Corte proferidas em período anterior ao estabelecimento do Tema 449 da repercussão geral, nas quais consignada a ausência de afronta direta ao texto constitucional: *AI 615302, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/06/2007; AI 672422, Relator Min. Marco Aurélio, DJe-144 de 05/08/2010; AI 804981, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe-155 de 23/08/2010; AI 817694, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe-185 de 01/10/2010, AI 818249, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJe-218 de 16/11/2010; AI 818265, Relatora Min. Cármen Lúcia; DJe-036 de 23/02/2011; AI 820676, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJe-222 de 19/11/2010, AI 833602, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe-027 de 10/02/2011; e AI 823226, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe-038 de 25/02/2011.*

Inocorrente afronta aos arts. 1º, I, 5º, *caput*, XIII, LIV e § 2º, 37, *caput*, 142 e 143 da Constituição Federal, **nego provimento ao recurso extraordinário**.

É como voto.