

18/08/2017

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.038.925 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **JOSÉ RICARDO RODRIGUES ROCHA**
ADV.(A/S) : **SANDRA SORAIA DE MOURA LIMA**

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

RE 1038925 RG / SP

18/08/2017

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.038.925 SÃO PAULO

MANIFESTAÇÃO

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto nos autos dos embargos de declaração no Habeas Corpus 290.843/SP, do Superior Tribunal de Justiça, que se encontrava sobrestado aguardando o julgamento do tema 192 da repercussão geral, representado pelo RE 601.384/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Ocorre que, como informado pelo STJ, o relator do processo-paradigma teria negado provimento ao RE referido, nos seguintes termos:

"1. O Pleno, na apreciação do habeas corpus nº 104.339, relator o ministro Gilmar Mendes, em 10 de maio de 2012, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de dezembro seguinte, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 44 da

RE 1038925 RG / SP

Lei nº 11.343/2006.

2. Ante o quadro, considerado o fato de o processo veicular a mesma matéria, tendo sido admitida a repercussão geral em momento anterior 29 de outubro de 2009 , desprovejo o recurso.

3. Publiquem". (eDOC 1, p. 134-135)

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário teria sido interposto em face do acórdão proferido pela Quinta Turma, ementado nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE PROVISÓRIA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. (HC N.º 104.339/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Paciente preso em flagrante no dia 25/11/2013, pela suposta prática do delito de tráfico ilícito de drogas, porque surpreendido com 10 invólucros de cocaína (8,5g) e a importância de R\$ 2,00.

2. O Plenário do Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade, incidenter tantum, da vedação legal à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (leading case: HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 06/12/2012.). Tal posição refletiu no entendimento até então adotado nesta Corte Superior, que passou a considerar necessária à

RE 1038925 RG / SP

presença de ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrado no caso concreto, também em relação à prisão cautelar por crime de tráfico ilícito de drogas.

3. O Juízo processante, em decisum confirmado pelo Tribunal de origem, converteu a prisão em flagrante do Paciente em preventiva mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do retrocitado art. 312. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos. Esta Corte Superior não pode referendar tais fundamentos, o que determina a revogação da constrição cautelar sub judice.

4. O Paciente encontra-se preso cautelarmente há mais de 06 meses, sem que tenha havido, até agora, prolação da sentença. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar a imediata soltura do Paciente, se por al não estiver preso, com aplicação, entretanto, das medidas cautelares diversas da prisão descritas nos incisos I, II, III, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal, a serem especificadas pelo Juiz Sentenciante, sem prejuízo da imposição de outras medidas que entender necessárias. (eDOC 1, p. 67-68)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 5º, inciso II, e 52, inciso X, do texto constitucional.

RE 1038925 RG / SP

Nas razões recursais, alega-se:

Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do HC 104.339/SP, tenha recentemente declarado inconstitucional a vedação de liberdade provisória ao acusado por crime de tráfico, cumpre salientar que não se observou o procedimento previsto no art. 52, inciso X, da CF, que determinar ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso, em manifesto confronto ao sistema de controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico-constitucional pátrio. (eDOC 1, p. 102)

Sustenta-se que dar efeito vinculante em controle difuso, seria ferir de morte o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, além de aniquilar o princípio da separação dos Poderes decorrente de um ativismo exacerbado. (eDOC 1, p. 108-109)

Requer-se seja provido o presente extraordinário, com a consequente cassação da ordem concedida. (eDOC 1, p. 111)

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto novamente a matéria à análise de repercussão geral, tendo em vista que a discussão possui relevância do ponto de vista jurídico e ultrapassa os interesses subjetivos das partes, como já havia decidido esta Corte quando da análise do tema 192, posteriormente cancelado RE-RG 601.384/RS já que a orientação firmada por esta Corte balizará todos

RE 1038925 RG / SP

os casos de prisão por tráfico de drogas em que se discute o cabimento da liberdade provisória, em face da previsão do art. 44 da Lei 11.343/2006.

Cumpre destacar que, em sessão realizada no dia 10.5.2012, o Pleno do STF, ao julgar o HC 104.339/SP, de minha relatoria, por maioria, declarou incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Embora o Tribunal, na sessão referida, tenha autorizado aos Ministros decidirem monocraticamente os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, há a necessidade de reafirmar-se, via sistemática de repercussão geral, a referida decisão, a fim de que se evite questionamento quanto à observância do 52, inciso X, do texto constitucional.

É que, até o presente momento, não foi editada pelo Senado Federal, resolução com fins a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, manifesto-me, uma vez mais, pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário para

RE 1038925 RG / SP

negar-lhe provimento.

Outrossim, reafirmo, agora em sede de repercussão geral, a jurisprudência do STF, para fixar a seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.038.925 SÃO PAULO

PRONUNCIAMENTO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM
HABEAS CORPUS – MINISTÉRIO
PÚBLICO – FISCAL DA LEI.**

**LIBERDADE PROVISÓRIA – LEI DE
TÓXICOS – ARTIGO 44 –
INCONSTITUCIONALIDADE –
PRECEDENTE DO PLENÁRIO.**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL –
JULGAMENTO – PLENÁRIO VIRTUAL –
INADEQUAÇÃO.**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
NEGATIVA DE SEGUIMENTO.**

1. O assessor Dr. Ricardo Borges Freire Junior prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do discutido no recurso extraordinário nº 1.038.925/SP, relator o ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 30 de junho de 2017, sexta-feira, com termo final para manifestação no próximo dia 18 de agosto, sexta-feira.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça inadmitiu o *habeas corpus* formalizado em favor de José Ricardo Rodrigues Rocha – preso preventivamente em virtude do suposto cometimento do crime descrito no artigo 33 (tráfico ilícito de

RE 1038925 RG / SP

entorpecentes) da Lei nº 11.343/2006 –, tendo-o como substitutivo de recurso ordinário. Deferiu a ordem de ofício, determinando a imediata soltura do ora recorrido e fixando medidas cautelares diversas da prisão, levando em conta: (i) a fundamentação genérica do ato mediante o qual convertida, em preventiva, a prisão em flagrante; (ii) a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo, do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006; e (iii) o tempo decorrido desde a constrição – 6 meses – sem que fosse proferida a sentença.

Embargos de declaração foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público Federal aponta transgressão aos artigos 5º, inciso II, e 52, inciso X, da Constituição Federal. Articula com o princípio da legalidade e com o desrespeito ao sistema misto de controle de constitucionalidade, dizendo da necessidade de resolução do Senado Federal para afastar a aplicação do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, considerados os efeitos – limitados às partes e prospectivos – do pronunciamento do Supremo no *habeas* de nº 104.339. Sustenta ofensa ao princípio da separação dos Poderes e exagerado ativismo judicial. Afirma a presunção de constitucionalidade da previsão legal que veda a concessão de liberdade provisória a indivíduo acusado de comercializar entorpecentes – artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

Sob o ângulo da repercussão geral, aduz ultrapassar a matéria os limites subjetivos da lide, possuindo relevância dos pontos de vista jurídico e social. Salienta o agravamento da criminalidade e o clima de incerteza e insegurança no País, presente a possibilidade de soltura de milhares de pessoas condenadas pela prática de tráfico de drogas.

O recorrido, nas contrarrazões, sublinha o acerto do ato atacado. Noticia que, passado mais de 1 ano desde a prisão em

RE 1038925 RG / SP

flagrante, não houve elaboração de laudo definitivo pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo.

Anoto que o processo estava sobrestado, aguardando o exame do recurso extraordinário nº 601.384/RS, com repercussão geral reconhecida, da relatoria de Vossa Excelência – Tema nº 192. Em 27 de setembro de 2016, Vossa Excelência desproveu-o, consignando:

REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA –
DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA
MATÉRIA – DESPROVIMENTO.

1. O Pleno, na apreciação do *habeas corpus* nº 104.339, relator o ministro Gilmar Mendes, em 10 de maio de 2012, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de dezembro seguinte, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

2. Ante o quadro, considerado o fato de o processo veicular a mesma matéria, tendo sido admitida a repercussão geral em momento anterior – 29 de outubro de 2009 –, desprovejo o recurso.

3. Publiquem.

Considerado o cancelamento do Tema, o recurso foi admitido na origem.

O Relator submeteu o extraordinário ao denominado Plenário Virtual, manifestando-se pela reafirmação da jurisprudência do Supremo. Preferiu voto no sentido de conhecer do recurso, declarar a existência da repercussão geral e desprovê-lo. Propôs a seguinte tese: “É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006”.

RE 1038925 RG / SP

Eis o pronunciamento:

MANIFESTAÇÃO

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto nos autos dos embargos de declaração no Habeas Corpus 290.843/SP, do Superior Tribunal de Justiça, que se encontrava sobrestado aguardando o julgamento do tema 192 da repercussão geral, representado pelo RE 601.384/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Ocorre que, como informado pelo STJ, o relator do processo-paradigma teria negado provimento ao RE referido, nos seguintes termos:

"1. O Pleno, na apreciação do habeas corpus nº 104.339, relator o ministro Gilmar Mendes, em 10 de maio de 2012, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de dezembro seguinte, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

2. Ante o quadro, considerado o fato de o processo

RE 1038925 RG / SP

veicular a mesma matéria, tendo sido admitida a repercussão geral em momento anterior 29 de outubro de 2009 , desprovejo o recurso.

3. Publiquem". (eDOC 1, p. 134-135).

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário teria sido interposto em face do acórdão proferido pela Quinta Turma, ementado nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE PROVISÓRIA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. (HC N.º 104.339/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Paciente preso em flagrante no dia 25/11/2013, pela suposta prática do delito de tráfico ilícito de drogas, porque surpreendido com 10 invólucros de cocaína (8,5g) e a importância de R\$ 2,00.

2. O Plenário do Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade, incidenter tantum, da vedação legal à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (leading case: HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 06/12/2012.). Tal posição refletiu no entendimento até então adotado nesta Corte Superior, que passou a considerar necessária à presença de ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrado no caso concreto, também em relação à

RE 1038925 RG / SP

prisão cautelar por crime de tráfico ilícito de drogas.

3. O Juízo processante, em decisum confirmado pelo Tribunal de origem, converteu a prisão em flagrante do Paciente em preventiva mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do retrocitado art. 312. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos. Esta Corte Superior não pode referendar tais fundamentos, o que determina a revogação da constrição cautelar sub judice.

4. O Paciente encontra-se preso cautelarmente há mais de 06 meses, sem que tenha havido, até agora, prolação da sentença. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar a imediata soltura do Paciente, se por al não estiver preso, com aplicação, entretanto, das medidas cautelares diversas da prisão descritas nos incisos I, II, III, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal, a serem especificadas pelo Juiz Sentenciante, sem prejuízo da imposição de outras medidas que entender necessárias. (eDOC 1, p. 67-68)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 5º, inciso II, e 52, inciso X, do texto constitucional.

Nas razões recursais, alega-se:

Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do HC 104.339/SP, tenha recentemente declarado inconstitucional a vedação de liberdade provisória ao acusado por crime de tráfico, cumpre salientar que não se observou o procedimento previsto no art. 52, inciso X, da CF, que determinar ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da

RE 1038925 RG / SP

execução de lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso, em manifesto confronto ao sistema de controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico-constitucional pátrio. (eDOC 1, p. 102).

Sustenta-se que dar efeito vinculante em controle difuso, seria ferir de morte o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, além de aniquilar o princípio da separação dos Poderes decorrente de um ativismo exacerbado. (eDOC 1, p. 108-109).

Requer-se seja provido o presente extraordinário, com a conseqüente cassação da ordem concedida. (eDOC 1, p. 111).

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto novamente a matéria à análise de repercussão geral, tendo em vista que a discussão possui relevância do ponto de vista jurídico e ultrapassa os interesses subjetivos das partes, como já havia decidido esta Corte quando da análise do tema 192, posteriormente cancelado RE-RG 601.384/RS já que a orientação firmada por esta Corte balizará todos os casos de prisão por tráfico de drogas em que se discute o cabimento da liberdade provisória, em face da previsão do art. 44 da Lei 11.343/2006.

Cumpre destacar que, em sessão realizada no dia 10.5.2012, o Pleno do STF, ao julgar o HC 104.339/SP, de minha relatoria, por maioria, declarou incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Embora o Tribunal, na sessão referida, tenha autorizado aos Ministros decidirem monocraticamente os

RE 1038925 RG / SP

habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, há a necessidade de reafirmar-se, via sistemática de repercussão geral, a referida decisão, a fim de que se evite questionamento quanto à observância do 52, inciso X, do texto constitucional.

É que, até o presente momento, não foi editada pelo Senado Federal, resolução com fins a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, manifesto-me, uma vez mais, pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário para negar-lhe provimento.

Outrossim, reafirmo, agora em sede de repercussão geral, a jurisprudência do STF, para fixar a seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

2. Em primeiro lugar, tenho o recorrente como a atuar na condição de fiscal da lei. A razão é simples: no *habeas corpus* há parte única – o paciente, personificado pelo impetrante. Em segundo lugar, o Pleno proclamou a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, no que versava a impossibilidade de ter-se, praticado crime enquadrável na Lei nº 11.343/2006 e ocorrido o flagrante, a liberdade provisória. O flagrante hoje não é mais título a justificar a prisão, devendo ser substituído por ato que revele a preventiva. Havendo o Supremo,

RE 1038925 RG / SP

guardião maior da Constituição Federal, assentado o conflito do preceito com esta última, o pronunciamento deve ser observado pelas demais instâncias do Judiciário. Nada justifica o fato de articular-se com a ausência de resolução do Senado Federal a suspender a execução da norma para deixar de ter presente o crivo do Supremo. Então, já houve a declaração de inconstitucionalidade, surgindo imprópria a reiteração, muito menos no Plenário dito Virtual.

3. Pronuncio-me no sentido da inadequação da inserção do processo no citado Plenário. O caso seria de simples negativa de sequência do recurso extraordinário.

4. Publiquem.

Brasília – residência –, 31 de julho de 2017, às 11h30.

Ministro MARCO AURÉLIO