

**Tráfico de entorpecentes - Liberdade provisória -
Art. 44 da Lei nº 11.343/2006 - Arguição de
inconstitucionalidade**

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade. Ação de *habeas corpus*. Liberdade provisória negada. Art. 44 da Lei nº 11.343, de 2006. Crime de tráfico de entorpecentes. Questão já decidida pelo plenário do STF. Arguição não conhecida.

- Torna-se irrelevante e não deve ser conhecida a arguição de inconstitucionalidade de norma já examinada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 248, § 1º, I, do art. 248 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

- Arguição de inconstitucionalidade não conhecida, em razão de sua irrelevância.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL Nº 1.0000.10.030757-8/001 NO HABEAS CORPUS Nº 1.0000.10.030757-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Requerida: Corte Superior - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Herculano Rodrigues, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR LEVANTADA PELO DES. ARMANDO FREIRE. POR MAIORIA, NÃO CONHECER DA ARGUIÇÃO, PELA IRRELEVÂNCIA. ABSTEVE-SE DE VOTAR A DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2012. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente, pela ordem.

Admitindo essa possibilidade, por experiências anteriores, suscito prejudicial de sobrestamento do feito

até que se decida a questão da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente, em relação a essa prejudicial, não tenho, no momento, informação sobre os limites em que a repercussão foi reconhecida, por isso peço vista dos autos.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente, pela ordem.

Os tribunais superiores, inclusive o STJ, e diversas câmaras deste Tribunal, têm decidido pela inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06. Entendo que não é caso de sobrestamento, com a devida vênia. É matéria que está em plena discussão, e entendo que o Supremo Tribunal Federal vai, realmente, declarar a inconstitucionalidade, mas ainda a matéria não está decidida. Então, é questão de matéria de declarar ou não a inconstitucionalidade aqui. Não é caso de aguardar o Supremo Tribunal Federal decidir, porque não sabemos quando isso vai ocorrer.

No meu modesto entendimento, é caso de rejeitar essa preliminar.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de adiantar meu voto.

As duas Turmas do Supremo estão divididas, e o Ministro Marco Aurélio admitiu a repercussão geral que ainda não foi decidida. Não há obrigatoriedade de suspender esse julgamento, até porque a jurisdição penal exige tempo, e não poderemos ficar eternamente esperando a adesão do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, se ela vier, de uma forma ou de outra, como se trata de repercussão geral, ocorrerá vinculação. Enquanto isso, o Tribunal tem que dar uma solução.

Data venia, rejeito essa prejudicial.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de adiantar meu voto.

Acompanho o voto dos Des. Paulo César Dias e Dárcio Lopardi Mendes, no sentido de rejeitar a prejudicial.

Súmula - PEDIU VISTA DOS AUTOS O DES. CAETANO LEVI LOPES, DEPOIS DE LEVANTADA A PREJUDICIAL DE SOBRESTAMENTO DO FEITO PELO DES. ARMANDO FREIRE. EM ADIANTAMENTO DE VOTO, REJEITARAM A PREJUDICIAL OS DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS, DÁRCIO LOPARDI MENDES E AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia

11.01.2012, a pedido do Des. Caetano Levi Lopes, depois de levantada a prejudicial de sobrestamento do feito pelo Des. Armando Freire. Em adiantamento de voto, rejeitaram a prejudicial os Des. Paulo César Dias, Dárcio Lopardi Mendes e Agostinho Gomes de Azevedo.

Com a palavra, o Des. Caetano Levi Lopes.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente, com a devida vênia, rejeito a preliminar de sobrestamento, porque o egrégio Supremo Tribunal Federal, em seu plenário, já decidiu sobre a repercussão geral conferida ao Recurso Extraordinário 601384. Assim, entendo que essa preliminar perdeu o objeto.

DES. EDILSON FERNANDES - Acompanho o Relator, com a devida vênia.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Sr. Presidente, acompanho o Relator, uma vez que já perdeu o objeto.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Acompanho o Relator.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - Com o Relator.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Com o Relator.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Com o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - Com o Relator.

DES. AUDEBERT DELAGE - Com o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - Com o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Com o Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - Com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Com o Relator.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Sr. Presidente, abstenho-me de votar, porque não participei do início do julgamento e não me sinto em condições de votar.

DES. ELIAS CAMILO - Com o Relator.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Com o Relator.

DES. PRESIDENTE - Rejeitada a preliminar de sobrestamento, retorno a palavra ao Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Em juízo de admissibilidade, verifico que a colenda Primeira Câmara Criminal deste Tribunal suscitou arguição de inconstitucionalidade na Apelação Criminal nº 1.0000.10.030757-8/000, interposta contra a decisão que negou liberdade provisória ao interessado D.J.O., em ação de *habeas corpus* por ele aforada. Anoto que ele foi indiciado pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006 - Lei de Tóxicos (f. 68/70-TJ). A inconstitucionalidade invocada foi em relação ao art. 44 da referida lei.

Anoto que fato novo deve ser observado no presente julgamento, qual seja o recente julgamento pelo plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 104.339 - SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, em que se questionava a inconstitucionalidade do mencionado art. 44 da Lei nº 11.343, de 2006:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão 'e liberdade provisória', constante do *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, que denegava a ordem; Joaquim Barbosa, que concedia a ordem por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão do paciente, e Marco Aurélio, que concedia a ordem por excesso de prazo. O Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. (Plenário, 10.05.2012, consulta no sítio <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verimpres-sao/asp> em 17.05.2012.)

Portanto, restou concretizada a hipótese contida no art. 248, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, que determina a rejeição da arguição, em caso de sua irrelevância, diante de pronunciamento anterior pelo plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Diante de referido fato novo, perdeu o objeto também a prejudicial de sobrestamento, arguida de ofício pelo eminente Desembargador Armando Freire, embora fundamentada na existência de repercussão geral conferida ao Recurso Extraordinário nº 601.384, em que se discute o mesmo dispositivo questionado na presente arguição de inconstitucionalidade.

Com esses fundamentos, não conheço da presente arguição de inconstitucionalidade, em razão de sua irrelevância.

Transitada em julgado esta decisão, retorne o feito ao órgão fracionário de origem, para continuação do julgamento da apelação.

Sem custas.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado no bojo do *habeas corpus* impetrado em face da decisão que negou ao paciente a liberdade provisória, com base no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

No julgamento, a Primeira Câmara Criminal deste Tribunal, em razão da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição da República, bem como do Enunciado na Súmula Vinculante nº 10 do Pretório Excelso, dispondo que “viola a cláusula de reserva de plenário (art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”, arguiu o presente incidente para ser solucionado pela Corte Superior.

Dispõe o art. 248 do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução nº 420/2003) que:

Art. 248. Submetida a questão da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público ao órgão a que tocar o conhecimento do processo, será a arguição levada ao julgamento da Corte Superior, se reconhecida a sua relevância.

§ 1 A arguição será tida como irrelevante quando:

I - já houver sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal; [...]

A jurisprudência do Pretório Excelso consagra a dispensabilidade de submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou ao órgão especial, na hipótese de o próprio Tribunal ou no caso de o plenário do STF já houver se pronunciado sobre o tema.

A propósito, o Min. Gilmar Mendes, em sua obra intitulada *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3. ed., p. 254, citando precedente do STF, assim discorre:

A decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.

Ressalta-se, de princípio, que não há notícias de que esta Corte Superior do Tribunal de Justiça tenha decidido de modo incidental ou difuso sobre a questão da constitucionalidade ou não do art. 44 da Lei Federal nº 11.343/2006, embora em andamento alguns incidentes de inconstitucionalidade.

Por outro lado, o pleno do STF ainda não se pronunciou em definitivo sobre o tema, estando em trâmite o HC 100.949/SP, que discute a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, sendo que, em data de 31.08.2010, a Turma deliberou afetar ao Plenário do STF o julgamento do feito.

A despeito de decisões do Pretório Excelso, umas a favor e outras contra a inconstitucionalidade do referido dispositivo, verifica-se que todas foram tomadas em sede de controle difuso, e, portanto, produzem efeitos apenas entre as partes, não vinculativo para o Poder Judiciário.

A questão posta não pode ser vista como qualquer outra rotineira nesta Corte. No meu modo de ver, em se tratando de réu preso, que certamente é o caso dos autos, impossível o sobrestamento do processo até que o Supremo Tribunal Federal definitivamente decida a matéria.

O certo é que, antes de tudo, a repercussão geral emanada no § 1º do art. 543-C do CPC leva à indiscutível certeza de que o sobrestamento é do recurso, e não do processo. O que precisa ser visto diferentemente. O processo deve ser decidido, podendo o recurso que dele ocorrer ser ou não sobrestado.

Assim, salvo melhor juízo, necessário que haja disciplina na aplicação da repercussão geral, pois, como elucida o autor Luiz Alberto Barroso, in *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4. ed, p. 111:

[...] é razoável o receio de que a competência para selecionar as causas possa ser mal utilizada, servindo para que o Tribunal evite decidir questões polêmicas ou politicamente delicadas. [...] O debate sem dúvida, é instigante e necessário, mas é preciso ter em conta que a inexistência de um mecanismo explícito de seleção de causas não seria capaz de impedir um tribunal enfraquecido ou parcial de se retrair e evitar confrontos. Até porque os critérios tradicionais de admissibilidade - que não costumam ser exclusivamente objetivos - também podem, em tese, prestar-se ao papel de rechaçar os casos politicamente difíceis, com a agravante de tal opção restar encoberta.

Por tais razões, entendo que há relevância da questão arguida no presente incidente, fazendo-se necessário o pronunciamento desta Corte sobre a inconstitucionalidade suscitada em sede de controle difuso.

Dessa forma, peço vênha ao ilustre Desembargador Relator, e, por consequência, conheço do presente incidente de inconstitucionalidade.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de esclarecer que essa decisão é do Plenário do dia 10.05.12.

DES. PRESIDENTE - V. Ex.ª mantém o voto, Des. Paulo César Dias?

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Mantenho o meu voto, Sr. Presidente.

DES. EDILSON FERNANDES - Acompanho o eminente Relator, *data venia*.

DES. ARMANDO FREIRE - *Data venia*, acompanho o eminente Relator.

SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Sr. Presidente, só para melhor ficar esclarecido e como fundamento de meu voto, leio aqui o seguinte:

A sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, de 10.05.12, com exceção dos votos dos eminentes Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, reconheceu *incidenter tantum* a liberdade provisória do art. 44 da Lei 11 343.

Assim, *data venia*, acompanho o eminente Relator.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Acompanho o Relator.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Acompanho o Relator, com licença da divergência.

DES. ALMEIDA MELO - A 1ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça submete, nos termos do acórdão de f. 59/90-TJ, à apreciação da Corte Superior a arguição de inconstitucionalidade do art.44 da Lei Federal nº 11.343/2006, que

instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 11.05.2011, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104339, decidiu pela constitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44 da Lei Federal nº 11.343/2006.

O Regimento Interno deste Tribunal estabelece que a arguição será tida por irrelevante quando “já houver sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal “ (art. 248, inciso I).

Ponho-me de acordo com o Relator, para acolher a preliminar de irrelevância suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça.

DES. KILDARE CARVALHO - *Data venia*, com o Relator.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Com o Relator.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Com o Relator

DES. GERALDO AUGUSTO - Com o Relator

DES. AUDEBERT DELAGE - Com o Relator

DES. MANUEL SARAMAGO - Com o Relator

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Com o Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - Com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Com o Relator.

DES. ELIAS CAMILO - Com o Relator.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR LEVANTADA PELO DES. ARMANDO FREIRE. POR MAIORIA, NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO PELA IRRELEVÂNCIA. ABSTEVE-SE A DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

...