ESTUDANTE — PROCESSO DISCIPLINAR — ANALOGIA

— O processo disciplinar para eliminação do aluno universitário deve, por analogia, observar as formalidades do processo administrativo exigido para demissão do funcionário público.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Agravado: Dorival de Masi
Agravo de petição n.º 28.436 — Relator: Sr. Desembargador AFONSO ANDRÉ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 28.436, de São Paulo, recorrente o Juízo, agravantes o Sr. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e a Fazenda do Estado, agravado Dorival de Masi: Acordam, em sessão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado, por unanimidade, repelir as preliminares suscitadas e ne-

gar provimento a todos os recursos, para que subsista a decisão recorrida, que decidiu com acêrto.

Custas pela Fazenda.

A preliminar de não conhecimento do agravo do impetrado, fundada em que êste não podia recorrer por não ser parte, é repelida, justo porque o impetrado é parte. Parte é quem, em nome próprio, reclama a prestação jurisdicional, ainda que a benefício de outrem (autor ou parte ativa); e parte, como legitimado passivo, é quem está sujeito a responder em nome próprio, devido à sua qualidade, ainda que a sua sujeição à prestação jurisdicional se deva consumar em detrimento de outrem. Nos mandados de segurança o legitimado passivo é a chamada autoridade coatora, que em nome próprio substitui a entidade de Direito Público de que é agente.

A preliminar de que o processo deve ser anulado, porque o mandado deveria ter sido dirigido contra a douta Congregação da Faculdade de Direito, e não contra o seu nobre Diretor, também não pode ser acolhida: primeiro, porque essa matéria já ficou superada por fôrça do julgamento anterior, desta mesma Câmara, que mandou julgar a espécie pela sua procedência ou improcedência; segundo, porque os mandados de segurança devem ser dirigidos contra quem pratique uma ilegalidade que atinja a pessoa lesada, o que, no caso, exigia o concurso do Sr. Diretor da Faculdade de Direito, subseqüentemente à deliberação da douta Congregação da Faculdade. Contra a última autoridade responsável, cujo ato é que atingiu efetivamente a pessoa lesada, é que devia ser impetrada a segurança. Assim tem sido entendido em casos semelhantes. Na mesma linha de pensamento está o acórdão que se vê no vol. 278, págs. 190 e seguintes, da *Revista dos Tribunais* (indicação de juízes para promoção e remoção e sua acolhida pelo Governador do Estado, contra quem é que se entendeu aplicável o mandado de segurança).

No mérito, são dois os pontos que decidem a matéria questionada, sendo o primeiro o da necessidade de processo disciplinar para eliminação de aluno universitário, e, o segundo, aquêle relativo à forma dêsse processo.

Os Estatutos da Universidade, baixados pelo Decreto n.º 39 de 3 de setembro de 1934, declaram no art. 130, *d*, que "serão eliminados os alunos dos institutos universitários, quando, em processo disciplinar, forem condenados à pena de eliminação".

Logo, para que o preceito não se aplicasse a uma das escolas universitárias fôra preciso que houvesse uma exceção declarada pela própria lei. E isto não acontece.

O Regulamento da Faculdade de Direito, baixado pela Lei n.º 3.023, de 15 de julho de 1937, no art. 141, § 4.º, faz remissão, quanto a recursos, ao disposto no art. 132, § 1.º, dos Estatutos da Universidade. Daí não se pode, porém, inferir que o Regulamento afaste o art. 130, *d*. Uma coisa não obriga à outra. O Regulamento cuidou das atribuições, inclusive da Congregação, para aplicação de penas. Corolàriamente, era oportuno o complemento da remissão a recurso nos têrmos dos Estatutos, que instituíram o Conselho Universitário como última instância ou instância superior. A exigência de processo disciplinar já era outro problema, que não decorria da matéria que preocupou o Regulamento, atento às questões de competência.

Uma exceção implícita, no caso, seria admissível se outra não pudesse ser a solução. O traço de necessariedade, porém, não existe, bastando, para tanto, as considerações acima.

A exceção seria de todo em todo indesejável, pois colocaria os alunos de uma escola universitária em posição singular e inferior, relativamente aos das outras escolas. E isto não se coaduna com os objetivos do Regulamento invocado.

O preceito estatutário, que exige processo disciplinar para pena de eliminação, é, pois, aplicável ao caso.

Resta, assim, examinar o segundo ponto.

A lei não diz quais devam ser as formalidades a observar no processo disciplinar que exige. Logo, ou essas formalidades dependem do arbítrio da autoridade competente, ou então devem ser as mesmas do processo administrativo comum.

Deixar as coisas ao arbítrio da autoridade administrativa, estando em jôgo um direito individual, seria precedente errôneo, que importaria em restringir ainda mais o já limitado contrôle judicial dos atos administrativos. Tal contrôle não costuma entrar na justiça do ato administrativo. Limita-se à chamada legalidade do ato, que deve ser praticado com observância das cautelas próprias. Quer dizer: devem ser observadas tôdas as medidas tendentes a uma atuação correta, para que se justifique o risco decorrente da liberdade, que tem a autoridade administrativa, de influir, sem contrôle de outra ordem, no próprio direito individual. Parece, pois, evidente que o arbítrio não pode ser a regra, em matéria de formalidades assecuratórias de um resultado, que interfira no direito individual do funcionário, ou de um aluno universitário de escola oficial.

No plano do processo judicial, em que já existe um sensível arbítrio concedido à autoridade processante, essa liberdade não autoriza o juiz a construir, como lhe pareça, um processo, quando a lei seja omissa a respeito da sua forma. Segue-se aí o rito comum ou ordinário. E o juiz mais do que uma autoridade administrativa, está habilitado a usar de um bom arbítrio e, ao contrário da autoridade administrativa, é estranho aos interêsses em jôgo. Menor razão, portanto, para permitir-se processo disciplinar por forma arbitrária!

O processo administrativo, cujas formalidades a lei prevê, é exigido em relação aos funcionários estaduais para fim idêntico, ou do mesmo porte daquele para o qual deve ser usado o processo disciplinar, a saber: demissão, para o funcionário; eliminação, para o aluno universitário. Os dois instrumentos têm a mesma índole: são ambos de natureza administrativa e também disciplinar. A forma de um, pois, deve, em princípio, ser adequada ao outro; e tem de ser aplicada a ambos, se em relação a um, de aplicação menos freqüente, a lei não fixou normas específicas.

Dir-se-á que isso é admitir regra imposta por analogia, o que seria transportar para o campo administrativo aquilo que é previsto na lei civil, que regula interêsses privados! na espécie, também, há interêsse de ordem superior a atender!

Ora, o processo judicial não se destina ao resguardo de interêsses apenas privados e, no entanto, em falta de previsão específica, as formalidades hão de ser as comuns. Para isso não há distinguir quanto à demanda cujo deslinde se pretenda alcançar! Se a lei processual, portanto, estabeleceu a regra do uso do rito comum, quando outro não estabeleça, é porque não viu razão para dar arbítrio aos juízes quando os objetivos a alcançar envolvessem interêsse público! Se assim é no plano judicial, porque relegar o mesmo espírito no plano administrativo, em que, com maioria de razão, deve ser observado?

A analogia, portanto, tem inteiro cabimento na espécie e, de resto, é hoje pacífico no Direito Administrativo estar subordinado êsse ramo jurídico, também, à regra obrigatória, embora suplementar, da analogia. Na Itália, por exemplo, o princípio da analogia está previsto no Código Civil, mas êle é tomado como regra geral, inclusive para o Direito Administrativo, como bem salienta Cino Vitta (*Diritto Amministrativo*, edição 1954, págs. 89 e outras, n.º 27, especialmente). Acrescente-se apenas, visto tratar-se de ma-

téria hoje pacífica, esta página de Ernest Forsthoff em seu *Tratado de Derecho Administrativo*, edição esp. de 58, pág. 240:

El Derecho administrativo dispone de un fondo de normas juridicas positivas que quedan muy por tras de las realidades juridicas. En ninguna parte como aqui fué más claramente recudido "ad absurdum" el dogma positivista de la plenitud del ordenamiento juridico. En consecuencia, el funcionario administrativo se ha encontrado con frecuencia frente a situaciones para cuyo manejo no tiene a su disposición una norma jurídica positiva. De que medios se valera? Por de pronto, se pensará en la analogía. Se entiende por analogía la aplicación de una norma jurídica, adecuada no según el texto literal pero si en cuanto a su idea fundamental. Contra ella, considerada en sí misma, el Derecho Administrativo no tiene objeción que hacer, aun cuando es discutible la extensión de su licitud. No constituyen problema los casos en los que la ley misma ordena la analogia. También es seguro que igualmente debe tener alguna acogída en el Derecho Administrativo la consideración que el Derecho Penal prohibe la analogía, o sea el princípio "nulla poena sine lege". En consecuencia, en el Derecho Penal administrativo y en el Derecho disciplinario se prohibe la analogía cuando va en perjuizio del actor. También se ha sustentado el criterio de que el Estado debe evitar pura y simplesmente atribuirse, por la via de la analogía, derecho de intervención que la ley expresamente no le reconoce. Pero con esta generalidad, esto no es exacto. Sería, en verdad, inadmisible que el Estado quisiera ampliar, por via analógica, un derecho especial de intervención, en desacuerdo con la regla general, pero no porque lo prohiba la pecularidad del Derecho Administrativo, sino porque, por razones de lógica, toda excepción está sustraída a la extensión por analogía. Otra cosa es, sin embargo, si se trata de una regla general, bajo la que cae un hecho no según el tenor literal, sino por su sentido. Entonces podrá admitirse na analogía si la norma regula una intervención en la esfera privada.

Un circulo especial de problemas lo constituye la referencia a las determinaciones del Derecho Civil. Su licitud ha sido negada por los más variados autores, singularmente por Otto Mayer. La ciencia moderna, y especialmente la jurisprudencia, son de otro parecer. Con ellas estamos de acuerdo. Las instituciones juridico-administrativas son demasiado complejas para que sea acertada una decisión tan radical. Nunca se ha dado una separación entre las instituciones civiles y jurídico-administrativas con la rigidez que imagina Otto Mayer; y es plenamente incompatible con la evolución administrativa de la época reciente, que en abundantes casos se ha aproximado al Derecho Civil.

Hay dos maneras de utilizar en Derecho Administrativo las normas jurídicas del Derecho Civil, que es preciso separar tajantemente. Una manera es la analogía; la otra consiste en considerar determinadas normas del Derecho Civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al Derecho Civil y válida directamente para el Derecho Administrativo. Como se ve, se trata de cosas distintas. En el segundo caso no se trata de una aplicación analógica, sino, de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto deben constituir la llamada parte general del Derecho.

Entre los preceptos que han tenido entrada en el Derecho Administrativo como expresión de ideas jurídicas generales figuran, en primer término, las cláusulas generales del Código Civil. En este punto, el Tribunal Supremo ha marcado una dirección que han seguido sin discusión los Tribunales administrativos.

O inteligente apanhado do insigne mestre alemão, que representa o pensamento jurídico mais atual em seu

país, é de molde a dispensar maiores esclarecimentos sôbre o tema da analogia no Direito Administrativo.

O processo administrativo, consoante arts. 663, 666, 667 e outros da Consolidação em vigor, assegura ao funcionário ampla defesa, desde o início do procedimento: é êle chamado a apresentar defesa, pessoalmente ou por advogado, no início do processo; é convocado a acompanhar e intervir em tôdas as diligências probatórias, com ciência prévia de 48 horas cada vez que alguma coisa deva ser feita; após as diligências determinadas pela autoridade, dispõe de prazo para requerer as suas provas, tendo o direito de produzi-las.

No processo disciplinar hão de ser observadas as mesmas cautelas. Na espécie, porém, foi feita uma sindicância na qual o impetrante não interveio (salvo, a final, mediante razões de defesa); não participou da colheita dos elementos probatórios; não pôde produzir as suas próprias testemunhas; não teve, em suma, a plenitude de defesa que teria, se fôssem observadas as formalidades do processo administrativo.

Para demissão do funcionário estadual é necessário o processo administrativo acima delineado; para eliminação do aluno universitário de escola do Estado, é necessário o processo disciplinar. O aluno não está em posição inferior ao funcionário, como é evidente. Prepara-se êle, na escola, para servir à Sociedade e ao Estado em atividades as mais relevantes; destina-se êle à parte mais responsável da Comunidade. Se, portanto, recebe da lei a segurança do processo disciplinar, para fim idêntico ao do funcionário, por certo que adquire uma garantia efetiva, igual à que decorra das formalidades do processo administrativo delineado para o funcionário, e não uma figura vazia de processo, cuja construção ficasse ao alvedrio das autoridades escolares!

A sindicância realizada na Faculdade de Direito, hábil embora para autorizar a sua douta Congregação e o nobre Diretor impetrado a torna efetivas penas de advertência, ou de suspensão curta ou prolongada, não podia servir para a penalidade máxima da eliminação do impetrante. Considera assim a Turma Julgadora que o ato atacado está eivado de ilegalidade, não podendo prevalecer a eliminação decretada. Mantém, por isso, a sentença recorrida, que bem concedeu a segurança.

São Paulo, 27 de abril de 1959 — *Flávio Tôrres*, Presidente com voto — *Afonso André*, Relator — *Silveira Filho*.