A medida cautelar, seja na via administrativa ou na judicial, deve ser tratada como um instrumento de exceção. Ela é uma garantia processual que muitas vezes se constitui na antecipação de alguns dos efeitos de uma decisão final e, se mal utilizada, fere frontalmente o princípio constitucional de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CR).

Com foco nestes limites, o Decreto nº 5.773/2006 prevê apenas duas hipóteses de medida cautelar em processo de supervisão:

1. a ausência de atos autorizativos (credenciamento, autorização ou reconhecimento), mencionada no art. 11, § 4º;
2. e na vigência do protocolo de compromisso em processo de supervisão, quando “se revele necessária para evitar prejuízo aos alunos” (art. 61, § 2º).

Além dessa possibilidade de medida cautelar, nos termos do Decreto 5.773/2007 existem apenas dois outros meios utilizados pelo Ministério da Educação para sobrestar atividades educacionais. O primeiro deles é um instrumento genérico previsto na Lei de Processo Administrativo Federal. O segundo decorre de um dispositivo contido na Portaria Normativa 40/2007.

Na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei 9.784/1999, há previsão de que “Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado” (art. 45). E esta regra muitas vezes é usada nos processos administrativos educacionais como um "poder geral de cautela". Contudo, a Lei 9.874/199 é aplicável quando não houver norma processual específica (art. 69) e não pode ser usada para alterar ou ampliar as hipóteses já previstas para o caso dos processos regulatórios e de supervisão. Ou seja, a medida prevista na lei geral tem caráter subsidiário e não pode suprir lacunas inexistentes.

Por outro lado, a Portaria Normativa 40/2007, com as recentes modificações de dezembro de 2010 apresenta uma hipótese de medida cautelar específica para a área educacional. Vejamos o texto:

Art. 35-C Os cursos com CPC insatisfatório e as instituições com IGC insatisfatório em qualquer dos anos do ciclo deverão requerer renovação de reconhecimento ou recredenciamento, respectivamente, no prazo de até 30 (trinta) dias da publicação do indicador, na forma do art. 34 [...]

§ 2º Realizada avaliação in loco, será expedido o CC ou CI, informado à instituição por meio do sistema eletrônico, com a possibilidade de impugnação, na forma do art. 16.

Art. 36. Na hipótese de CC ou CI insatisfatório, exaurido o recurso cabível, em até 30 (trinta)

dias da notificação deverá ser apresentado à Secretaria competente protocolo de compromisso, aprovado pela CPA da instituição, cuja execução deverá ter início imediatamente.

[...]

§ 4º Na vigência de protocolo de compromisso **poderá ser suspensa, cautelarmente**, a admissão de novos alunos, dependendo da gravidade das deficiências, nos termos do no art. 61, § 2º, do Decreto nº 5.773, de 2006, a fim de evitar prejuízo aos alunos (grifamos).

Conforme se observa, trata-se de medida que associa o sistema avaliativo do SINAES com o sistema baseado em indicadores de qualidade.

Nessa nova previsão normativa, somente após pedido de visita *in loco* para a expedição de conceitos definitivos – CI (Institucional) ou CC (Cursos) – nos termos do art. 35-C, § 2º, poderá ser feito protocolo de compromisso e somente na vigência do protocolo de compromisso poderá ser usada esta última hipótese de medida cautelar.

Portanto, temos três casos de medida cautelar na legislação educacional e uma regra genérica, que costuma ser utilizada pelo Ministério da Educação.

No mês de janeiro de 2011, após a divulgação dos indicadores de qualidade relativos ao ano de 2009, foi expedida uma medida cautelar que não se enquadra nas hipóteses acima. Na verdade, foi divulgada uma medida muito bem intencionada que, a nosso ver, excede até mesmo os “poderes gerais de cautela” da SESu.

O Despacho Nº 5 - CGSUP/DESUP/SESu/MEC, determina que *as Universidades e Centros Universitários que apresentaram dois resultados insatisfatórios no Índice Geral de Cursos nos conceitos referentes aos anos de 2007, 2008 e 2009*
:

1. tenham, cautelarmente, suspensas as prerrogativas de autonomia;
2. tenham, cautelarmente, mantidas as vagas ocupadas nos cursos de graduação e sequenciais das universidades e centro universitários referidos no despacho, “de forma que essas instituições de educação superior só matriculem em 2011 (dois mil e onze), em cada um de seus cursos, a quantidade de alunos correspondente ao número de vagas ocupadas nas turmas formadas em cada curso no ano de 2010 (dois mil e dez), considerados os ingressos no primeiro ano de cada curso para os cursos ofertados com periodicidade anual, e nos dois primeiros semestres para os ofertados com periodicidade semestral, respeitando-se, em qualquer caso, o número total de vagas autorizadas para cada curso”.

Estas medidas acautelatórias vigorarão “até a divulgação de novo IGC com conceito satisfatório e, como prazo último, até a divulgação do conceito IGC referente ao ano de 2011” e o não cumprimento desta meta em 2011, poderá gerar processo administrativo.

Além disso, também em caráter antecipatório, as instituições envolvidas no procedimento

ficaram obrigadas a apresentar um “plano de providências” que contém medidas que só deveriam ser exigidas a título de protocolo de compromisso, após a visita *in loco* prevista no art. 35-C e 36, transcritos acima.

Neste caso, há uma aparente falha na utilização da cautelar administrativa e um risco gravíssimo para as instituições. Nesse sentido, inclusive, percebemos que foi desconsiderada a regra que prevê que “os atos de supervisão do Poder Público buscarão resguardar os interesses dos envolvidos, bem como preservar as atividades em andamento” (art. 45, § 2º, do Decreto 5.773/2006).

Objetivamente, não seria cabível nenhuma das medidas cautelares descritas na parte inicial do presente artigo, pois:

- A primeira medida somente seria aplicável na “ausência de atos autorizativos” (art. 11, § 4º);
- A segunda medida somente poderia ser aplicada “na vigência do protocolo de compromisso” (art. 61, § 2º);
- A terceira medida, prevista na Lei 9.784/1999, além de ter de ser aplicada no curso de um processo administrativo, dependeria de “risco iminente” (art. 45), o que não se configura após vários anos de funcionamento da IES;
- A quarta medida, novidade prevista na modificada Portaria Normativa 40/2007, só pode ser aplicada após a visita *in loco*; a expedição de conceitos definitivos – CI (Institucional) ou CC (Cursos); e a realização de protocolo de compromisso (arts. 35-C e 36).

Como dito inicialmente, a intenção é boa, mas a ilegalidade parece estar evidenciada no caso das medidas cautelares do Despacho nº 5/2011. Alegar “risco iminente” em face do resultado de duas avaliações no período de três anos é excesso de discricionariedade. Qual é o critério para alegar um problema iminente se as instituições já funcionam há vários anos? Como aceitar a existência de um risco genérico que sequer foi comprovado por uma visita *in loco*? Como aceitar que deixe de ser aplicado o SINAES – com avaliações multidimensionais feitas pelo Estado e pela própria instituição – para utilizar-se apenas um indicador padronizado e sem respeito às identidades das IES?

Além dessas questões, deve-se dizer que nem mesmo a norma aplicável, Portaria Normativa 40/2007, recém ampliada, foi respeitada no caso do Despacho nº 5/2011. A Portaria de 2007 prevê que “as instituições com IGC insatisfatório em qualquer dos anos do ciclo **deverão requerer renovação de reconhecimento ou recredenciamento**”, sem qualquer menção a medidas cautelares neste primeiro momento. Ora, será que as instituições terão de aceitar a cautelar e, ainda sim, requerer recredenciamento? E se já fizeram este requerimento justifica-se uma medida cautelar sem a análise do pedido de recredenciamento?

São muitos os questionamentos possíveis. Medidas cautelares são tema de relevantes discussões no Judiciário, suas modalidades (preventiva ou comum) e sua natureza (satisfativa, antecipatória ou meramente acautelatória), por exemplo, foram amplamente debatidas e continuam sendo temas de novas interpretações. O despacho em questão demonstra que também precisamos discutir as medidas acautelatórias em processos administrativos. E

precisamos fazê-lo lembrando sempre que, na esfera administrativa educacional, quem "concede" a medida cautelar é o mesmo órgão que supervisiona as instituições.

Caso tenha alguma dúvida entre em contato conosco.
Prof. Dr. Edgar Gastón Jacobs Flores Filho
Diretor Geral da CONSAEjur