PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 2.010 - SP (2019/0104582-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
REQUERENTE	:	JOAO LUNI
ADVOGADOS	:	HERÁCLITO LACERDA NETO - SP172908
		LUCAS LACERDA - SP325420
REQUERIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela provisória requerida por JOAO LUNI, visando a dar efeito suspensivo ao recurso especial que interpôs contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta do autos que o requerente foi condenado, pela suposta prática do delito do art. 306, c/c o art. 298, ambos da Lei n. 9.503/1997, à pena de 6 meses e 25 dias de detenção, em regime aberto, além da suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor pelo prazo de 2 meses e 8 dias.

A defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 47):

> *Apelação - Embriaguez ao volante - Condenação - Réu conformado, no essencial - Apelo que se limita aos pleitos de afastamento da reincidência e substituição da corporal por restritivas de direito - Elevação das bases bem justificada - Reincidência e confissão compensadas, não obstante o disposto no art. 67 do CP - Confesso que, por sinal, nem era de ser considerado, dado o flagrante, a arredar tal atenuante - Acusação resignada - Recidiva bem configurada, ademais - Regime aberto e impossibilidade de substituição da física por restritivas - Recurso desprovido.*

Inconformado, o ora requerente interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Aduziu, preliminarmente, violação aos arts. 619 e 620, ambos do Código de Processo Penal, ao argumento de que o Tribunal *a quo* deixou de analisar a alegação de que, relativamente ao feito utilizado para justificar a reincidência, foi extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa. E, em relação à matéria referenciada, aponta violação aos arts. 155, 647 e 648, II, todos do Código de Processo Penal e ao art. 61 e 115, ambos do Código Penal. Ademais, também alega contrariedade ao art. 59 do Código Penal,

além de divergência jurisprudencial, aduzindo que a reincidência foi considerada em todas as fases da dosimetria da pena. Ainda, sustenta afronta aos arts. 44 e 77, ambos do Código Penal, argumentando que, mesmo reconhecida a reincidência, tal circunstância não configuraria óbice à suspensão ou à substituição da pena privativa de liberdade.

Contrarrazões às e-STJ fls. 74/103.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial às e-STJ fls. 106/113.

No presente pedido de tutela provisória, alega, em resumo, que a probabilidade do direito está pautada no eventual afastamento da reincidência, o que possibilitaria a suspensão ou a substituição da pena privativa de liberdade.

Requer, assim, o deferimento de medida liminar, para que seja atribuído efeito suspensivo ativo ao recurso especial, a fim de impedir a execução provisória da reprimenda imposta ao recorrente até o julgamento do apelo extremo nesta Corte.

É o relatório.

Decido.

De acordo com os arts. 294, 300 e 1.029, § 5º, II, do Novo Código de Processo Civil, a concessão da tutela provisória de urgência, dirigida ao relator do recurso, exige a presença da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Confiram-se:

> *Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.*
>
> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:*
>
> [...]
>
> *§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:*
>
> [...]

II - ao relator, se já distribuído o recurso.

Na hipótese em análise, vislumbro a existência dos mencionados requisitos, já que as alegações contidas no pedido de tutela provisória, de plano, apresentam evidente probabilidade do direito.

Isso porque, em análise preliminar aos autos, verifiquei que, relativamente ao feito utilizado para justificar a reincidência do requerente, foi reconhecida a prescrição (e-STJ fls. 141/143), o que ratificaria, ao menos no ponto, as alegações do apelo extremo.

O perigo da demora decorre do próprio comando judicial, visto que a não concessão do efeito suspensivo perquirido implicaria a permissiva possibilidade de execução provisória da pena, cujo cumprimento pode vir a ser alterado.

Outrossim, também já assentou esta Corte que: *"admite-se, excepcionalmente, a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial inadmitido na origem quando exsurge, ictu oculi, o risco de irremediável lesão à parte e a manifesta teratologia jurídica do aresto impugnado, à luz da orientação jurisprudencial desta Corte Superior"* (AgRg no HC n. 387.639/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018).

Ante o exposto, **defiro o pedido de tutela provisória para atribuir efeito suspensivo ao agravo em recurso especial ao qual se refere este pleito**, até o julgamento final do recurso neste Tribunal Superior.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator