

Mandado de Segurança 1003027-42.2019.4.01.0000 – PJe

Processo referência: 0006053-38.2010.4.01.3603

Relator: Desembargador federal João Batista Moreira
Impetrante: Geraldo Francisco de Moraes
Advogados: Johann Homonnai Junior e outro
Impetrada: Desembargadora federal relatora da 5ª Turma

Decisão

Consta que na sentença em que julgada ação reivindicatória (autos 2009.36.03.000088-4/8816.20.09.401360-3, distribuídos à 1ª Vara da SS de Sinop/MT) ajuizada pela União em face de José Iris de Souza Nunes e Agropecuária Monjolinho II Ltda. (fls. 46-54 da rolagem única), ratificando “a antecipação dos efeitos da tutela deferida”, foi proferida sentença para julgar “procedente o pedido para reconhecer e declarar a propriedade da União sobre o imóvel denominado Fazenda Recanto, com 9.658.8740 hectares (nove mil seiscentos e cinquenta e oito hectares oitenta e sete ares e quarenta centiares), localizado na Gleba Nhandu, município de Novo Mundo/MT”. Consignou, ainda, o magistrado:

Quanto à antecipação dos efeitos da tutela, embora tenha sido deferida liminarmente a imissão da União na posse do imóvel reivindicado, o cumprimento da ordem foi suspenso, tendo este juízo realizado diversas tratativas no curso do processo, buscando solução pacífica do litígio até que o feito fosse definitivamente julgado. No entanto, todas as tentativas de acordo foram frustradas culminando no julgamento da demanda. Decerto, a procedência do pedido da União baseada na existência de deliberação do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade do decreto em que se pautou a criação da Gleba Nhandu, demonstra que o direito da União é mais do que verossímil, o que reforça a pertinência do pedido de antecipação dos efeitos desta sentença. A urgência também é evidente, diante do conflito agrário existente na área reivindicada e da existência de projeto de assentamento – processo INCRA n. 54248.00197/2002 – cuja execução está paralisada em virtude da ocupação ilegal da Fazenda Recanto.

Quanto à extensão da antecipação dos efeitos da tutela, conquanto sobressaia a evidência do direito da União, é certo que a tutela é dada em caráter provisório, devendo se sujeitar ao princípio da menor restrição possível, por meio do deferimento do estritamente necessário para que a União, na pendência de eventual recurso ou até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença, possa ao menos dar início aos trabalhos de implantação de seu projeto de assentamento há muito tempo paralisado.

Do exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para imitar a União na posse, por ora, de dois mil hectares da Fazenda Recanto.

A União, por meio de seus órgãos e autarquias, deverá elaborar, no prazo de 90 dias, plano de ocupação da área de dois mil hectares, da forma que melhor atenda a seus objetivos no que respeita à implantação (do) Projeto de Assentamento Novo Mundo - processo INCRA n. 54248.00197/2002. Para elaboração dos estudos necessários à definição do plano de ocupação, a União está autorizada a utilizar-se de reforço policial, caso necessário.

Apresentado o projeto de ocupação pela União, será dada a ordem de imissão na posse da área.

Os réus apelaram e, enquanto processado o recurso, pediram fosse atribuído efeito suspensivo ao apelo, autos 0019107-69.2017.4.01.0000, distribuídos à desembargadora federal Daniele Maranhão Costa, que indeferiu o pleito (fls. 183-185 da rolagem única).

União, Geraldo Francisco de Moraes, Wanderley Alves da Silva e Gilberto Alves da Silva celebraram “composição judicial” (fls. 186-189 da rolagem única), no qual, ao final, ficou consignado que

as partes estão apenas transigindo quanto ao cumprimento da antecipação da tutela concedida na sentença, mantendo as mesmas as suas teses lançadas em sua inicial e defesa e nos recursos e pedidos de efeito suspensivo pendentes de julgamento.

A “composição judicial” foi “homologada” pelo juízo (fl. 192 da rolagem única).

Não obstante, Geraldo Francisco de Moraes, apelante nos embargos de terceiro conexos com a reivindicatória (autos 0006054-23.2010.4.01.3603), pediu, nos autos da AP 0006053-38.2010.4.01.3603/MT, “tutela recursal

provisória [...] visando a suspensão da execução da sentença proferida na Ação Reivindicatória n. 8816.20.09.401360-3, que tramita na 1ª Vara de SINOP/MT, até julgamento final desta apelação”. Em decisão da lavra da desembargadora federal Daniele Maranhão Costa, foi deferido “o pedido de antecipação da tutela recursal, para determinar a suspensão da execução da sentença proferida na Ação Reivindicatória n. 8816.20.09.401360-3/1ª Vara de Sinop/MT, até o julgamento desta ação”.

A União interpôs agravo regimental dessa decisão. A desembargadora federal Daniele Maranhão Costa reconsiderou e revogou “a decisão de fls. 608/608 verso, e, como consequência, julgado prejudicado o agravo interno da União” (fls. 260-263 da rolagem única).

Contra essa decisão, Geraldo Francisco de Moraes impetra o presente mandado de segurança, alegando o seguinte: a) “o ‘acordo’ mencionado pela agravante (União) foi celebrado com a finalidade de desocupar voluntariamente o imóvel objeto do litígio após a colheita da safra, cumprindo-se, desse modo, a decisão antecipativa da tutela concedida na sentença que acolheu o pedido reivindicatório formulado pela União”; b) “a grande verdade é que, embora as partes tenham dado no nome de acordo à petição assinada por elas, de acordo não se trata”. A petição “não representa acordo (*rectius*: transação) porque não lhe constitui objeto a disposição de nenhum interesse patrimonial pelas partes e, muito menos, ato de disposição do direito material em disputa titularizado pelos autores/apelantes, como o exigem os Códigos Civil e de Processo Civil” / O caso é apenas e tão somente de diferimento do cumprimento da decisão judicial. Mas isso poderia e deveria ter sido feito por simples petição assinada exclusivamente pela União na ação reivindicatória que ajuizou. / Se a autora obteve tutela de urgência assegurando-lhe a imediata imissão da posse, poderia desistir dessa execução provisória, no todo ou em parte, conforme lhe autoriza o Código de Processo Civil [...] A União, ou até mesmo os réus, poderia requerer a postergação do cumprimento da ordem judicial que determinou a execução provisória da sentença para depois da colheita, sem nenhuma necessidade de composição entre as partes”; c) “ainda que se considerasse acordo o simples requerimento das partes para postergar a imissão da autora na posse do imóvel, ele não exauriria o objeto da demanda porque não envolveu o direito em litígio. E tanto não envolveu que, não obstante ele, subsiste o interesse do recorrente no julgamento da apelação. / Tal como posta a questão pela União, dá a impressão de que o impetrante teria inovado no processo para descumprir acordo incompatível com a pretensão de suspender ou reformar a sentença. Mas, conforme exposto [...], isso não ocorreu”; d) “permanecem hígidos os fundamentos da decisão recorrida por absoluta improcedência das alegações constantes do agravo interno interposto pela União. / Subsiste também a necessidade de suspensão da decisão antecipativa da tutela porque há probabilidade de provimento da apelação, considerando que a legalidade da posse deduzida pelo embargante decorria da possibilidade de regularização fundiária prevista em lei. Nesse caso, a sentença deveria pronunciar-se sobre esse fundamento, ainda que para rejeitá-lo. / Nos termos do art. 489, § 1º, IV, do CPC, é nula a sentença que ‘não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador’. / O fundamento da sentença recorrida, segundo a qual regularização é analisada pelo órgão do MDA, cuja competência administrativa originária não poderia ser usurpada pelo juízo, viola, a mais não poder, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição”.

Pede-se:

a concessão de liminar, independentemente de oitiva da parte contrária, para restabelecer a decisão suspensiva da tutela de urgência concedida na Apelação nº 6053-38.2010.4.01.3603, r. Desembargadora Federal Daniele Maranhão, essa última proferida para suspender, por sua vez, a execução provisória da sentença proferida na Ação Reivindicatória nº 88-16.2009.4.01.3603/1ª Vara de Sinop-MT.

No mérito, pede a confirmação da liminar para tornar definitiva a ordem liminar até o definitivo julgamento da Apelação nº 6053-38.2010.4.01.3603, r. Desembargadora Federal Daniele Maranhão, ou do agravo interno interposto contra a decisão que constitui o ato coator deste mandado de segurança.

Decido.

Ao que consta, o ora impetrante interpôs agravo regimental da decisão em que revogada a suspensão dos efeitos da sentença proferida na reivindicatória. Ocorre que o agravo regimental não tem efeito suspensivo. Em casos assim, visando preservar a utilidade do agravo, admite-se o mandado de segurança.

A “composição judicial” a que alude o impetrante foi firmada nos seguintes termos:

União [...] juntamente com os requeridos *Geraldo Francisco de Moraes* (ora impetrante), *Wanderley Alves da Silva* e *Gilberto Alves da Silva*, estes qualificados nos embargos de terceiro n. 0006054-23.2010.4.01.3603, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos em epígrafe (autos da ação reivindicatória) para expor e requerer o que segue:

Trata-se de ação reivindicatória ajuizada pela União visando a imissão na área de terras públicas denominada Fazenda Recanto, com área total de 9.658,8749 hectares, situada no território do Município de Novo Mundo/MT, tendo a sentença prolatada por esse Digno Juízo antecipado os efeitos da tutela para imitar a União na posse de 2.000,0000 hectares nos limites da referida fazenda.

Para tanto, a União apresentou plano de ocupação elaborado pelo Incra/MT, que indicou/delimitou a área de 2.000,0000 hectares a ser imitada.

Referido plano foi aprovado por esse Juízo que determinou a expedição de mandado de imissão da União na posse da área indicada/delimitada no plano de ocupação e inserida na referida fazenda.

Inobstante a expedição do mandado de imissão, os ocupantes aviaram pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, processo que tramita sob o n. 0019107-69.2017.4.01.0000, razão pela qual, por medida de cautela, esse Juízo determinou a suspensão da imissão da União na posse do imóvel até que o Juízo ad quem decidisse acerca do pedido formulado, tudo visando evitar maiores sofrimentos pelas famílias que serão assentadas pelo Incra/MT na área de terras objeto da imissão.

Posteriormente, a Relatora do referido processo, Desembargadora Daniele Maranhão, em decisão proferida no dia 19.12.2017, indeferiu o pedido de efeito suspensivo formulado pelos Apelantes, conforme cópia da decisão que segue anexada. Portanto, verifica-se que atualmente inexistem quaisquer óbices para o cumprimento da antecipação dos efeitos da tutela deferida no bojo da sentença, que determinou a imissão da União na posse da área de terras com 2.000,0000 hectares situada nos limites da área reivindicada (Fazenda Recanto) e delimitada no Plano de Ocupação elaborado pelo INCRA/MT.

Assim, em razão da sentença proferida, que antecipou os efeitos da tutela e determinou a imissão da União em 2.000,0000 hectares na reivindicatória, em razão da aprovação do plano de ocupação apresentado, e da existência de impedimento para a imissão, os ora *requerentes* desse (sic) pedido, informam a esse Juízo Federal, com o intuito de uma resolução tranquila, transparente e acima de tudo pacífica, especialmente quanto a desocupação por parte dos ocupantes/requeridos e quanto a ocupação por parte da União/Incra e famílias que serão assentadas, esclarecem e acordam o seguinte:

1) em razão da demora do indeferimento do pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação, por se tratar de uma área rural agricultável, os requeridos/ocupantes realizaram o plantio da safra 2017/2018, tendo sido realizadas plantações de aproximadamente 1.600,0000 hectares de soja e aproximadamente 400,0000 hectares de milho, sendo que as plantações de soja tem (sic) previsão de término da colheita até o dia 30.03.2018 e as plantações de milho tem (sic) previsão de término da colheita até o dia 30.06.2018;

2) Para tanto, as partes ora envolvidas, representadas por seus respectivos patronos, visando a imissão da União na área objeto (da) antecipação dos efeitos da tutela e objeto do respectivo plano de ocupação e visando resolver acerca das plantações realizadas, acordam o seguinte:

2.1) a partir da homologação do presente acordo, fica a União imitada na área de 2.000,0000 hectares objeto da tutela antecipada definida no plano de ocupação, podendo realizar a cessão da mesma ao Incra/MT, a demarcação dos lotes do assentamento a ser criado, bem como a adoção de outras providências para a instalação do Projeto de Assentamento e/ou do Projeto de Desenvolvimento Sustentável, conforme aprovar a autarquia agrária;

2.2) não obstante a imissão da União na área de 2.000,0000 hectares objeto da tutela antecipada e definida no plano de ocupação, ficam os requeridos/acordantes responsáveis pela sanidade e cuidados exigidos pelas plantações realizadas, bem como, ficam lhes resguardados (sic) o direito de realizar as colheitas até as datas acima definidas;

2.3) não obstante a imissão da União na área de 2.000,0000 hectares objeto da tutela antecipada e definida no plano de ocupação, ficam os assentados das famílias condicionados a conclusão da colheita da plantação realizada no respectivo lote a ser demarcado pelo Incra;

2.4) a título de compensação pela perda do ano agrícola (2017/2018), os Requeridos/responsáveis pelo plantio da safra de milho (em 400 ha, aproximadamente), entregarão ¼ do milho colhido ou a quantia mínima de 8.000 (oito) mil sacas do milho para a associação dos futuros assentados junto ao projeto formulado pelo Incra/MT, cujo controle total produzido e da parte a ser entregue deverá ocorrer mediante comprovação e fiscalização por parte do Incra/MT e representante a ser indicado pela respectiva associação dos futuros assentados na área;

2.5) ressalta-se que as partes estão apenas transigindo quanto ao cumprimento da antecipação da tutela concedida na sentença, mantendo as mesmas as suas teses lançadas na inicial e defesa e nos recursos e pedidos de efeito suspensivo pendentes de julgamento.

Assim, com o intuito de uma transição mansa, pacífica e visando atender os objetivos de ambas as partes ora envolvidas, para o cumprimento fiel do que esse MM. Juízo determinou em r. sentença, é que se *requer a vossa excelência*, que se digne em homologar a presente composição judicial, para que a mesma venha surtir seus efeitos legais e jurídicos inerentes ao caso em tela.

Pois bem. A “composição”, por seus termos, pode até não criar/reconhecer ou extinguir direitos. Não haveria se falar, portanto, em extinção do processo. De todo modo, fica claro que as partes ajustaram o cumprimento provisório da sentença. Esse ajuste não faz desaparecer o interesse de reforma da sentença ou mesmo o interesse na inibição ou extinção da execução provisória. Ocorre que, não obstante a ausência, tecnicamente, de transação, o ora impetrante, quanto menos, comprometeu-se a colaborar com o cumprimento provisório da sentença. Esse comprometimento afeta (afetou) a conduta da União e o convencimento do juízo acerca dos fatos da causa. Não se está a dizer que o impetrante não tenha legitimidade para prosseguir em seu intento de reforma da sentença e de atacar a execução provisória. No entanto, ele deveria ter relatado ao juízo do pedido de efeito suspensivo as condições em que segue a execução provisória. Esse relato, como já dito, impactaria, no mínimo, o convencimento da desembargadora relatora acerca de urgência ou risco de lesão, requisitos para a tutela pleiteada. Os pedidos são conexos — aquele, primeiramente indeferido, deduzido pelos réus na reivindicatória, e este, objeto de impetração, deduzido pelos autores dos embargos de terceiro. Isso, no entanto, não isenta o impetrante de, sempre, colaborar com a parte adversa e com o juízo. O ajuste do cumprimento provisório de sentença deveria ter sido destacado no pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação, em atenção ao princípio da colaboração e no limite do exercício não abusivo do direito.

Não vislumbro, pois, direito líquido e certo a ser protegido.

Indefiro a impetração.

Custas pelo impetrante.

Sem condenação em honorários advocatícios.

Oficie-se à desembargadora federal Daniele Maranhão Costa, relatora do Pedido de Efeito Suspensivo 0019107-69.2017.4.01.0000 e da AP 0006053-38.2010.4.01.3603, bem como ao juízo federal da 1ª Vara da SS de Sinop/MT, com cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se com baixa.

Brasília, 7 de fevereiro de 2019.

Desembargador federal *João Batista Moreira*, relator.

Agravo de Instrumento 1002384-84.2019.4.01.0000 – PJe

Processo referência: 1001061-29.2019.4.01.3400

Relator: Desembargador federal João Batista Moreira

Agravante: Stephani Lorhane Ribeiro Brito

Advogados: Lucas Ferreira Paz Rebuca e outro

Agravada: Cebraspe

Agravada: Fundação Universidade de Brasília

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Stephani Lorhane Ribeiro Brito de decisão em que, nos autos de ação cominatória ajuizada pela ora agravante em face do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebraspe), tendo como litisconsorte

passivo Fundação Universidade de Brasília (FUB), foi indeferida tutela de urgência para “que as Rés incluam seu nome ao rol dos aprovados no concurso para *assistente em administração (cargo 11)*, regulamentado pelo Edital da FUB – 201, de 16/10/2018, na lista especial dos candidatos aptos para ocupar uma das vagas destinadas às pessoas com deficiência, dispensando a Autora de apresentação do laudo multiprofissional e interdisciplinar, quando da convocação para avaliação biopsicossocial, sendo suficiente a apresentação do laudo médico atestando a deficiência, além do exame de audiometria, bem como sucessivamente, caso assim não entenda, requerer seja concedida a antecipação parcial dos efeitos da tutela apenas para determinar a reserva da vaga da autora, no concurso em vértice, até o trânsito em julgado da presente ação”.

Consta que a ora agravante fora aprovada, em segundo lugar, em concurso público promovido pelo Cebraspe, na lista das vagas destinadas às pessoas com deficiência. A fim de fazer prova da condição, o edital do concurso exige que o candidato apresente laudo multiprofissional e interdisciplinar. A ora agravante não apresentou o exigido laudo, mas entregou ao Cebraspe “laudo médico atestando a espécie e o nível de deficiência apresentado no ato da inscrição”. A ora agravante foi retirada da lista de aprovados, ao fundamento de que o laudo não atendera ao disposto no edital. O recurso administrativo interposto foi indeferido. Na decisão agravada, considerou-se não haver ilegalidade no ato administrativo, tendo em vista a previsão editalícia. A agravante insiste em que a responsabilidade pela formação de equipe multiprofissional e interdisciplinar é da entidade promotora do concurso.

Decido.

A Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) dispõe:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

De sua vez, o Decreto 9.508/2018, que trata da “reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta”, regulamenta:

Art. 1º Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções:

I - em concurso público para o provimento de cargos efetivos e de empregos públicos; e

[...]

Art. 3º Para os fins do disposto neste Decreto, os editais dos concursos públicos e dos processos seletivos de que trata a Lei nº 8.745, de 1993, indicarão:

[...]

IV - a exigência de apresentação pelo candidato com deficiência, no ato da inscrição, de comprovação da condição de deficiência nos termos do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, sem prejuízo da adoção de critérios adicionais previstos em edital; (Redação dada pelo Decreto nº 9.546, de 2018)

[...]

Art. 5º O órgão ou a entidade da administração pública federal responsável pela realização do concurso público ou do processo seletivo de que trata a Lei nº 8.745, de 1993, terá a assistência de equipe multiprofissional composta por três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências que o candidato possuir, dentre os quais um deverá ser médico, e três profissionais da carreira a que concorrerá o candidato.

Parágrafo único. A equipe multiprofissional emitirá parecer que observará:

I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição no concurso público ou no processo seletivo;

- II - a natureza das atribuições e das tarefas essenciais do cargo, do emprego ou da função a desempenhar;
 - III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;
 - IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou de outros meios que utilize de forma habitual; e
 - V - o resultado da avaliação com base no disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 2015, sem prejuízo da adoção de critérios adicionais previstos em edital.
- Art. 6º As entidades contratadas para a realização de concurso público ou de processo seletivo de que trata a Lei nº 8.745, de 1993, em qualquer modalidade, ficam obrigadas a observar o disposto neste Decreto no momento da elaboração e da execução do edital.

Em singela interpretação, o edital do concurso não desborda da legislação. Está dito que cabe ao candidato a vagas de pessoas com deficiência apresentar, na inscrição, a “avaliação da deficiência [...]”, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar” (previsão do § 1º do art. 2º do estatuto). Essa avaliação, apresentada no ato de inscrição, será periciada por “equipe multiprofissional” do órgão ou entidade que promove o concurso.

Não obstante isso, há que se atentar para a realidade de que a elaboração de um laudo com tais requisitos técnicos impõe um custo financeiro, que pode ser de monta, dependendo da condição do candidato. Não se tem notícia de que o Sistema Único de Saúde esteja preparado para fornecer tal laudo, em que pese previsão legal de que o Poder Executivo criará condições para “avaliação da deficiência”. Quer parecer que ao menos em relação aos candidatos que se declaram hipossuficientes, o laudo não poderia ser previamente exigido. Isso obstaría, gravemente, a consecução de objetivo caro ao estatuto, que é o de incentivar a pessoa com deficiência “a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo” (art. 76, § 1º, II).

Não se sabe, ainda, se a autora-agravante pediu isenção do pagamento de inscrição, alegando hipossuficiência, mas requereu e lhe foi deferida a justiça gratuita.

Há risco de lesão de difícil reversibilidade, por conta de preterição e conseqüente incremento de litigiosidade. O indeferimento da tutela, de tudo ao que até aqui consta, pode, na verdade, pôr em risco a utilidade do processo.

Tendo isso em vista, em juízo meramente preliminar, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal a fim de que, pelo menos, seja reservada vaga à autora-agravante.

Comunique-se.

Proceda-se na forma do art. 1.019, II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 8 de fevereiro de 2019.

Desembargador federal *João Batista Moreira*, relator.

Agravo de Instrumento 1003700-35.2019.4.01.0000 – PJe

Processo referência: 1026559-64.2018.4.01.3400

Relator: Desembargador federal João Batista Moreira
Agravante: CJ Hydro – Geração de Energia S.A.
Advogado: Alexandre Schubert Curvelo
Agravada: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
Agravada: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE
Advogado: Carlos Augusto Tortoro Junior

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por CJ Hydro Geração de Energia S.A. de decisão em que, nos autos de mandado de segurança impetrado pela ora agravante

contra ato(s) atribuído(s) ao presidente do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e ao diretor geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), foi indeferida liminar

objetivando determinar “às autoridades coatoras que, já na contabilização e liquidação do próximo período de apuração, bem como dos períodos que se seguirem, distribuam à Impetrante os valores devidos na proporção dos créditos líquidos das operações por elas realizadas no MCP, excluindo do rateio da inadimplência os valores com exigibilidade suspensa (liminares GSF) acumulados das competências anteriores”.

A decisão agravada está assim fundamentada:

Trata-se de mandado de segurança, com *pedido de tutela de urgência, impetrado por CJ Hydro - Geração de Energia S.A contra ato atribuído ao presidente do conselho da administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e ao diretor geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, objetivando determinar “às autoridades coatoras que, já na contabilização e liquidação do próximo período de apuração, bem como dos períodos que se seguirem, distribuam à Impetrante os valores devidos na proporção dos créditos líquidos das operações por elas realizadas no MCP, excluindo do rateio da inadimplência os valores com exigibilidade suspensa (liminares GSF) acumulados das competências anteriores”.*

Aduz a autora que vem sendo sistematicamente submetida aos efeitos da inadimplência no MCP de energia elétrica, deixando de receber seus créditos em razão do equívocado cumprimento, pelas autoridades ditas coatoras, de decisões judiciais.

Narram que *“a CCEE vem declaradamente conferindo aos “efeitos de decisões judiciais” tratamento contábil idêntico ao dispensado ao inadimplemento de obrigações pelos Agentes. E, de fato, tanto o inadimplemento como os efeitos de decisões judiciais estão sendo indevidamente amalgamados em uma única conta devedora para, ao depois, ser compartilhada entre os credores – mas apenas entre os credores desprotegidos – sob o título de rateio da inadimplência (loss sharing)”.*

Segundo defende, a interpretação da CCEE importou em indevido alargamento do conceito de inadimplência, para compreender as importâncias não pagas em razão de decisões judiciais.

Sustenta a necessidade de que a inadimplência rateada seja apurada de acordo com o regime de competência, *“contabilizando-se e liquidando-se os seus créditos em base mensal, excluída a “inadimplência” acumulada decorrente das liminares GSF”.*

Suscitam que as autoridades coatoras vêm violando os termos da Resolução Aneel nº 552/2002.

Traçam o panorama do recente processo de judicialização do setor elétrico brasileiro, apontando os três principais tipos de demandas: i) as que pretendem a limitação do GSF; ii) as que objetivam obstar que os ônus decorrentes das decisões relativas à limitação do fator sejam repassadas aos agentes do MRE; iii) e as que buscam afastar os efeitos da insuficiência de arrecadação derivado do não pagamento de importâncias em razão de decisões judiciais, rogando que as regras de rateio sejam aplicadas apenas em caso de inadimplência regular, e não nos casos de inadimplência operada por decisão judicial, ou que se observe o regime de competência.

Inicial instruída com procuração e documentos.

Brevemente relatados.

Fundamento e decido.

No tocante à medida antecipatória da tutela, o art. 300 do CPC/2015 dispõe que o juiz concederá a tutela de urgência, desde que se convença da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (plausibilidade jurídica) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação).

Sumariamente examinada a questão, como é próprio deste momento da caminhada processual, tenho por ausentes os pressupostos necessários à concessão da medida urgente pretendida.

De início, consigno que a comprovação do apontado equívoco na apuração dos débitos suspensos por decisões judiciais, em possível violação aos termos da Resolução Aneel 552/2002, não dispensa a instauração do regular contraditório, mercê da relativa complexidade contábil da questão.

Deveras, é indubitável que tais decisões — dados os *contornos técnicos de alta densidade e o amplo alcance de seus efeitos sobre o setor elétrico*, como um todo, e sobre os mais variados agentes econômicos —, devem ter apoio em diversos fundamentos relacionados à complexa arquitetura orgânica do setor.

A propósito da necessária cautela em face da autonomia técnica legalmente conferida às agências reguladoras, na esteira de orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, registre-se que *“o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar acerca de algum ato administrativo, deve agir com cautela, nos estreitos limites da legalidade, mormente em se tratando de questões concernentes a atos administrativos de agências reguladoras, cujo âmbito de atuação se dá com fulcro em legislação com ampla especificidade técnica sobre o mercado regulado”* (STJ - AgRg na SS 2727 DF 2014/0183348-0 - CE - Corte Especial - Ministro Felix Fischer - DJe de 16/10/2014).

Nessa esteira, dissertando sobre o controle jurisdicional sobre atos administrativos, o Professor Gustavo Binbenbajm consigna o seguinte:

“Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, faleçam parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há, ainda, situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deva estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.

Os *standards* básicos a serem levados em conta pelo magistrado, no momento de exercer o controle jurisdicional sobre atos administrativos, são os seguintes: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, menos intenso o controle); (iii) *grau de tecnicidade da matéria* (quanto maior, menos intenso o controle); (iv) *grau de politicidade da matéria* (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle)” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: 2008, Renovar. p. 316).

Não por outra razão, foi aprovado o *Enunciado nº 20 do Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação – Fonacre*, organizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, com o seguinte teor: “Ao decidir sobre questões regulatórias no setor de energia elétrica, os juizes devem ter em conta os problemas sistêmicos e econômicos que suas decisões podem causar”.

Nessa perspectiva, reputo recomendável a adoção de postura de maior autocontenção face à decisão ora impugnada, nomeadamente quando ausentes dados e circunstâncias bastantes a fazer prova da incorreção no cálculo efetuado pela CCEE.

Além da não demonstração imediata e segura da probabilidade do direito, reputo não presente o *periculum in mora*.

Colhe-se da própria peça de ingresso que a presente demanda está inserida num contexto de ampla judicialização do setor elétrico.

Visualizo, nesse contexto, que a concessão da medida perseguida poderia provocar *risco de perigo inverso*, eis que induziria ao inevitável realinhamento dos custos, em prejuízo de agentes não beneficiados por decisões e da própria estabilidade sistêmica do setor.

O sistemático deferimento de medidas tais como a ora pretendida, aliás, vem estimulando o ajuizamento, em cascata, de inúmeras outras ações com o propósito de evitar que a Aneel e a CCEE promovam a readequação contábil das perdas compartilhadas no MRE, cenário que ilustra, com clareza, o confuso e conflituoso ambiente provocado pela demasiada interferência de provimentos jurisdicionais liminares sobre o tema.

Tais as razões, *indefiro* o pedido de liminar.

A agravante alega que: “diante de medida judicial suspensiva, a CCEE deve realizar ajustes na contabilização e na liquidação; se, ao realizar tais ajustes, deve preservar os valores originais; e se tais ajustes só poderão ser cancelados quando da revogação da medida judicial suspensiva, conclui-se realmente que os ‘valores controversos’, controversos que são, não podem ser lançados na contabilização de rotina, devendo ser registrados separadamente e ficar no aguardo do desfecho da controvérsia para só então, a depender do resultado da querela, retornar à contabilização de rotina — e ainda assim ‘conforme cronograma a ser definido’. / Pois a CCEE, confessadamente, vem fazendo o extremo oposto. Vem lançando na contabilização de rotina aquilo que dela deveria ser mantido separado – causando o já referido ‘efeito bola de neve’, em detrimento dos direitos dos agentes ‘desprotegidos’, cuja posição credora vem sendo largamente negligenciada. [...] / A Aneel, em curioso esforço para dar ares de legitimidade à cumulação de valores controversos na contabilização de rotina, apresenta a tese da novação. Em resumo, afirma que a cumulação não viola o princípio da competência, pois os valores impagos em um mês seriam automaticamente novados, ressurgindo para o mês subsequente – e assim por diante, indefinidamente. [...] / Em primeiro lugar, cumpre notar que o art. 12 da Resolução Aneel nº 552/2002 não estabelece novação alguma, mas apenas a transposição de valores inadimplidos em uma competência para a contabilização da competência seguinte, com o acréscimo dos consectários da mora (multa e juros). Como bem pontua Caio Mário – citado pela Aneel –, por meio da novação se extingue a dívida originária, que é substituída por uma nova obrigação. Não é o caso, e a prova disso é que a obrigação original continua a existir, sobre ela incidindo multa e juros moratórios. 35. O que o dispositivo citado estabelece é – agora sim – a reapresentação das obrigações inadimplidas em uma competência para pagamento na liquidação imediatamente posterior, devidamente acrescidas dos consectários da mora, com a denominação de ‘ajuste por não liquidação’. / Em segundo lugar, falar em reapresentação ou novação seria ‘apenas’ uma questão de nomenclatura, não fossem as importantes consequências que a correta análise do texto normativo revela. Com efeito, basta ler com

atenção a Resolução Aneel nº 552/2002 para ver que o seu art. 12 não legitima a transposição acumulada de valores controversos. 37. A uma, o caput do dispositivo em comento esclarece que ‘Será configurado em mora o Agente de Mercado que deixar de liquidar seus débitos na data do respectivo vencimento’, para então estabelecer que, uma vez “Caracterizada a mora”, incidirá o regime ali descrito (multa, juros e transposição do débito remanescente para a liquidação imediatamente posterior). Essa menção reiterada ao termo técnico-jurídico ‘mora’ não é irrelevante, pois revela o tipo de débito de que se está a tratar. 38. Como se sabe, se alguém está obrigado ao pagamento, mas não o realiza como deveria, então essa pessoa incorre em inadimplência e está, a partir desse momento, em mora. O Código Civil (Título IV – Do Inadimplemento das Obrigações) é claro a respeito: [...] / O mesmo Código Civil, contudo, é expresso ao dispor que, quando o descumprimento da obrigação decorrer de fato não imponible ao devedor, então não incorrerá este em mora nem, portanto, estará inadimplente. / Não pode ser outro o efeito de uma decisão liminar que exime o devedor do pagamento de uma obrigação determinada. Se o Judiciário, analisando o caso levado a juízo, resolve que o ônus do tempo do processo haverá de ser suportado pelo suposto credor e defere tutela provisória ao suposto devedor, está indiscutivelmente afastando os efeitos da mora, de modo que não pode incidir, quanto aos débitos suspensos, o regime previsto no art. 12 da Resolução Aneel nº 552/2002. A essa conclusão corrobora a própria nomenclatura adotada pelo diploma, que chama os débitos judicialmente suspensos de ‘valores controversos’, e não de ‘débito remanescente’. / A duas, é bem de ver que o art. 12 da Resolução Aneel nº 552/2002 prevê a incidência de penalidades como decorrência da mora, determinando a reapresentação do principal mais seus consectários para pagamento na contabilização imediatamente posterior. Outra razão pela qual não se pode aplicar o regime do art. 12 aos ‘valores controversos’ é que a mesma normativa reconhece às decisões judiciais suspensivas, modo expresso, eficácia liberatória, pelo que, ‘enquanto presentes os efeitos da medida judicial’, a suspensão “não sujeitará o Agente de Mercado às penalidades tratadas nesta Resolução” (art. 9º, II). 42. A própria Resolução Aneel nº 552/2002, portanto, deixa bastante clara a distinção do tratamento a ser conferido à ‘inadimplência real’ e aos ‘valores controversos’, não se podendo acumular estes últimos, competência após competência, na contabilização de rotina. 43. É justamente por isso que a AGRAVANTE busca, neste mandado de segurança, seja determinado às AGRAVADAS que se abstenham de lançar na contabilização de rotina, acumuladamente, os débitos impagos em decorrência de medida judicial suspensiva (‘valores controversos’).”

Decido.

Nas informações, a CCEE alegou o seguinte:

Na atual situação, diante da extremada judicialização do setor elétrico brasileiro, todos os mais de 7.400 agentes da CCEE têm sofrido com os impactos das diferentes decisões judiciais. Decisões estas que (i) minguem os valores aportados pelos agentes devedores e (ii) impõem à CCEE o pagamento integral dos créditos de outros agentes, em inegável afronta ao princípio da isonomia que deve prevalecer entre todos os agentes associados. Para se ter uma ideia dessa realidade, na última liquidação financeira realizada pela CCEE nos dias 09 e 10 de janeiro de 2019 (referente à contabilização de novembro/2018), 112 agentes credores receberam aproximadamente R\$ 478 milhões, em virtude de comandos judiciais, enquanto outros 4.236 agentes (igualmente credores no MCP) precisaram partilhar um saldo remanescente de aproximadamente R\$ 164 milhões [...]

Esses números demonstram, inequivocamente, o preocupante efeito causado pelo conjunto de decisões que, ainda que bem-intencionadas, desvirtuaram o mercado de energia elétrica brasileiro, concedendo um privilégio a alguns agentes, como pretende a impetrante. E mais, este cenário vem gerando efeitos reflexos, em uma verdadeira bola de neve. Explicase. Alguns destes agentes detentores de decisões liminares para recebimento preferencial de seus créditos começaram a “adquirir” créditos dos agentes que não têm liminares e não são possuem caixa para suportar a inadimplência vivida pelo setor nos últimos anos.

[...]

Excelência, compreende-se a irrisignação da impetrante quanto ao não recebimento integral de seus créditos. Todavia, concordar com o direito pretendido nestes autos, seria o mesmo que contribuir para uma maior desestabilização do setor e, ainda, prejudicar os demais agentes com a decisão aqui proferida. Pretende a impetrante o recebimento de seus créditos considerando-se apenas o nível de inadimplência do mês sob liquidação, excluindo-se os valores com exigibilidade suspensa em decorrência de decisões judiciais, sendo também excluído da contabilização de rotina os débitos acumulados das competências anteriores.

Ocorre, Excelência, que tal pedido se mostra impossível ante as peculiaridades do mercado no qual encontra-se inserida, ainda indo de encontro às normas com as quais concordou ao aderir ao quadro associativo da CCEE, conforme restará amplamente demonstrado em tópico específico. Ademais, com a eventual e remota concessão da segurança pretendida, far-se-á com que os demais componentes do MCP suportem os efeitos do benefício obtido pela impetrante, posto tratar-se

de um mercado multilateral e de soma zero. Nada mais contraditório! A partir dessas premissas, é inconteste a inexistência do direito pretendido pela impetrante, devendo ser denegada a segurança em atenção ao princípio da supremacia do interesse público, bem como às normas regulatórias do setor, que foram fielmente observadas pela CCEE.

[...]

[...] se um agente devedor deixa de depositar os recursos (seja qual for a motivação ou a razão da inadimplência), os credores são afetados diretamente, deixando de receber proporcionalmente os recursos previstos, pela aplicação do que se convencionou chamar de rateio da inadimplência ou loss sharing. Trata-se de conclusão óbvia, inerente às características de um mercado de “soma zero” em que a falta de aporte de recursos pelos devedores inviabiliza o repasse integral dos mesmos recursos aos credores. Nesse contexto, não há como se distinguir os ônus financeiros decorrentes do cumprimento de decisões judiciais do inadimplemento de agentes, na medida em que ambos implicam na insuficiência (provisória, uma vez que os créditos serão arrolados, novamente, na próxima liquidação) de recursos para a liquidação financeira. Em outros termos, tem-se que, atualmente, as liquidações financeiras do Mercado de Curto Prazo são atingidas pela: (i) judicialização do Fator GSF (que interfere no não repasse de recursos financeiros pelas geradoras hidrelétricas); (ii) pelas decisões judiciais que alteram a regra do rateio de inadimplência, alterando as ordens de pagamentos dos créditos, conferindo privilégios e benefícios para determinados agentes em detrimento dos demais; e (iii) da inadimplência dos agentes, causada pelo inadimplemento de obrigações no setor, não amparada por qualquer decisão judicial. Vê-se que, ao contrário do suscitado pela impetrante, o não recebimento integral de seus créditos se dá em razão de diversos fatores que repercutem negativamente nas liquidações financeiras e não, apenas, em razão de um suposto acúmulo mensal de débitos.

Em singela interpretação, tem-se que a disfunção do esquema arquitetado para comercialização de energia é, na atual quadra, de tal envergadura que o posicionamento da CCEE afigura-se razoável. À míngua, ainda, de uma direta ação (solução regulatória?) do Poder Público, a pretensão da autora-agravante é por uma preferência de tratamento¹, cujos efeitos somar-se-iam aos das outras tantas liminares para mais desafiar a capacidade do sistema.

Indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Proceda-se na forma do art. 1.019, II, do CPC.

Oferecidas as respostas, ou decorrido o prazo, vista ao MPF – PRR – 1ª Região (Lei 12.016/2009, art. 25).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2019.

Desembargador federal *João Batista Moreira*, relator.

Agravo de Instrumento 1003627-63.2019.4.01.0000 – PJe

Processo referência: 1019477-79.2018.4.01.3400

Relator: Desembargador federal João Batista Moreira

Agravante: Tabacaria Guanabara Ltda. – EPP

Advogados: Ricardo de Almeida Leitão e outro

Agravada: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Tabacaria Guanabara Ltda. de decisão em que, nos autos de ação cominatória ajuizada pela ora agravante em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), foi indeferido,

[...] em sede de tutela de urgência, provimento jurisdicional para suspender a eficácia, em relação a Autora, dos artigos 6º e 7º da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa, RDC nº 14/2012, determinando que a Ré: a) no prazo de 30 dias defira o

¹ De ação de cobrança não se trata. De indenização também não.

pedido de registro da marca de fumo picado Fumo *Peão Amarelinho* (processo nº 25351.686975/2017-19), que foi indeferido pela Resolução RE 1.117/18 única e exclusivamente com fundamento no descumprimento dos artigos 6º e 7º da RDC 14/12 (conforme Parecer nº: 282/2018 – CCTAB/GGTAB/DIARE/ANVISA –); b) no prazo de 30 dias anule a decisão de cancelamento do registro da marca de fumo picado Fumo Peão (processo nº 25351.345392/2017-18), contida na Resolução RE 1.795/18 única e exclusivamente com fundamento no descumprimento dos artigos 6º e 7º da RDC 14/12 (conforme Parecer nº: 449/2018 – CCTAB/GGTAB/DIARE/ANVISA –), concedendo à Requerente prazo de 30 dias para peticionar a renovação do registro referente ao ano de 2018 da marca Fumo Peão (processo nº 25351.345392/2017-18). (fl. 36)

Requer, também, que a parte ré se abstenha de aplicar os artigos 6º e 7º da RDC 14/12 quando da análise dos registros futuros que venham a ser requeridos pela Autora e das renovações dos registros.

A decisão agravada está assim fundamentada:

Trata-se de ação de conhecimento, sob o rito comum ordinário ajuizada por Tabacaria Guanabara Ltda. – EPP em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, em que pretende, em sede de tutela de urgência, provimento jurisdicional para suspender a eficácia, em relação a Autora, dos artigos 6º e 7º da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa, RDC nº 14/2012, determinando que a Ré: a) no prazo de 30 dias defira o pedido de registro da marca de fumo picado Fumo Peão Amarelinho (processo nº 25351.686975/2017- 19), que foi indeferido pela Resolução RE 1.117/18 única e exclusivamente com fundamento no descumprimento dos artigos 6º e 7º da RDC 14/12 (conforme Parecer nº: 282/2018 – CCTAB/GGTAB/DIARE/ANVISA –); b) no prazo de 30 dias anule a decisão de cancelamento do registro da marca de fumo picado Fumo Peão (processo nº 25351.345392/2017- 18), contida na Resolução RE 1.795/18 única e exclusivamente com fundamento no descumprimento dos artigos 6º e 7º da RDC 14/12 (conforme Parecer nº: 449/2018 – CCTAB/GGTAB/DIARE/ANVISA –), concedendo à Requerente prazo de 30 dias para peticionar a renovação do registro referente ao ano de 2018 da marca Fumo Peão (processo nº 25351.345392/2017-18). (fl. 36)

Requer, também, que a parte ré se abstenha de aplicar os artigos 6º e 7º da RDC 14/12 quando da análise dos registros futuros que venham a ser requeridos pela Autora e das renovações dos registros. (fl. 37)

Narra que é indústria que tem como objeto social a industrialização e a comercialização de fumo picado pronto para fumar, em pequenos pacotes, como opção àqueles que preferem fazer seu próprio cigarro, bem como de tabaco para narguilé.

Afirma que a comercialização e o uso desse tipo de tabaco é um costume antigo do homem, que ao longo do tempo se enraizou nas diversas culturas do planeta, sofrendo customizações, como adição de sabores, modo de preparo e variações na forma de consumo. Atualmente sua comercialização, apesar de ser uma atividade tolerada pelo Estado, é uma atividade permitida, desde que respeitada densa legislação federal e estadual.

Informa que a Resolução RDC nº 14/2012 determinou a proibição da utilização de aditivos em produtos fumígenos.

Aduz que várias decisões judiciais concederam liminares suspendendo a eficácia dos arts. 6º e 7º da resolução, porém sem efeito *erga omnes*.

Entende que, com a publicação da RDC nº 14/2012, a ANVISA extrapolou seu poder regulatório e salienta que vem sofrendo afronta o princípio da igualdade, pois há empresas que podem produzir e comercializar tabaco saborizado e outras estão impedidas de importar e comercializar o mesmo produto.

Procuração e documentos às fls. 40/113 e 120/145.

Custas recolhidas à fl. 39.

Contestação apresentada às fls. 152/175.

É o que basta relatar. *Decido*.

O deferimento do pedido de tutela de urgência pressupõe a demonstração dos seguintes requisitos: probabilidade do direito e perigo de dano (art. 300 do CPC/2015).

Na espécie, não vislumbro presentes os requisitos para o deferimento do pedido de tutela de urgência, na medida em que, nesta análise perfunctória, não evidencio a concreta de ilegalidade da Resolução RDC nº 14/2012, editada pela ANVISA.

Ademais, tal tema se confunde com próprio mérito da presente demanda, havendo, assim, perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, conforme estabelece o § 3º, do artigo 300, CPC.

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.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (Grifei.)

A questão é complexa a ser dirimida nesta fase, pois envolve não apenas eventual violação aos princípios da legalidade, igualdade, além, é claro, de questionamentos envolvendo a proteção à saúde dos consumidores desses produtos e o direito à informação.

O STF, em decisão na ADI nº 4874, em decisão publicada em 09/02/2018, entendeu pela constitucionalidade do poder regulamentar da ANVISA para estabelecer normas sobre os produtos que envolvam risco à saúde, bem como proibir a fabricação, importação e comercialização em caso de risco iminente à saúde ou violação da legislação, nos termos do artigo 7º, incisos III e XV [...], da Lei nº 9.782/99:

No entanto, o Pretório Excelso acabou divergindo quanto ao pedido sucessivo na ADI que questionava à ilegalidade da Resolução RDC nº 14/2012. Assim, decidiu, em votação na qual restou empatada em cinco votos contrários e cinco favoráveis, sendo julgado improcedente o pedido por falta de quorum mínimo, e cassando-se, deste modo, a liminar que suspendia os efeitos dos artigos 6º, 7º e 9º da norma infralegal:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta, nos termos do voto da Relatora. No mérito, relativamente ao pedido principal, de declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, III, e XV, in fine, da Lei 9.782/1999, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente o pedido, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Quanto aos pedidos sucessivos, relativos às normas da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA 14/2012, o Tribunal julgou improcedente a ação, em julgamento destituído de eficácia vinculante e efeitos erga omnes, por não se ter atingido o quorum exigido pelo artigo 97 da Constituição, cassando-se a liminar concedida, nos termos do voto da Relatora. Declarou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.2.2018.

Noutro giro, a Ministra Relatora da ADI, Rosa Weber, acompanhada dos Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia, ao proferir seu voto afirmou, a respeito dos limites da competência normatizadora da ANVISA, que a liberdade de ação ou discricionariedade normativa das agências reguladoras encontra limites nos objetivos fixados na lei e nas políticas públicas estabelecidas pela administração central. Mostra-se legítima a atuação normativa do agente regulador sempre que capaz de ser justificada como a integração de uma evidente escolha legislativa, disse.

A função regulatória das agências, segundo a Ministra, não é inferior ou exterior à legislação, mas diferente, pelo seu viés técnico. O poder normativo atribuído às agências reguladoras consiste em instrumento para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expresso na Constituição e na legislação setorial, explicou. Poder normativo não é Poder legislativo.

Quanto ao pedido de inconstitucionalidade da resolução, a ilustre Relatora destacou que, a despeito do direito fundamental à liberdade de iniciativa, o Estado pode impor condições e limites para exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias e direitos fundamentais. No caso do controle do tabaco, a saúde e o direito à informação devem ser protegidos. *Os preceitos constitucionais que elevam a saúde à estatura de direito social de todos e atribui ao Estado o dever de garanti-la mediante políticas sociais que visem à redução do risco de doenças impõe a adoção de uma agenda positiva voltada à concretização deste direito*, enfatizou. Nesse contexto, a Ministra entende ser possível à Anvisa tomar medidas repressivas concretas para suspender ou evitar risco iminente à saúde.

Segundo o Ministro Fachin, os paradigmas invocados pela Anvisa para a edição da resolução estão de acordo com normas internacionais referendadas pelo Brasil. Seguindo a mesma linha, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a agência agiu dentro do poder geral de polícia da administração pública em matéria sanitária para prevenir o problema de saúde pública que é o tabagismo, sendo os aditivos em cigarros um atrativo para o consumo do produto por jovens.

Acompanhou a relatora o Ministro Celso de Mello, no sentido de que as agências regulatórias dispõem de liberdade e discricionariedade técnica que legitima a edição e a formulação de atos normativos destinados a viabilizar políticas públicas, *notadamente em áreas tão sensíveis quanto essa.*

A presidente do STF, por sua vez, disse não ver nenhum tipo de exorbitância na medida, que visa ao cumprimento de finalidades postas tanto na Constituição quanto na lei, inclusive nos acordos internacionais firmados pelo Brasil [...].

Diante desse cenário, observo que a ANVISA não extrapolou o seu poder regulamentar ao impor restrições ao uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, conforme disposto na requestada Resolução RDC nº 14/20[...]. Tal atribuição é corolário da sua prerrogativa em complementar a lei em matéria atinente a sua especialidade.

Ademais, a referida norma infralegal possibilitou a utilização de outros produtos menos nocivos à saúde, além de estabelecer um prazo considerável para que as empresas se adaptassem as novas determinações, tudo de acordo com o ordenamento jurídico visando a proteção da saúde dos consumidores, além de preservar o direito à informação acerca de produtos nocivos.

Diante do exposto, *denego o pedido tutela de urgência.*

A agravante alega que: “o cerne da presente ação foca-se em uma pergunta antiga que paira na doutrina administrativista: *as agências reguladoras podem inovar no ordenamento jurídico por meio de seus atos regulamentares, tais como resoluções, portarias e etc, criando direitos e restrições não previstas anteriormente em lei? / A controvérsia encontra defensores com autoridade para os dois lados. / Nos filiamos àqueles que entendem que as Agências Reguladoras somente têm atribuições para emitir atos secundários no exercício do seu poder regulamentar, sem condão de criar obrigações ou direitos não previstos em lei, em estrita observância ao princípio da legalidade a que a administração pública está sujeita, conforme determinação do artigo 37, caput da Constituição Federal. [...]* / Os dissidentes dessa posição atribuem ao poder regulamentar das agências o papel de emitir normas primárias,

de caráter mais amplo do que o mero papel de viabilizar a execução da lei, contudo, sempre dentro de parâmetros (*standards*) pré-estabelecidos pela lei. / Para esses, poderia a lei atribuir às Agências o poder de normatizar (inclusive criar obrigações e direitos aos agentes regulados), prevendo em seu conteúdo *standards* e finalidades gerais para que a Agência execute o que a lei fixou, sem, contudo, caracterizar-se uma delegação de poder legislativo, vedada em nosso ordenamento. / Se não fosse dessa forma, isentariamos as Agências de parâmetros suficientes para auferir a legalidade/constitucionalidade de seus regulamentos. Estaríamos por permitir que seus atos normativos não tivessem balizas para serem contrastados, um poder normativo sem controle. / Isso não é possível em um Estado de Direito. / [...] A lei outorgou à Anvisa a possibilidade de restringir direitos. Contudo, descreveu as situações específicas (parâmetros) em que a Anvisa estaria autorizada a assim proceder. Não poderia ser diferente, pois seria inconstitucional atribuir à Anvisa competência para normatizar certos assuntos, sem que a lei estipulasse os parâmetros para tal. / Mesmo quando se trata do fenômeno da deslegalização ou delegificação – *esse poder só pode ser exercido se expressamente autorizado por lei*. [...] / Entretanto, não é o caso, já que a lei, no caso específico dos poderes outorgados à Anvisa de regulamentar, controlar e fiscalizar a comercialização de tabaco frisou *necessidade de respeito à legislação em vigor*, salientado com maior ênfase no artigo 8º da Lei nº 9.782/99 [...] / No tocante à fabricação e à comercialização de tabaco, podemos afirmar, independente da corrente doutrinária que possamos adotar, que à Anvisa foi outorgada competência para: - *editar normas de caráter secundário na regulamentação, no controle e na fiscalização da fabricação de derivados de tabaco, observando o disposto nas leis em vigor*; - *restringir direitos, por meio de resoluções, para proibir a fabricação e comercialização de derivados de tabaco, quando houver violação à legislação pertinente e nos casos de risco iminente à saúde*. / [...] / Apesar da farta legislação regulando a fabricação, a comercialização e o consumo de tabaco, *não encontramos em nosso ordenamento nenhuma lei violada que justifique à Anvisa criar as proibições constantes nos artigos 6º e 7º da RDC nº 14/12*. / Ratificando nossa afirmação, citamos a ementa do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na ação coletiva proposta contra a RDC nº. 14/2012 pelo Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco – *Sinditabaco, Agravo de Instrumento* nº. 0002696-87.2013.4.01.0000/DF [...] / [...] a concessão da tutela de urgência na forma requerida é imprescindível para que a Autora possa comercializar seu produto, tendo em vista que somente poderá fazê-lo após a publicação do deferimento do registro no DOU. Caso não seja afastada a aplicação da Resolução RDC nº 14/12 até o julgamento final da presente demanda, certamente a Autora não obterá o registro de sua marca perante a Anvisa, restando impedida de exercer sua atividade econômica e condenada a encerrar suas atividades. / Entretanto, seus maiores concorrentes continuarão produzindo e comercializando tabaco, uma vez que a maior parte deles obteve perante o Poder Judiciário ordem judicial afastando a aplicação dos artigos 6º e 7º da Resolução RDC nº 14/2012, conforme decisões proferidas nos autos das ações: - Processo nº 1009944-96.2018.4.01.3400 (autor: Blue Trade Imp. e Exp. Ltda. ME – comercializa fumo, como a Agravante); - Processo nº 1002750-45.2018.4.01.3400 (autor: Casa Caribe Importação e Exportação Ltda. – comercializa fumo, como a Agravante); - Processo nº 1009947-51.2018.4.01.3400 (autor: Pactual Comércio e Importação Ltda - ME – comercializa fumo, como a Agravante). Essa decisão foi mantida após interposição do Agravo de Instrumento distribuído à 6ª Turma (processo 1018959-07.2018.4.01.0000); - Processo nº 46897-86.2012.4.01.3400, com sentença improcedente - pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal deferido pelo Desembargador Jirair Aram Meguerian da 6ª Turma (processo 1029408-24.2018.4.01.0000)”.

Decido.

A regulamentação autônoma está submetida aos requisitos — ouso improvisadamente estabelecer — de necessidade (cf. princípio dos poderes implícitos) e relevância, não pode invadir campo especificamente reservado à lei formal, mesmo na ausência desta, e não subsiste uma vez editada lei sobre a matéria.

Já escrevi, trabalho publicado que na produção do fumo há, por parte das empresas, o interesse do lucro. Há o interesse individual dos fumantes em satisfazer o vício, quando não simplesmente o de “estar na moda”. O Estado tem interesse na exportação para a formação de reservas cambiais e na arrecadação de tributos destinados ao atendimento de necessidades públicas, sendo a produção e comercialização de cigarros, no Brasil, uma das principais fontes de arrecadação do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços. A sociedade tem interesse na criação e manutenção de postos de trabalho na indústria e no comércio de cigarros. Os serviços de saúde, os de proteção do meio ambiente e as entidades previdenciárias, naturalmente, defendem interesses incompatíveis com o tabagismo. O Estado, quando monopoliza ou controla

com rigor a exploração do fumo tem em vista, sabendo que uma proibição total seria ineficaz, o interesse em conter o consumo de cigarros dentro de limites toleráveis. O último interesse é que desponta, efetivamente, como interesse público essencial. Os demais são interesses intermediários, subsidiários, que só prevalecem na impossibilidade de atingir-se a total erradicação do tabagismo, que seria o ideal máximo para proteger o direito fundamental à vida, em que se inclui o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

À luz de tais considerações e diante daquelas normas constitucionais, não seria ousadia afirmar que a produção de fumígenos, em vez de livre e garantida por princípios fundamentais como as demais atividades econômicas, é uma atividade apenas tolerada pela Constituição.

Não vislumbro, portanto, a alegada inconstitucionalidade do regulamento em questão.

Indefiro, por isso, o pedido de antecipação da tutela recursal.

Proceda-se na forma do art. 1.019, II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2019.

Desembargador federal *João Batista Moreira*, relator.

Agravo de Instrumento 1005046-21.2019.4.01.0000 – PJe

Processo referênciã: 1000537-75.2019.4.01.4000

Relator: Desembargador federal João Batista Moreira
Agravantes: Alysson Ariel Carvalho de Gois e outros
Advogado: Arthur Carvalho Moura da Silva
Agravado: Associação Teresinense de Ensino S/C Ltda.

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Alysson Ariel Carvalho de Gois, Ezio Ferreira de Aguiar, Francisco das Chagas Alves Sousa, Jadsonn de Jesus Coelho Lima, Jesus Lucas Alves dos Santos, Juliano Oliveira de Melo, Julio Cesar Vidal Araújo, Maicon Mairon Mendes Alves, Marcos Alexandre da Silva Almeida Junior, Marcos Antonio Macedo Silva, Ricardo Carvalho Santana, e Tales Porto de decisão em que, nos autos de mandado de segurança impetrado pelos ora agravantes contra ato(s) atribuído(s) ao “Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA”, foi indeferida liminar

a fim de, em antecipação dos efeitos da decisão meritória, *determinar à Autoridade Impetrada que permita a participação, de forma simbólica, dos Impetrantes nas solenidades de colação de grau, que iniciarão no dia 11/03/2019, considerando as argumentações exaustivamente tecidas alhures;*

A decisão agravada está assim fundamentada:

Cuida-se de pedido de liminar em que os impetrantes objetivam que lhe seja garantido o direito de participar simbolicamente da cerimônia de colação de grau de sua turma.

Conclusos. *Decido.*

No caso em apreço, onde se exerce juízo de cognição sumária, verifico que o pleito requestado pelos impetrantes não merece acolhida, pois, conforme relatado na inicial, ainda restam disciplinas pendentes de aprovação.

Com efeito, o pedido de formatura simbólica cai em um vazio jurídico. Não há qualquer plausibilidade jurídica em sua concessão. Conforme tenho sustentado, o princípio da autonomia universitária implica que o Judiciário deve ser deferente e minimalista ao analisar aos atos “interna corporis” das instituições de ensino. O Judiciário não pode ser uma espécie de “coordenação avançada” dos cursos universitários, conforme estabelecido no art. 207, da CF.

Não pode esse magistrado obrigar a Universidade a conceder um grau simbólico aos impetrantes; nem tampouco posso obrigar a Universidade a admitir os impetrantes em uma solenidade meramente simbólica. O ato de colação de grau é solene. Cuida-se de ato cercado de formalidades. É o ponto alto da formação universitária.

Não pode o Judiciário, por assim dizer, determinar que parte do ato de colação de grau seja meramente um “faz de contas”.

Assim, considerando que os impetrantes ainda não concluíram a grade curricular do curso, condição inafastável para a conclusão, não resta cristalino o direito líquido e certo aventado pelos impetrantes, tendo em vista que não há previsão legal que autorize a colação simbólica.

Ao lume do exposto, *indefiro a liminar* vindicada.

Decido.

Conforme consignado na decisão agravada, se a colação de grau depende da conclusão do curso (consoante regramento comumente referenciado no contrato de prestação de serviços ou no regimento da instituição), não há se falar em direito líquido e certo de estudantes que não concluíram o curso à dita solenidade.

A jurisprudência “atenua” esse exame de subsunção ao fundamento de que a colação simbólica, por não criar direito, pode ser deferida a esses estudantes. À ausência de efeitos jurídicos do ato é acrescido, quase sempre, o fato de que a autorização para a colação simbólica evita com que os estudantes percam o investimento (quase sempre de significativa monta) feito ao longo dos anos para as festividades de formatura. É acrescido, ainda, o fato de que as festividades de formatura somente têm sentido com a participação da turma da qual esses estudantes sempre fizeram parte. Por fim, é levado em conta, também, o constrangimento de o estudante ter de comunicar aos convidados que ele não mais participará das festividades.

Ocorre que, no caso, o exame da documentação que acompanha a inicial lança dúvidas sobre a situação dos impetrantes, em relação ao quanto faltante para cumprimento da carga horária total do curso. Isso é de relevância para a formação do convencimento. O estudante que estava ciente de que o atraso na conclusão do curso era superior a dois semestres ou mais teve tempo suficiente para renegociar os desembolsos das festividades e de evitar o envio de convites para familiares e amigos. Fica sem sentido falar-se em preservação do contato com a turma, se o estudante ainda vai permanecer mais de um semestre na instituição de ensino.

Tendo isso em vista, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, em parte, a fim de que se autorize a colação simbólica em relação, exclusivamente, aos impetrantes concluintes do curso (se semestral, os matriculados no último semestre; se anual, os matriculados no último ano).

Comunique-se.

Proceda-se na forma do art. 1.019, II, do CPC.

Oferecida a resposta, ou decorrido o prazo, vista ao MPF – PRR – 1ª Região (Lei 12.019/2006, art. 25).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de fevereiro de 2019.

Desembargador federal *João Batista Moreira*, relator.

[Agravamento de Instrumento 1003486-44.2019.4.01.0000 – Pje](#)

[Processo referência: 1000182-22.2019.4.01.3400](#)

Relator: Desembargador federal João Batista Moreira
Agravante: Felipe Carleo Alencar
Advogado: Gabriel Carlos Machado Neto
Agravada: União
Agravada: Cebraspe

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Felipe Carleo Alencar de decisão em que, nos autos de ação anulatória, c/c cominatória, ajuizada pelo ora agravante em face da União e do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebraspe), foi indeferida tutela de urgência “objetivando [...] seja declarado apto no TAF, com sua consequente permanência no certame e participação nas fases subsequentes ao exame de aptidão física”.

A decisão agravada está assim fundamentada:

Cuida-se de ação ordinária, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por Felipe Carleo Alencar contra a União e o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos – Cebraspe/Cespe, objetivando a anulação do ato que eliminou o autor do concurso público para Agente da Polícia Federal (Edital nº 1 – DGP/PF, de 14 de junho de 2018), objetivando, assim, seja declarado apto no TAF, com sua consequente permanência no certame e participação nas fases subsequentes ao exame de aptidão física.

Subsidiariamente, requer seja designada nova data para realização de novo teste de corrida.

Juntou documentos (fls. 15-315) e requereu a gratuidade de justiça.

É o relatório. *Decido.*

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, nos termos do art. 300 do CPC.

No caso dos autos, não vislumbro presente, ao menos em juízo perfunctório, o requisito legal apto a demonstrar, com clareza e segurança, a probabilidade do direito.

Isso porque, como o próprio autor informa, ele não conseguiu atingir a pontuação mínima prevista no edital para a devida aprovação no teste de corrida. Assim, não há como acolher o pedido de realização de novo teste físico ou de continuação nas demais fases do certame, uma vez o concurso público se rege pelo edital de convocação.

Com efeito, ao efetuar sua inscrição, o candidato adere aos seus termos, submetendo-se aos exames e testes, conforme fixados no ato convocatório.

Nesse contexto, é indiferente à Administração se o candidato está ou não em condições físicas adequadas no dia da prova, previamente fixado em edital e de conhecimento de todos os interessados, de modo que eventual enfermidade ou acidente não confere direito à que nova data seja marcada, em tratamento absolutamente privilegiado, o que não se coaduna com os princípios da isonomia e da supremacia do interesse público sobre o particular, pois não pode a Administração depender, para realizar provas do concurso e respectivo provimento dos cargos públicos, das condições ideais de cada um dos concorrentes.

Ademais, ao que parece, o resultado do teste de aptidão física foi publicado em 22 de novembro de 2018 (fl. 197), a revelar o *periculum in mora* provocado.

Ante o exposto, *indefiro a tutela de urgência.*

Decido.

O autor agravante alega que:

No dia do exame, o autor foi submetido ao teste físico no horário de pico do sol (por volta de meio-dia e meia), enquanto outros candidatos fizeram o teste em horários de pouco ou nenhum calor, alguns até mesmo à noite, conforme prova testemunhal (declaração anexa). Além do mais, no dia do exame o autor estava com infecção respiratória, saindo de um quadro de debilidade, comprovada por atestado médico (anexo). Mesmo assim, fez as barras necessárias, conseguiu também atingir pontuação suficiente no impulso horizontal e na natação. No último dos testes, a corrida, o autor completou 2.250m, nos 12 minutos impostos pelo edital. O índice mínimo previsto era de 2.350m (apenas 100m de diferença). Em outras palavras, mesmo sendo exigido fisicamente sob um “sol de rachar”, e se recuperando de um quadro infeccioso recente, o autor fez as barras, nadou, saltou, e na corrida, completou 96% do percurso mínimo exigido para a corrida. Ocorre que, mesmo diante de uma diferença mínima de distância faltante na corrida, a banca examinadora requerida deixou de considerar a aptidão demonstrada de forma bastante razoável pelo candidato requerente, e o eliminou. Diante da eliminação, o autor restou impossibilitado de avançar para as fases seguintes do certame.

No entanto, na contestação, sobre as alegadas adversas condições para realização do teste, o Cebraspe consignou o seguinte:

Observa-se no vídeo (figura 2) (print do vídeo tirado aos 01min05seg), que, durante a apresentação dos candidatos, os fiscais de prova usavam agasalhos de frio, corroborando ainda mais com o entendimento de que não estava fazendo o alegado sol forte.

[...]

Observa-se no vídeo (figura 3) (print do vídeo tirado aos 02min27seg), que, durante a largada, o tempo estava nublado e que nenhum candidato fazia uso de bonés ou óculos escuros. Demonstrando que não havia sol forte durante a realização do teste de corrida.

[...]

Ou seja, com a simples visualização do vídeo é possível verificar que o candidato não se preparou adequadamente para o teste de corrida de 12 minutos, podendo observar que ele não conseguiu completar os 2.350 metros por não possuir preparo físico e não em razão das condições climáticas. Quanto à alegação do autor, de que o calor excessivo teria prejudicado o seu desempenho, o subitem 2.2.1 do anexo III do edital de abertura foi claro ao estabelecer a aplicação dos testes obedeceria a ordem prevista no subitem 2.2 do anexo III do edital de abertura. Leia-se: 2.2 O exame de aptidão física constará de quatro testes especificados a seguir: I – teste em barra fixa; II – teste de impulsão horizontal; III – teste de natação (50 metros); e IV – teste de corrida de 12 minutos. [...] 2.2.1 O exame de aptidão física obedecerá à ordem prevista na especificação no subitem 2.2 deste anexo e será aplicado de forma subsequente com intervalo mínimo de cinco minutos entre um e outro. Nesse sentido, esclarece-se que o exame de aptidão física foi realizado nos 26 estados e no Distrito Federal e, tendo em vista que o Brasil se trata de um país com dimensões continentais, não é possível garantir que em todos os locais de aplicação tenham as mesmas condições de estrutura física e climáticas para a realização do exame de aptidão física. Ressalta-se que a cidade de Curitiba/PR, local onde o candidato realizou os testes, é famosa pelas temperaturas amenas e clima agradável. Assim, a título de curiosidade, no dia de realização dos testes físicos o clima era de tempo nublado contando com temperatura variando entre 15 e 22° C, conforme consulta ao site <https://weather.com/ptBR/clima/mensal/I/BRXX0079:1:BR>.

[...]

Além disso, apesar do autor alegar que havia calor excessivo no dia do teste, a alegação não procede, pois no teste de barra fixa (figura 5) o fiscal também estava vestindo agasalho.

[...]

No teste de impulsão horizontal, pode-se verificar no vídeo (figura 6) que havia bastante vento e que o céu estava nublado.

[...]

Dessa forma, independentemente do horário em que o candidato chegou ao local designado para a realização da fase, este não ficou praticando qualquer tipo de atividade física ou penosa, mas tão somente descansando, aguardando o início da fase para realizar os testes. Além disso, entre o horário de convocação do candidato (9h30min), conforme consta na planilha de avaliação do autor (doc. 17), e o horário de realização do teste de corrida, o tempo foi razoável, uma vez que o autor já havia realizado anteriormente três testes (teste em barra fixa, teste de impulsão horizontal e teste de natação). Esclarece-se que o autor se inscreveu para concurso público para provimento de vagas no cargo de agente de Polícia Federal nos quadros da Polícia Federal, nos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins e em unidades de fronteira, regiões essas as quais têm temperaturas médias elevadas, que ultrapassam os 30°C, sendo esta muito superior às temperaturas que costumam ocorrer na cidade de Curitiba/PR, onde ele realizou o exame de aptidão física. Nesse ponto, cite-se, mais uma vez, trecho da informação *técnica já mencionada acima (doc. 11), especialmente o ponto que trata da interferência das condições climáticas no exame de aptidão física, a saber:*

[...] Observa-se que a faixa de variação da temperatura nas regiões brasileiras é muito grande. O principal mecanismo que a Administração possui para manter a isonomia entre os candidatos de todos os estados é promover a descentralização da aplicação dos testes físicos. A regionalização permite que os candidatos realizem as provas nos locais em que eles estão adaptados, ou no jargão científico, aclimatados. A aclimação é um conjunto de adaptações fisiológicas que aprimoram a tolerância às condições ambientais. Candidatos dos estados de clima mais quente são fisiologicamente capazes de suportar as temperaturas mais altas de sua região, pois eles produzem mais suor, perdem menos eletrólitos durante a sudorese, perdem menos sódio através dos rins, produzem menor nível de adrenalina durante o esforço e realizam os testes físicos com menor esforço cardíaco (Nadel et al., 1974; Voltaire et al., 2002; McArdle et al., 2008). Além disso, a aclimação minimiza a probabilidade de ocorrência de problemas induzidos pelo calor (McArdle et al., 2008). Ressalta-se também que o nível de aclimação é diretamente proporcional ao estado de treinamento do candidato (Febbrario et al., 1994). Outro ponto a ser destacado é a duração do esforço realizado pelos candidatos durante o Exame de Aptidão Física da Polícia Federal. O tempo total de esforço das quatro provas aplicadas – barra, salto horizontal, 50 m de natação e corrida 12 minutos – impõem em média 15 minutos de sobrecarga orgânica aos candidatos. Destaca-se ainda que o período de transição entre os testes tem duração igual ou superior a 15 minutos. Esse intervalo permite a recuperação e reposição dos substratos energéticos utilizados nas provas (Weineck, 2000; Maglischo et al., 2003) e possibilita que o candidato faça sua reidratação. Não procede, portanto, a alegação de que as condições climáticas tenham determinado o insucesso do candidato. Destaca-se ainda, que a cidade de Teresina – PI apresentou temperatura entre 25 e 37 graus em 3 de novembro de 2018, dia do Exame de

Aptidão Física (acesso: <https://www.climatempo.com.br> em 16/11/2018. Candidatos de outras capitais foram submetidos a temperaturas próximas durante os testes físicos e não alegaram prejuízos de performance.

Sobre as alegadas desfavoráveis condições de saúde do autor agravante, no âmbito do Supremo Tribunal Federal já se decidiu que

Inexiste direito dos candidatos a concurso público à prova de segunda chamada nos teste de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15.5.2013, em nome da segurança jurídica. Tema 335 da repercussão geral. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).

[...]

(RE 845737 AgR, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 30/06/2017, Processo Eletrônico DJe-173, divulg. em 04/08/2017, public. em 07/08/2017).

Indefiro, por isso, o pedido de antecipação da tutela recursal.

Proceda-se na forma do art. 1.019, II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 25 de fevereiro de 2019.

Desembargador federal *João Batista Moreira*, relator.