

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL 309 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE  
RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT**  
**ADV.(A/S)** : **RAFAEL L F KOATZ E OUTRO(A/S)**  
**INTDO.(A/S)** : **UNIÃO**  
**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**DECISÃO**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO  
DE PRECEITO FUNDAMENTAL –  
LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL –  
ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO  
REGIMENTO INTERNO, E 5º, § 1º E § 3º,  
DA LEI Nº 9.882/99.**

**POLÍTICA PÚBLICA DE  
ACESSIBILIDADE –  
REGULAMENTAÇÃO – MINISTÉRIO  
DAS COMUNICAÇÕES –  
AFASTAMENTO POR DECISÃO DE  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL –  
ARGUIÇÃO NO SUPREMO –  
PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO –  
SEPARAÇÃO DE PODERES –  
INSEGURANÇA JURÍDICA – LIMINAR  
DEFERIDA.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão  
– ABERT busca a declaração de constitucionalidade da Portaria

## ADPF 309 MC / DF

nº 188, de 24 de março de 2010, do Ministério das Comunicações, bem como da inconstitucionalidade da Portaria nº 332/A, de 2 de dezembro de 2013, do mesmo órgão, e do acórdão formalizado na Apelação nº 2009.34.00.004764-8 pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Discorre, inicialmente, sobre os fatos envolvidos.

Reporta-se à Portaria nº 310, de 27 de junho de 2006, do Ministério das Comunicações, que estabeleceu cronograma de implementação, pelos prestadores de serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, de audiodescrição – a narração, em língua portuguesa, integrada ao som original da obra audiovisual, contendo descrição de sons e elementos visuais e quaisquer informações adicionais que sejam relevantes para possibilitar a melhor compreensão desta por pessoas com deficiência visual e intelectual. Consoante a norma, o recurso de acessibilidade deveria ser executado no prazo de 24 a 132 meses, a contar da publicação, e segundo escala crescente de disponibilidade temporal dentro da programação diária.

Anota ter sido prorrogada a observância do cronograma, em razão de dificuldades técnicas, e aberta consulta pública sobre o tema, inclusive para conhecimento dos paradigmas internacionais, por meio das Portarias nº 661, de 14 de outubro de 2008, e nº 985, de 26 de novembro de 2009. Sublinha terem esses atos ensejado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 160.

Afirma que, depois de realizada a consulta pública e do amplo debate acerca da inviabilidade do cronograma constante da Portaria nº 310, de 2006, o Ministério das Comunicações, por meio da Portaria nº 188, de 24 de março de 2010, criou novo calendário e modificou o conteúdo das metas impostas originariamente a ponto de superar os obstáculos técnicos

## ADPF 309 MC / DF

verificados anteriormente. Ante esse quadro, veio a ser aditada a inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 160.

Destaca ter o Ministério Público Federal, em fevereiro de 2009, proposto ação civil pública voltada a condenar a União a cumprir cronograma inicial versado na Portaria nº 310, bem como a não publicar novos atos normativos que implicassem a suspensão do implemento dos recursos de audiodescrição. Assinala haver o Juízo extinguido o processo sem apreciação de mérito, tendo o Tribunal Regional, ao reformar a sentença, julgado procedentes os pedidos, para afastar as alterações promovidas pela Portaria nº 188 e determinar ao Ministério das Comunicações a observância dos prazos inicialmente estipulados. Informa a edição, em 2 de dezembro último, pelo referido Ministério, da Portaria nº 332/A, formalizada para viabilizar o imediato cumprimento da decisão.

Em preliminar, aponta a legitimidade para a propositura da presente arguição, por ser entidade de classe de âmbito nacional, composta de 1.822 associados, distribuídos em 26 estados e no Distrito Federal, e congregar categoria econômica homogênea relativa às empresas de radiodifusão e emissoras de televisão. Defende a pertinência temática ante a circunstância de os atos normativos questionados atingirem diretamente o exercício da atividade das empresas representadas.

Aduz a prevenção de Vossa Excelência em virtude de ser o relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 160, ajuizada pelo Conselho Nacional dos Centros de Vida Independente – CVI-Brasil, em 29 de dezembro de 2008, conexa a este processo. Assevera terem as ações como objeto comum a aludida Portaria nº 188, de 2010 – na primeira, versando-se a inconstitucionalidade do ato e, nesta, a constitucionalidade.

## ADPF 309 MC / DF

Discorre sobre os requisitos de cabimento da medida. Articula com a transgressão dos seguintes preceitos fundamentais: devido processo legal, segurança jurídica na dimensão de proibição de comportamento contraditório, separação de poderes, direito à informação, princípio da eficiência administrativa, cláusula de reserva de plenário e princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Alega serem atos do poder público aqueles impugnados. Refuta a possibilidade de formalização de outra ação de controle abstrato ante o caráter secundário e infralegal das normas questionadas, revelada a subsidiariedade desta ação.

Quanto ao pronunciamento jurisdicional atacado, argumenta não afastar a adequação da arguição a possibilidade de interposição de recurso extraordinário, considerada a ineficácia dessa via em virtude da prática de gravíssimos erros de julgamento e de procedimento por parte do Tribunal, bem como a correlação lógica entre a decisão judicial e a Portaria nº 332/A, de 2013, editada esta em observância àquela e para que lhe fosse dado cumprimento imediato.

Enfatiza a relevância da controvérsia constitucional presentes impactos jurídicos, morais, econômicos, políticos e sociais. Diz da gravidade da tese veiculada, porquanto envolvida a possibilidade de dar efetividade a direitos fundamentais de portadores de deficiência, de um lado, e de violar princípios fundantes do Estado de direito, do outro.

No mérito, destaca que o pronunciamento judicial e a correspondente portaria estabelecem obrigação impossível de ser cumprida ante a realidade fática existente e obstáculos técnicos intransponíveis, olvidando-se a razoabilidade – artigos 1º e 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Alega a transgressão aos princípios da proporcionalidade e da eficiência – artigo 37, cabeça, da Carta – na medida em que a programação originária se mostra incapaz de alcançar a finalidade proposta e implica

## ADPF 309 MC / DF

altos custos concernentes à adaptação de uma tecnologia que se apresenta defasada.

Afirma terem sido ignoradas a legitimidade e a capacidade institucional do Ministério das Comunicações para tratar do tema – artigo 223 do Diploma Maior –, em ofensa à separação de Poderes – artigo 2º. Argui a inobservância do devido processo legal, da reserva de plenário – artigo 97 da Carta da República – e da Súmula Vinculante nº 10, considerado o afastamento da mencionada Portaria nº 188 por órgão fracionário do Tribunal Regional Federal.

Assevera prejuízo ao direito difuso de acesso à informação – artigo 5º, inciso XIV, da Carta –, porque revelado o risco de aumento de custos para as empresas envolvidas e da conseqüente inviabilidade do serviço oferecido, diante da obrigatoriedade de cumprimento do cronograma inicial. Aduz a transgressão ao princípio da segurança jurídica e da vedação de o Poder Público praticar atos contraditórios – artigos 1º, 5º, inciso LIV, e 37 da Constituição –, haja vista a ausência de regime de transição que permita a adequação às novas técnicas.

Defende a constitucionalidade da Portaria nº 188, de 2010, porque reflete, considerado o cronograma adotado, a necessidade de adaptação das radiodifusoras e retransmissoras à tecnologia digital e as dificuldades de implantação do recurso de audiodescrição em tecnologia analógica. Sustenta tratar-se de ato formalizado por órgão titular da especialidade e da capacidade, sob o ângulo técnico, para aferir os obstáculos inerentes. Salaria a ampla participação da sociedade civil, presente a consulta pública realizada, na formulação do ato.

Sob o ângulo do risco, menciona flagrantes e gravíssimos prejuízos concretos aos quais se submeterão as empresas destinatárias dos comandos impugnados ante o dever de a União, por meio do Ministério das Comunicações, cumprir a

## ADPF 309 MC / DF

decisão do Tribunal Regional, iniciando pela edição da Portaria nº 332/A, de 2013. Assinala que o cronograma estipulado na Portaria nº 188, de 2010, vinha sendo implementado desde julho de 2011 e que a mudança abrupta gerará problemas financeiros e operacionais, além de impactar negativamente a migração para o modelo de televisão digital. Alude ao quadro de insegurança jurídica instaurado pelo pronunciamento judicial e à possibilidade de comprometer-se a eficácia do julgamento desta arguição e da de nº 160.

Postula a distribuição desta ação a Vossa Excelência, por prevenção, e o deferimento de liminar para suspender a eficácia da citada Portaria nº 332/A, de 2013, e do acórdão formalizado pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação nº 0004712-38.2009.4.01.3400. No mérito, pretende a declaração de inconstitucionalidade desses atos e de constitucionalidade da referida Portaria nº 188, de 2010.

A requerente atendeu ao disposto no artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.882, de 1999. O processo encontra-se concluso para apreciação do pedido de medida acauteladora.

2. A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT é parte legítima para formular o pedido, pois se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria econômica relativa às empresas de radiodifusão e emissoras de televisão.

Quanto ao disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade –, entendo estar satisfeito o requisito considerada a natureza secundária do ato discutido.

A controvérsia e atos impugnados remetem a ponto único: o

## ADPF 309 MC / DF

questionamento da validade da Portaria nº 188, de 2010, expedida pelo Ministério das Comunicações, visando alterar cronograma originário de implementação do recurso de audiodescrição, em virtude das dificuldades técnicas reconhecidas pelo próprio Órgão no âmbito de debate e consulta pública, cuja inconstitucionalidade foi alegada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 160. O Tribunal Regional, por meio da decisão atacada, proferida em sede de ação civil pública, assentou a existência do vício articulado, constituindo a edição da Portaria nº 332/A mera observância do pronunciamento judicial, ausente qualquer discricionariedade do Ministério.

A Portaria nº 188, ato infralegal formalizado com base no artigo 87, parágrafo único, inciso II, da Carta, resultou do exercício de competência regulamentar em favor da fiel execução da Lei nº 10.098, de 2000, e do Decreto nº 5.645, de 2004, versada a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Disso decorre a absoluta ausência de caráter autônomo da norma a viabilizar a impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou a busca da afirmação de validade mediante ação declaratória de constitucionalidade, presente a subsidiariedade da arguição.

No tocante ao pedido de liminar, este merece acolhimento.

A matéria envolve dificuldades empíricas e técnicas que exigem conhecimentos e informações específicas indispensáveis a chegar-se a prognósticos adequados. Dentro desse enfoque, a Portaria revela-se providência adotada por órgão revestido de capacidade cognitiva para investigar as condições materiais e de tempo imprescindíveis à implantação da medida de acessibilidade e definir o procedimento pertinente. Sob uma óptica realista, o Ministério das Comunicações está habilitado, diante do quadro de pessoal que possui e da função constitucional que desempenha, a tomar decisões complexas como a ora examinada, considerados aspectos essencialmente técnicos, diagnósticos

## ADPF 309 MC / DF

tematicamente particularizados e necessidade de amplo domínio sobre as limitações fáticas e as perspectivas operacionais dos destinatários da política pública em jogo.

As múltiplas variáveis que motivaram a edição da Portaria não são imunes ao crivo judicial, especialmente se levada em conta a relevância constitucional do propósito social buscado. No entanto, a complexidade requer cautela por parte dos magistrados e maior deferência às soluções encontradas pelos órgãos especialistas na área. Eis o que fiz ver, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP, de minha relatoria, ao mencionar a capacidade institucional do legislador, entendimento inteiramente aplicável ao caso concreto no tocante ao Executivo:

Em questões envolvendo política pública, de alta complexidade, com elevada repercussão social – e estamos a discutir os destinos de um mercado bilionário e de milhares de empregos –, o Supremo deve adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores. Nesse sentido, assenta o Tribunal Constitucional Federal alemão: “A incerteza sobre os efeitos de uma lei em um futuro incerto não pode excluir a competência do legislador para aprová-la, mesmo que ela tenha um alto impacto” [...]. Carlos Bernal Pulido, ao discorrer sobre as liberdades deixadas ao legislador, assevera:

(...) o Congresso também goza de uma margem de ação cognitiva, que se relaciona com a certeza das premissas mediante as quais se estabelece a intensidade na intervenção e o grau de proteção [dos direitos fundamentais]. Quando quer que não existam premissas certas que gerem razões contra as medidas legislativas, estas deverão ser declaradas exequíveis, como na sentença alemã sobre o *canabis*, em que se reconheceu que não existiam “conhecimentos cientificamente fundados que [falassem] necessariamente a favor da correção” da

## ADPF 309 MC / DF

penalização ou liberalização do consumo de *canabis*, e se concluiu, portanto, que “o legislador [ostentava] a prerrogativa de apreciação e de decisão para escolher entre as várias alternativas potencialmente adequadas para alcançar o fim legislativo”. (“O princípio da proporcionalidade da legislação penal”. In: *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento)

Assim o é por uma razão óbvia: dificilmente há questão social que não envolva algum grau de incerteza cognitiva. Afirmar-se que o legislador não pode intervir em tais searas seria paralisar o Estado. Cabe à sociedade, portanto, por intermédio de seus representantes, adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza. Observem que não estou fazendo um juízo sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, mas relativamente à legitimação institucional para a tomada de decisão em contextos de incerteza.

Ressaltada a capacidade decisória do Ministério das Comunicações ante a conjuntura de incertezas, é possível assentar, em juízo de cognição inicial, que o afastamento das razões do órgão do Executivo, lançadas na Portaria nº 188, pode corresponder a imposições impossíveis de serem realizadas e à usurpação de competência do agente constitucionalmente legitimado para resolver questões dessa natureza, resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal, a eficiência administrativa e a “razoabilidade como congruência” considerado o dever de harmonia “das normas com suas condições externas de aplicação” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 142-145).

Sob o ângulo do risco, a declaração de inconstitucionalidade da Portaria nº 188 pelo Tribunal Regional consiste em pronunciamento que se sobrepõe ao que será assentado pelo Supremo nesta arguição e na de

## ADPF 309 MC / DF

nº 160, causando insegurança jurídica e sendo capaz de retirar, presentes os efeitos, a natureza e o conteúdo da ordem judicial, qualquer viabilidade prática dos futuros atos deste Tribunal Maior.

Preceituam as normas de regência – artigo 5º, § 1º e § 3º, da Lei nº 9.882/99 – que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões que não hajam sido cobertas pela preclusão maior. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho dos processos, pressupõe atuação imediata. Deve-se abrir margem, embora de modo precário e efêmero, à concretude maior da Carta da República, diante dos valores em foco.

3. Defiro a liminar para suspender os efeitos do acórdão formalizado pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação nº 2009.34.00.004764-8 e, por decorrência, da Portaria nº 332/A/2013 do Ministério das Comunicações.

4. Ao Plenário, para o crivo pertinente.

5. Publiquem.

Brasília, 13 de dezembro de 2013.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator