

Mandado de segurança contra ato praticado pela Dra. Curadora de Fundações da Capital. Atribuição da Curadoria de Fundações para promover ex autoritate propria a intervenção e remoção dos administradores no caso de gestão irregular. Medida de natureza administrativa sujeita à conveniência e à oportunidade do Parquet. Denegação da segurança.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Mandado de Segurança
Processo n° 3.989/96

Impetrante: *Fundação Pró-Instituto de Hematologia – RJ - FUNDARJ*

Impetrado: *Dra. Vera Lúcia de Sant'Anna Gomes – Curadora de Fundações da Capital*

PARECER

Eminente Doutor Juiz,

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela *Fundação Pró-Instituto de Hematologia - RJ - FUNDARJ* contra o ato praticado pela *Dra. Vera Lúcia de Sant'Anna Gomes*, Curadora de Fundações da Capital e Supervisora da Provedoria de Fundações, através do qual considerou nula a eleição do Conselho Diretor da citada Fundação e nomeou interventor provisório pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Às fls. 02/08, encontra-se a exordial, na qual o impetrante alega, em síntese, o seguinte:

1 - que o ato impugnado seria arbitrário e ilegal, violando direito líquido e certo da impetrante de exercer regularmente sua administração, visto que o pleito realizado em 16/10/96 para escolha do novo Conselho Diretor obedeceu ao Estatuto da Fundação.

2 - que a Sra. Curadora de Fundações da Capital, com seu ato, substituiu-se à autoridade judicial competente para declarar a nulidade de atos praticados pela impetrante, eis que somente através de medida judicial seria possível a remoção do Conselho Diretor.

3 - que a Dra. Curadora de Fundações da Capital agiu com abuso de poder, pois excedeu os limites de sua atribuição, posto que a Resolução nº 68/70 - PGJ determina que, no caso de remoção dos administradores e declaração de invalidade ou ineficácia de seus atos, deveria a Provedoria recorrer ao Poder Judiciário.

4 - que seu ato não foi fundamentado, não tendo a Sra. Curadora explicitado os motivos de sua decisão, tampouco demonstrado a existência de gesto irregular ou ruínoza que justificasse a medida impugnada.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 09/82, destacando-se:

a - Cópia da comunicação escrita através da qual foi comunicado ao Presidente do Conselho Diretor da FUNDARJ a decisão ora impugnada (fls. 09/13).

b - Cópia da Resolução nº 068/79, da Procuradoria Geral da Justiça, na qual estão estabelecidas as normas de atuação dos órgãos do Ministério Público e da Procuradoria Geral da Justiça em matéria fundacional (fls. 39/ 80).

Às fls. 83 e verso, o eminente Dr. *Gabriel de Oliveira Zefiro*, Juiz de Direito à época em exercício perante a 4a. Vara da Fazenda Pública desta Capital, proferiu decisão interlocutória sobre o pedido de liminar constante na inicial, indeferindo-a, nos seguintes termos:

“O ato impugnado tem a seu favor a presunção de legitimidade, regra geral aplicável aos atos administrativos. Não é o caso de deferimento de liminar.”

A autoridade apontada como coatora apresentou suas informações às fls. 87 *usque* 112, demonstrando profundo conhecimento jurídico sobre a matéria, esclarecendo, em resumo, o seguinte:

1 - que o Juízo Fazendário é incompetente para apreciar o presente *mandamus*, visto que o ato impugnado tem caráter de medida de provedoria, sujeita à competência do Juízo de Órfãos e Sucessões, e Provedoria, conforme determina o art. 87, II, do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, citando como precedente o Processo nº 12.003, em que o Magistrado *David Mussa*, à época Juiz Titular da 1a. Vara de Fazenda Pública, considerou-se incompetente para apreciar o mandado de segurança impetrado pela *Fundação Educacional Unificada Campograndense* contra o ato do então Curador de Fundações, Dr. *Sérgio de Andréa Ferreira*;

2 - que, antes de recorrer ao Judiciário, o impetrante deveria ter recorrido administrativamente ao Procurador-Geral de Justiça;

3 - que é função do Ministério Público velar pelas fundações de direito privado, exercendo atividade de administração pública, congregando fiscalização com prestação de serviço público, em prol das fundações, para pre-

servação da fidelidade da atuação de seus administradores aos fins determinados pelo instituidor;

4 - que, em matéria de fundações, a provedoria administrativa está atribuída ao Ministério Público, por sua Provedoria de Fundações, só havendo a participação do Judiciário quando não é dotada a atuação do Ministério Público de **auto-executoriedade**;

5 - que os atos direcionais da fundação, quando há desvio do fim de utilidade social, devem quedar-se, imperativamente, ao controle e fiscalização do Ministério Público, por sua Provedoria de Fundações, como órgão de tutela do superior interesse público, na preservação do objetivo institucional de ordem pública.

6 - que o Ministério Público, por sua Curadoria de Fundações, pode adotar, *ex autoritate propria*, providência acautelatória que vise à preservação do fim de utilidade social contra atos capazes de lesar a estabilidade ou a própria continuidade da fundação.

7 - que o ato praticado pela Curadoria de Fundações da Capital não foi praticado com abuso de poder, muito menos com as ilegalidades apontadas na inicial, tendo sido a decisão tomada em razão das diversas irregularidades apuradas na sindicância nº 18.373/96 - MP, instaurada naquele órgão, dentre elas a transferência do setor de compras da FUNDARJ para a Diretoria da Administração da Hemo-Rio, órgão estranho à fundação, contratação irregular de funcionários e transição eleitoral eivada de vícios, estando seu ato amparado pela Resolução nº 068/79 da PGJ, em seu parágrafo 3º do art. 38, no art. 26 do Código Civil e art. 32 da Lei Complementar nº 28/82.

As informações vieram acompanhadas dos documentos de fls. 113/195, destacando-se:

a - Petição do Brigadeiro *Hermano Paes* apontando diversas irregularidades, ocasionando a instauração de sindicância pela Provedoria de Fundações (fls. 113/114);

b - Ata da reunião do Conselho Diretor de 20/09/96, onde o Brigadeiro *Hermano Paes Vianna* demonstra o desejo de ser reconduzido (115/122);

c - Cópia do convite enviado ao brigadeiro *Hermano Paes Vianna* pela Diretoria do Conselho Curador da FUNDARJ, em que foi omitida a pauta de assuntos que seriam tratados, que, diversamente daqueles enviados aos outros eleitores, consta toda a pauta da reunião, demonstrando, desta maneira, a intenção de afastar o brigadeiro da reunião, levando os membros do conselho a pensar que o mesmo não concorreria à reeleição (fls. 123/124).

d - Ata do Conselho Diretor Curador onde se omitiu a vontade expressa do Brigadeiro *Hermano* em disputar as eleições, apresentando-se chapa única aos eleitores, induzindo-os a erro (fls. 125/129);

e - Diversos documentos demonstrando a recusa da Diretoria da FUNDARJ em colaborar com a sindicância da Curadoria de Fundações e a existência de contratações irregulares.

Às fls. 198/205, a impetrante interpôs recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão de fl. 83 e verso, que indeferiu o pedido de liminar pleiteada na inicial.

Às fls. 208, foi comunicado ao juízo da 4a. Vara de Fazenda Pública a decisão da eminente Des. *Helena Bekhor*, que, na qualidade de Relatora do Agravo de Instrumento interposto pelo impetrante perante a 8a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, negou efeito suspensivo ao mencionado recurso, mantendo, desta maneira, os efeitos da decisão do Dr. *Gabriel de Oliveira Zefiro*, que indeferiu o pedido de liminar.

A Curadoria de Fazenda oficiou no feito à fl. 267, opinando pela procedência do pedido.

À fl. 268, encontra-se a decisão do Exmo. Sr. *Anthero da Silva Gaspar*, Juiz de Direito à época em exercício na 4a. Vara de Fazenda Pública, concedendo a liminar pleiteada, suspendendo os efeitos do ato da Curadoria de Fundações.

Irresignada, a Curadoria de Fundações recorreu à Presidência do Tribunal de Justiça deste Estado, requerendo a suspensão da execução da liminar deferida.

À fl. 274, encontra-se a decisão do Exmo. Des. *José Lisboa da Gama Malcher*, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, suspendendo a execução da liminar proferida nestes autos nos seguintes termos:

“A liminar foi deferida para impedir a nomeação de administração provisória para a impetrante. Mas a liminar inspira o perigo de grave lesão à ordem pública. O conceito de ordem pública, conforme assentado pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, abrange também o de ordem administrativa. E, neste aspecto, o ato subverte a ordem administrativa ao inibir o Ministério Público de procurar os meios de exercício de função inerente que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico. É função inerente ao Ministério Público velar pelas fundações. E o ato de natureza administrativa que, diante de indícios de conduta irregular, determina o retorno provisório de ex-administrador para a fundação é resultado desta função inerente ao Ministério Público. A liminar, desacompanhada de qualquer fundamentação, impede o Ministé-

rio Público de velar pela fundação e prevenir eventual manuseio de dinheiro público sem obediência à finalidade que lhe é peculiar. Isto posto, defiro o pedido e suspendo a execução da liminar proferida pelo MM. Juízo da 4a. Vara de Fazenda Pública..."

A autoridade apontada como coatora, juntamente com o recurso dirigido à Presidência do Tribunal de Justiça, interpôs Agravo de instrumento perante a 8a. Câmara Cível visando à suspensão dos efeitos da liminar concedida, tendo a Exma. Des. *Helena Bekhor* concedido efeito suspensivo ao Agravo para determinar suspensão de liminar, conforme consta do ofício de fl. 280 e da cópia da decisão de fl. 281.

Instado o Estado a oficiar no feito, ofereceu seu pronunciamento às fls. 285/289, pugnando pela concessão da segurança.

Este o relatório.

Os autos estão com vista ao Ministério Público, que passa a emitir seu pronunciamento sobre a demanda.

Em Reunião Extraordinária do Conselho de Curadores da FUNDARJ, realizada em 26 de setembro de 1996, foi eleito o novo Conselho Diretor da *Fundação Pró-Instituto de Hematologia - RJ*, para exercer o mandato pelo período de 2 (dois) anos, sob a Presidência do Dr. *Robson Alencar Torres*, em pleito no qual somente concorreu a chapa da Diretoria eleita – **chapa única**.

A Curadoria de Fundações da Capital, órgão do Ministério Público com a atribuição legal de velar pelas fundações situadas na Capital, conforme o disposto na Resolução nº 068/79 da PGJ, acostada aos autos às fls. 39/80, diante dos vícios ocorridos no pleito que elegeu a nova diretoria da FUNDARJ, bem como dos sérios indícios de administração irregular, houve por bem determinar a intervenção provisória na fundação, tornando sem efeito a posse da nova Diretoria e nomeando o Dr. *Hermano Paes Vianna*, ex-Diretor Presidente da Fundação, interventor provisório pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Primeiramente, cabe ressaltar o preceito insculpido no art. 26 do Código Civil:

"Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas."

O Código Civil pátrio atribuiu ao Ministério Público o mister de velar pelas fundações de direito privado em nosso país, e este é exatamente o ponto nodal da questão em foco, isto é, quais são os limites e formas de atuação do *Parquet* nesta missão.

Em verdade, o tema em análise é pouco comentado pelos juristas pátrios, refletindo a dificuldade de sua compreensão pelos Juízes, Promotores e Advogados quando se deparam com questões fundacionais.

Assim, é do sucinto art. 26 do Código Civil que o aplicador do direito deverá se valer, em primeiro plano, para decidir as questões sobre a atuação ministerial na tarefa de velar pelas fundações, e neste sentido somente será possível através de um exercício de interpretação.

Segundo ensina o Prof. ROBERTO PIRAGIBE DA FONSECA, em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito* - 6a. Edição, pág. 137 - "*Interpretar o direito é determinar o seu exato sentido, isto é, estabelecer o justo alcance da regra jurídica.*"

Assim, se o legislador conferiu ao Ministério Público a função de velar pelas fundações, é porque pretendeu conferir ao órgão ministerial amplos poderes para o exercício desta função.

Ora, caso o legislador entendesse de podar a atuação ministerial, e subordiná-la à apreciação judicial, não teria RUI BARBOSA, em sua tarefa de revisão, modificado o projeto do Código Civil para dar o real alcance ao vernáculo, eis que o mesmo tinha a seguinte redação:

"Proj.: Art. 29. As fundações ficarão sob a inspeção do Ministério Público do Estado onde estiverem situadas."

O mestre, ao trocar a expressão **inspeção** por **velar**, pretendeu evidenciar que coube ao Ministério Público a função de exercer de forma ampla e irrestrita esta tarefa legal, demonstrando, destarte, seu notável conhecimento da língua pátria, que não só deslumbrava os juristas, como até mesmo os literários.

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, ex-Procurador Geral de Justiça, Desembargador Federal aposentado, Professor e Mestre em Direito Administrativo, que foi titular durante anos da Curadoria de Fundações da Capital, escreveu sobre o tema em matéria publicada na Revista nº 3 da Procuradoria-Geral de Justiça:

"Com efeito, o art. 26 do Código Civil atribui ao Ministério Público esse encargo, sendo que a expressão velar é devida a RUI BARBOSA, porquanto, desde o projeto Clóvis, até a subida da matéria ao Senado Federal, fora utilizada inspecionar. O termo em questão é, contudo, muito mais abrangente do que este último, ou de fiscalizar, ou mesmo do que seu cognato vigiar. Em verdade, engloba o significado desses outros vocábulos,

e, ainda, o de estar atento, alerta, de proteger, de zelar, de cuidar."

Neste sentido, o eminente Ministro **Moreira Alves**, na qualidade de Relator do Recurso Extraordinário nº 81.427/76, no qual o recorrente *Avedis Karabachian*, então Diretor Presidente da *Fundação Karnig Bazariana*, afastado pela Curadoria de Fundações de São Paulo, pretendia ver reconhecida a tese de que o Ministério Público não poderia ter ingerência sobre a atividade dos administradores das fundações, teceu os seguintes comentários sobre o art. 26 do Código Civil:

"Velar pelas fundações é um dever do Ministério Público do Estado onde estão situadas, segundo a determinação do art. 26 do C.C. Velar significa estar atento, estar alerta, estar de sentinela, cuidar, interessar-se grandemente, proteger e patrocinar."

Nos autos do referido Recurso Extraordinário, o Ministro **Cordeiro Guerra**, ao apreciar a questão, manifestou-se nos termos abaixo:

"A meu ver, velar impõe a obrigação de agir conforme a necessidade de preservar a fundação, de modo que ela possa atingir seu fim. Acho que o Ministério Público tem dever de velar e requerer o que for necessário."

O Pretório Excelso, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 44.384, oriundo de São Paulo, concluiu que:

"Velar pelas fundações significa exercer toda a atividade fiscalizadora, de modo efetivo e eficiente, em ação contínua e constante, a fim de verificar se realizam seus órgãos dirigentes proveitosa gerência da fundação, de modo a alcançar, de forma completa, a vontade do instituidor" (STF - R.E. nº. 44.384)

Assim, o Ministério Público no exercício de seu **poder-dever** de velar pelas fundações tem a obrigação legal de estar sempre alerta a qualquer irregularidade que possa comprometer os elevados interesses sociais que norteiam a vida fundacional, agindo com rapidez e rigor nas medidas que se façam necessárias para assegurar a preservação das fundações sob sua proteção.

Em verdade, não poderia o órgão ministerial se quedar inerte frente às irregularidades constatadas pela Curadoria de Fundações, diante do risco de comprometer a existência e a continuidade da FUNDARJ, sendo certo que se fez necessária a medida impugnada, que tem natureza administrativa dotada de auto-executoriedade.

Neste aspecto, reside a incompreensão do impetrante, que, desconhecendo a natureza do ato impugnado, alega que a Dra. Curadora de Fundações "substituiu-se à autoridade competente para declarar a nulidade de atos praticados pela impetrante" – fl. 04/n. 6 – para tentar impor a necessidade de intervenção judicial nos atos de Provedoria.

TEREZINHA MARIA LÔBO SANTOS, Coordenadora do Centro de Apoio Operacional às Curadorias de Fundações da Bahia, em trabalho datado de 09/10/95 (que anexamos ao Parecer), elucida a natureza da função ministerial em matéria fundacional:

"Velar pelas fundações confere ao Ministério Público (MP) a auto-executoriedade de inúmeras medidas, sem recorrer ao Poder Judiciário, salvo nos casos previstos em lei, porquanto na área fundacional o Ministério Público exerce uma atividade administrativa, um poder de polícia.

É uma atividade discricionária da Instituição, onde há liberdade de atuar em prol da coletividade, porque a fundação é um patrimônio destinado ao povo ou pelo menos a uma parcela deste. A administração é que é particular, mas controlada pelo Ministério Público (controle externo)."

Assim não fosse, estaria podado o Ministério Público no exercício de seu dever de velar pelas fundações, visto que seria impossível alcançar o escopo da lei subordinando sua missão ao prévio conhecimento do Poder Judiciário, sob pena de, na maioria dos casos de administração irregular, ser o remédio aplicado tarde demais, em flagrante prejuízo aos interesses sociais.

Com razão HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAM MONTEIRO, em sua obra *Fundações no Direito Administrativo*, citando SEABRA FAGUNDES, asseveram o seguinte:

"Constatar a gestão nociva dos administradores e, apesar disso, deixá-los à testa da entidade, para afastá-los somente a final, após o demorado curso das vias contenciosas, quando talvez já inútil, praticamente o seu

afastamento seria uma negação dos fins sociais da vigilância estatal sobre as fundações."

Em verdade, no velamento das fundações, o Ministério Público exerce função típica de administração pública, não estando subordinado às vias judiciais, devendo, conforme sua conveniência e oportunidade, tomar as medidas de cautelas necessárias para a preservação da utilidade e continuidade das fundações, podendo, inclusive, determinar a intervenção provisória conforme o previsto na Resolução 68/79 (fls. 39/80).

E contra esta intervenção insurge-se o impetrante, alegando, no fundamental, que esta só poderia ser judicial. Contudo, tal afirmação é equivocada, posto que se trata de intervenção administrativa.

Neste sentido, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em trabalho publicado na Revista nº. 3 da PGJ (anexado ao parecer), explica o tema :

"A intervenção administrativa da espécie em pauta pode ter vários motivos e, conseqüentemente, conteúdos diversos. A designação de interventor, com ou sem o afastamento provisório, total ou parcial dos administradores, pode decorrer da ausência de administradores, ou, pelo menos de quorum suficiente para a deliberação (morte, renúncia); da não realização de eleições em época oportuna com permanência ilegal dos antigos administradores; para apuração de eventuais irregularidades etc.

Ao instituto, no que tange, especialmente, às fundações se refere MARCELO CAETANO: 'No Brasil, a medida é da alçada do Ministério Público. Sendo de natureza auto-executória, em princípio. A provedoria exercida pelo Parquet, em matéria fundacional, o seu velar pelas fundações, engloba, necessariamente o poder de intervir. O controle a ser efetuado, como já o acentuamos, é íntimo, permanente, amplo e profundo, do qual não pode estar ausente a providência cautelar da intervenção'

Ao MP estão implicitamente outorgados os instrumentos para o exercício de suas atribuições (implied power) pois que quem pode os fins, tem os meios. Outrossim, a índole cautelar do instituto administrativo, a urgência que cerca a necessidade de sua decretação, a par do princípio geral de inexistência de exigência legal de recurso ao judiciário, evidenciam seu caráter auto-executório...

*Ao Ministério Público cabe, como a qualquer órgão interventor, o dever de restringir às proporções estritamente necessárias a extensão da intervenção sob seus aspectos *ratione materiae, personae e temporis*, sendo sempre cabível a apreciação, a posteriori, pelos meios ordinários de controle da Administração Pública, da legalidade da medida."*

Outro não é o entendimento do saudoso magistrado *David Mussa*, então Juiz Titular da 1ª Vara de Fazenda Pública da Capital, que, ao proferir sentença nos autos do Mandado de Segurança nº 012.003/78, que mereceu a honra de ser publicada na íntegra pela *Revista de Direito* nº 9 da Procuradoria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, analisou o tema da seguinte maneira:

"Não será certo dizer-se que o velamento, de que se incumbem o Ministério Público, ante o art. 26, do Código Civil, se reduza ao mero exercício de ações judiciais, formalmente capituladas no Código de Processo Civil, que, então, preencheria o papel normativo de complementar o comando, que, na disposição de direito privado, se formulou. O art. 26, do Código Civil, conta com enunciado, amplo e geral: dispõe sobre potestas à jurisdição, que é vinculada, mas preceitua, também, sobre potestas de administração, que é discricionária. O Ministério Público pode adotar, quando deva, cautela extraprocessual e, por conseguinte, de cunho administrativo, para afeiçoar os meios patrimoniais da fundação e seu fim de utilidade social (...) Se assim é, não será jurídico restringir-se a atuação do Ministério Público, quando vela pelas fundações, ao puro exercício de remédios judiciais, que se preconizam, expressamente, no Código de Processo Civil (...)"

Com a limitação, não se compadecerá o intérprete – por mais elevado seja o renome, entre os juristas de escol – com a verdadeira exegese do art. 26 do Código Civil, que conferiu ao Parquet, tanto a potestas vinculada de provocar a jurisdição, quanto a potestas discricionária, extrajudicial e, pois, administrativa, de exigir, por autoridade própria, a órgão diretivo da fundação, o rigoroso atendimento a seus fins institucionais...

A tutela do fim de utilidade social – que supõe a potestas de intervir, discricionariamente ou vinculadamente, conforme o caso, na fundação, ante ao superior interesse Público – é que justifica a fórmula, ampla e geral, com que redigiu o art. 26 do Código Civil...

O art. 26 do Código Civil não declarou que o velamento, pelo Ministério Público, só compreenda o exercício de ações judiciais...

É que o art. 26 do Código Civil, por sua mens legis, reputou ser o velamento, atividade tutelar do fim de utilidade social, por superior interesse Público.

*A atuação do Ministério Público, na tutela, por superior interesse Público, do fim de utilidade social, não se circunscreve, porém, ao exercício de ações judiciais: amplia-se ao desempenho da potestas de administração – que é discricionária, consistente que o é, essencialmente, consoante a lúcida concepção do magnífico MAURICE HAURIOU, 'No poder de apreciar a oportunidade da adoção de certa medida administrativa, a fim de evitar-se qualquer nocividade ao propósito de utilidade social, a que está jungida toda a atividade da fundação' (Apud ONOFRE MENDES JUNIOR, *Direito Administrativo*, Ed. Bernardo Álvares, 1961, pág. 177)...*

O Ministério Público, na tutela do fim de utilidade social, a que se obriga a fundação, atua, por superior interesse Público, no exercício de administração pública de interesse privado, de ordem pública...

O Ministério Público, ainda no exercício de administração pública de interesse privado, de ordem pública, pode adotar, ex autoritate propria, com sentido prudencial – como, na hipótese, o fez a providência acautelatória, que visou, iniludivelmente, como tantas outras, típicas e atípicas, de todo viáveis, à preservação do fim de utilidade social, contra atos capazes de lesar a própria continuidade da fundação"

Desde logo, rogo vênia pela transcrição dos ensinamentos dos juristas acima, deixando claro que anexe ao presente todos os trabalhos citados, que passam a fazer parte integrante deste parecer.

Destarte, esclarecido que a atividade ministerial na tutela e velamento das fundações, com fulcro na atribuição conferida ao *Parquet* pelo art. 26 do

Código Civil, é sobretudo de natureza administrativa sujeita à conveniência e à oportunidade do Ministério Público, que por sua natureza possuem essencialmente o atributo da auto-executoriedade, insurge-se de forma clara e cristalina à impropriedade de condicionar esta atuação ao prévio conhecimento do Judiciário.

Feitas estas primeiras considerações, passo a analisar a legalidade do ato impugnado.

Especificamente, em matéria de fundações, a atuação ministerial é ditada pelos arts. 24 a 30 do Código Civil, arts. 1.199 a 1.204 do C.P.C., pela Resolução nº 068/79 e pela Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 028/82).

Já tendo sido apreciado o enunciado do art. 26, do Código Civil, passamos a análise da Resolução nº 068/79 - PGJ, que estruturou o sistema de Provedoria de Fundações, estabelecendo normas para a atuação dos órgãos do Ministério Público e da Procuradoria-Geral da Justiça em matéria fundacional, que, pelo seu pioneirismo e detalhamento, é conhecida nacionalmente como verdadeiro Código das Fundações.

A Curadoria de Fundações da Capital foi instituída pelo inciso II, do art. 1º da Resolução 68/79, órgão que tem a supervisão da Provedoria de Fundações, consoante o inciso I, do mesmo artigo.

No exercício do velamento das fundações, coube-lhe a atribuição de adotar as medidas previstas no art. 38 da citada Resolução, tendo sido previsto no parágrafo 2º, do art. 39, da mesma, a possibilidade do Procurador Geral de Justiça designar administrador provisório para determinada fundação, com ou sem afastamento provisório dos administradores, nos casos previstos nos incisos I, II, III e IV, destacando-se a hipótese prevista no inciso III, qual seja, *"verificação de irregularidades graves na administração da entidade."*

Com a superveniência da Lei Complementar nº 028/82, que dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ficou estabelecido, no seu art. 32, que compete aos Curadores de Fundações, entre outras atribuições:

"Art. 32 (Lei nº 28/82):

VIII - promover a remoção de administradores das fundações, no caso de gestão irregular ou ruínosa, e a nomeação de quem os substitua;

IX - promover a declaração de invalidade ou de ineficácia de atos praticados pelos administradores das fundações;"

Assim, neste ponto, a Resolução nº 68/79, que atribuía ao Procurador-Geral de Justiça a atribuição de **promover a intervenção administrativa provisória**, foi revogada pela Lei nº 028/82, passando a ser atribuição do Curador de Fundações a promoção de intervenção nas fundações.

Frise-se que, não obstante existir a possibilidade de *intervenção judicial*, esta sempre de caráter definitivo e submetida ao crivo do Poder Judiciário, no caso em tela, estamos diante de **intervenção de natureza administrativa**, fundada nos mencionados dispositivos legais, com fulcro originário no dispositivo do art. 26 do Código Civil, que outorgou ao Ministério Público os poderes implícitos para o exercício do velamento das fundações, atividade que tem natureza de administração pública de interesses privados, na defesa da ordem pública e dos superiores interesses sociais inerentes ao tema.

Destarte, o que difere a intervenção administrativa da judicial é exatamente sua natureza provisória, que visa acautelar os interesses da fundação diante do risco de ver-se comprometida na sua continuidade. Assim, diante da existência de irregularidades na administração da fundação, que possam comprometer sua existência, age o *Parquet* sempre com autoridade própria e de acordo com sua conveniência e oportunidade, visando alcançar o escopo de **velar** pela causa fundacional.

Cumprе ressaltar que no presente *mandamus* deve-se apreciar, apenas, a legalidade e a conveniência do ato que decidiu pelo afastamento dos Diretores da FUNDARJ, com a nomeação de interventor provisório.

Quanto à legalidade do ato, não resta dúvida que o mesmo está amparado na lei, conforme já exposto.

No que diz respeito a sua conveniência, de outra forma não poderia agir o *Parquet*, que, diante dos fatos levados ao seu conhecimento e relatados nas informações de fls. 87/112, viu-se obrigado a tomar a medida ora impugnada, sob pena de prevaricar no exercício de seu **poder-dever de velar pelas fundações**.

Demonstrada a legalidade e a conveniência do ato, está afastada sua apreciação pela via mandamental, isto porque é pacífico que nesta via não existe âmbito para a dilação probatória, imprescindível, neste ponto, para a apreciação do mérito da medida administrativa adotada pela Curadoria de Fundações da Capital, no exercício de suas atribuições legais e institucionais.

Neste sentido, transcrevo parte da decisão de fls. 274/276, proferida pelo Exmo. Des. *Gama Malcher*, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de nosso Estado, que, ao cassar a liminar anteriormente concedida nestes autos, pronunciou-se pela legalidade da medida impugnada nestes termos:

“ É função inerente do Ministério Público velar pelas fundações.

E o ato de natureza administrativa que, diante de indícios de conduta irregular, determina o retorno pro-

visório de ex-administrador para a fundação é resultado desta função inerente do Ministério Público."

Nunca é demais citar o magnífico Prof. J. M. DE CARVALHO SANTOS, que em sua obra *Código Civil Interpretado*, Ed. Freitas Bastos, 3a. Edição, 1942, p. 409, transmitiu com toda sua sabedoria a importância do velamento estatal sobre as fundações:

"1 - Fiscalização por parte do Estado. Fácil é justificá-la. A fundação é na essência uma doação feita ao povo, ou é uma parte mais ou menos determinada dele. É justo, pois, que o estado, em nome desse povos, exerça a devida fiscalização, para que a administração não arruine a instituição, com má orientação, assim como no desempenho de sua missão de defesa dos interesses sociais vele pelos interesses da instituição que pro bono publico foi criada."

Desta maneira, sendo o Ministério Público o órgão do Estado incumbido desta missão, torna-se claro que sua atuação é regida pelos princípios da administração pública, dentre eles o de exigir, *ex auctoritate propria*, o cumprimento de medidas extrajudiciais que visem à preservação do interesse público.

Por derradeiro, entendo ser o juízo fazendário competente para apreciar o presente processo, visto que o art. 97, do CODJERJ, determina que os mandados de segurança contra atos praticados pelas autoridades estaduais são de competência dos Juízes de Direito das Varas de Fazenda Pública, ressalvada a competência originária dos Tribunais, não sendo necessário o esgotamento da via administrativa para a impetração de mandado de segurança.

Pelo exposto, com o devido respeito ao ilustre e digno Curador de Justiça que emitiu o parecer de fl. 267, o Ministério Público pede vênias para retificá-lo, passando a opinar pela denegação da ordem pleiteada face à manifesta legalidade do ato, bem como pela impropriedade da via mandamental para a apreciação de seu mérito.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 1997

AMÉRICO LÚZIO DE OLIVEIRA FILHO
Promotor de Justiça