

anular o processo a partir da sentença de fls. 87 inclusive, a fim de que, rejeitada a arguição de carência de ação, outra se profira, como de direito, com exame do mérito.

Em ação de responsabilidade civil pela morte do marido da primeira e pai dos demais autores, menores impúberes, foi prolatada a sentença de fls. 87 em que se julgou extinto o feito pela transação entre as partes.

Apelaram os autores, argüindo a nulidade da alegada transação, por falta de autorização judicial, pois envolveu interesse de menores e sustentando, além disso, que o acordo aludido não abrangeu todos os aspectos do direito dos autores. Há razões de apelado.

A Ilustrada Procuradoria da Justiça oficiou, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Nula é a transação que envolve interesse de incapazes, sem a assistência do M.P., caso em feito judicial, e de qualquer maneira sem autorização expressa da autoridade judiciária competente.

No caso dos autos, verifica-se que tal transação foi realizada em escritura pública, intervindo a primeira autora por si e por seus filhos menores, munida de alvará judicial que lhe permitia receber importância de seguro, mas não fazia qualquer referência à representação dos incapazes. Ou seja, sem autorização alguma para transacionar com o interesse dos menores, firmou ela escritura pública em que fazia precisamente isso. Logo, tal acordo não pode preevalecer contra o interesse dos menores. Poderá, se tanto, valer contra a primeira autora, a menos que esta prove a alegação feita de que foi viciada a manifestação de sua vontade.

Por tais fundamentos, não pode prosperar a arguição de carência de ação, nos termos amplos em que foi formulada. Em conseqüência, é de ser anulado o processo a partir de fls. 87, inclusive, para que outra sentença se profira, concluída a instrução, com exame do mérito, prosseguindo a presença do M.P. no feito, no interesse dos incapazes autores.

Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1978.

Miranda Rosa, Presidente e Relator.

PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Processo n.º 12.003

1.ª Vara da Fazenda Pública

Mandado de Segurança

Impetrante: F. E. e U. C. (FEUC)

Impetrado: Curador de Fundações do Ministério Público Estadual

S E N T E N Ç A

Vistos etc.

F. E. e U. C. (FEUC), representada por seu presidente, acostada em procuração e documentos, impetrou, com fulcro em permissivo constitucional, o presente **mandado de segurança**, com pretensão ao benefício, *in ius litis*, contra ato do CURADOR DE FUNDAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, o doutor **Sérgio de Andréa Ferreira**, que, de modo arbitrário, ao reiterar o expediente, para o bloqueio de suas contas, junto ao Banco do Brasil S.A. e Banco Real S.A., lhe violou o direito

subjetivo, líquido e certo, de gerir os negócios e as economias: é titular da importância de Cr\$ 1.259.888,53, por três contas, mantidas nos estabelecimentos creditícios, que, antes, mencionou; a atual diretoria, a partir de sua posse, em 28-12-76, tentou liberar, junto aos estabelecimentos bancários, as contas, mas não o conseguiu, sob o fundamento de que não possuíam, para tanto, a autorização do impetrado; não é, porém, a primeira violência, de que foi vítima, pois já antes, o impetrado lhe fez indevida intervenção, na entidade, mas sentença mandamental do Juízo da 2.^a Vara da Fazenda Pública a repeliu; assim agindo, o impetrado impediu, ilegalmente, que se valesse de conta de crédito educativo, posta à sua disposição, em depósito bancário, pelo Ministério da Educação e Cultura, a fim de custear o pagamento das mensalidades escolares de setenta e cinco universitários, que, por essa forma, verão frustrada a possibilidade de fazer provas parciais, em dezembro próximo, por falta de recursos, não obstante a imediata providência, tomada pelo Governo Federal; ao órgão do Ministério Público é ilícito promover a anulação de qualquer ato jurídico, resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude, em conformidade com os artigos 157 e 158, do Código Civil; não existindo, entretanto, qualquer notícia de que o impetrado, no uso de suas atribuições legais, esteja tomando alguma medida para que anule a ata de eleição da atual diretoria da entidade, nada há, legalmente, que a impeça de gerir as economias e os negócios, e, por via de consequência, as contas bancárias; considerando, pois, que se cometeu, contra a entidade, indiscutível violência, com evidente abuso de poder, é certo que se justifica a impetração da segurança, com base no artigo 5.^o, III, da Lei n.^o 1.533, de 31-12-51 (fls. 2 *usque* 5 e 6 *usque* 36).

O Juízo não conferiu à impetrante a cautela liminar (fls. 37).

O impetrado, de vez que notificado, prestou **informações**, sob os básicos argumentos, que, só em resumo, se enunciam: **preliminarmente** — falta capacidade processual à impetrante, que, por seu presidente, não tem a aptidão de fazer-se presente, nesta causa; nomeado que o foi, para a entidade, pelo então Procurador-Geral da Justiça, administrador provisório, a sentença mandamental, que proferiu o Juízo da 2.^a Vara da Fazenda Pública, quanto à ineficácia da sua designação, não julgou da legitimidade, ou não, da atual diretoria, que, em verdade, se apodeou da instituição; não tendo efeito suspensivo a apelação, que, da sentença mandamental, interpôs o Estado, fez postular, perante o Juízo da 2.^a Vara da Fazenda Pública, a nomeação, para a entidade, de administrador provisório; o Juízo da 2.^a Vara da Fazenda Pública considerou, outrossim, que o expediente requerido não se restringia ao aspecto cautelar, mas tinha o caráter de medida de provedoria, sujeita à competência do Juízo de Sucessões, nos termos do artigo 87, II, da vigente Lei de Organização Judiciária, local; o processo, de que consta, agora, tal pretensão, encontra-se pendente de decisão, pelo Juízo da 1.^a Vara de Órfãos e Sucessões, no Cartório do 2.^o Ofício; de mais a mais, há erro, no endereçamento do **writ**, que deveria ser dirigido, contra o Fiscalizador Direto, designado, a 6-9-77, pelo Procurador-Geral da Justiça; no mais, o presente pedido não pode ser atendido, conquanto já apreciado pelo Juízo da 2.^a Vara da Fazenda Pública; **no mérito** — o ato do Ministério Público, relativo aos saldos bancários, não constituiu indiscutível violência, nem medida de perseguição a quem quer que seja; tratou-se de medida cautelar, de caráter administrativo, perfeitamente enquadrável nas atribuições do **Parquet** e absolutamente necessária ao caso; tendo sido esbulhadas as dependências da entidade, impedindo-se a assunção do exercício do administrador provisório designado, além da entrada do representante do Ministério Público, procedeu-se à comunicação nos estabelecimentos de crédito, com depósitos da FEUC, de que qualquer saque, que se viesse a fazer, só teria legitimidade, mediante comprovação de prévia autorização da Curadoria de Fundações; face à indagação do Banco Real S.A., no sentido de que se confirmasse, ou não, essa medida acatelaatória, e ante a sentença mandamental da 2.^a Vara da Fazenda Pública, solicitou ao Curador da Fazenda Pública, ali em exercício, que submetesse o problema à apreciação daquele Juízo; o Juízo da 2.^a Vara da Fazenda Pública proferiu, então, a esse respeito, despacho, onde dispôs que a exigência do visto em cheques não pode ser considerada decorrência necessária do ato de intervenção, declarado ine-

ficaz pela sentença mandamental; foi mantida, conseguintemente, a decisão cautelar anterior, da Curadoria de Fundações, expedindo-se, então, os ofícios ao Banco Real S.A. e Banco do Brasil S.A.; verifica-se, por isso mesmo, que inexistiu bloqueio de contas, mas só atividade acautelatória de prévia manifestação da Curadoria de Fundações, para a movimentação dos depósitos; se ao Ministério Público — a que a lei confere a grande responsabilidade de velar pelas fundações — não for legítimo prevenir prejuízos, em detrimento da entidade, sob a sua provedoria, será melhor retirar-lhe essa competência do que mantê-la, negando-lhe os meios, ao mesmo tempo condignos e eficazes, de defesa da instituição fundacional; espera, por conseguinte, que, caso se não acolham as preliminares, que suscitou, se denegue, quanto ao mérito, a impetração da segurança (fls. 38 e 39 *usque* 47).

O Estado do Rio de Janeiro, convocado a intervir, na posição de litisconsorte, secundado pelo doutor 1.º Curador da Fazenda Pública, sustentou, fundamentalmente, que a Curadoria de Fundações não bloqueou os depósitos bancários, imotivada e indeterminadamente: exigiu, apenas, por medida de cautela, o controle prévio, de sorte que as ordens de pagamento fossem submetidas, de modo antecipado, ao seu visto liberatório; essa providência, de todo legítima, subsume-se, sem nenhuma dúvida, no poder de vigilância do órgão impetrado; nessas condições, não pode ser acioimada de violenta, nem incide em abuso de poder; abuso de poder existiria, se a Curadoria de Fundações recusasse visto liberatório a pagamentos, justificados pelas necessidades dos serviços da fundação, ou para a conservação das suas instalações; como nenhuma solicitação de visto foi submetida, concretamente, ainda, à Curadoria de Fundações, o que ocorre, simplesmente, é o exercício de faculdade própria, e regular, dentro dos poderes, que a lei conferiu ao órgão do Ministério Público (fls. 39, 49 e *usque* 51 e 52).

O Juízo determinou que fossem demonstrados, por forma comprovada, o trânsito em julgado da sentença mandamental e o *decisum*, dado à providência, que se instaurou, no Cartório do 2.º Ofício, da 1.ª Vara de Órfãos e Sucessões (fls. 56, 57 *usque* 61, 63 *usque* 64, 66 *usque* 68, 69, 70 e 72 *usque* 73).

Os autos, após acertados, vieram conclusos para a prolação da sentença, de que trata o artigo 10, da Lei n.º 1.533, de 31-12-51 (fls. 53 *usque* 54, 65, 72 *usque* 73 e 74).

É O RELATÓRIO PARA O JULGAMENTO

1. Realizada, a 17-12-76, a assembléia geral extraordinária, para a eleição da diretoria da FEUC, em que foi escolhido, como o seu presidente, o professor G. F., que subscreveu o instrumento de mandato, a que se acostou o pedido inicial, sobreveio o ofício do impetrado, de 31-12-76, ao Banco Real S.A. e Banco do Brasil S.A., no sentido de que, por ter-se determinado a intervenção da entidade, com a nomeação do administrador provisório, sob o pretexto de vida tumultuada, por numerosos litígios judiciais, e desagradáveis incidentes policiais, lhes comunicava a exigência de que os saques, em contas bancárias da instituição, só teriam legitimidade, mediante comprovação de prévia autorização da Curadoria de Fundações (fls. 6, 8 e 58 *usque* 61).

O professor G. F. e outros componentes do Conselho Diretor da FEUC impetraram, porém, mandado de segurança, contra o ato de intervenção, e todas as suas conseqüências, perante o Juízo da 2.ª Vara da Fazenda Pública, que, por sentença de que se interpôs o recurso de apelação n.º 5.170 à Egrégia 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, local, sem prova de trânsito em julgado, concluiu, ao solver a questão: "concedo a segurança, para declarar ineficazes os atos de intervenção da fundação impetrada, com nomeação de administrador provisório, de suspensão de assembléias e eleições, e demais atos decorrentes da intervenção, inclusive o ofício n.º 523, de 20-12-76, enviado ao senhor Oficial do Registro Civil das Pessoas Jurídicas" (fls. 15 *usque* 32, 70 e 73 — que se reporta ao agravo de instrumento n.º 1.310, e não à apelação n.º 5.170).

Registrada que o foi, ante o *decisum* mandamental, no Ofício das Pessoas Jurídicas, a ata da assembléia geral extraordinária, de 17-12-76, que elegeu a

atual diretoria da FEUC, não se pode afirmar, com exatidão jurídica, como o fez o impetrado, por sua peça informativa, que o presidente da entidade, de vez que escolhido, não tenha a capacidade de representá-la e, pois, de constituir advogado, para defender-lhe, *in iudicio*, os próprios interesses, enquanto não venha a ser declarado ineficaz, por sentença judicial, o processo eletivo (fls. 41 *usque* 44, item 2, e 61).

A pretensão, quanto à medida de providoria, do Ministério Público, formulada pelo Estado, perante o Juízo, competente — que não o da Fazenda Pública —, para a nomeação, pela Justiça, de administrador provisório, foi indeferida, *initio litis*, sob a assertiva de que, a essa altura, o ato interventivo traria resultados piores que os que redundam da manutenção do atual *status*, mas aguarda julgamento final, no Cartório do 2.º Ofício, da 1.ª Vara de Órfãos e Sucessões (fls. 43, 64, 67 e v. *usque* 68 e 70).

O ofício do Banco Real S.A., recebido pela Curadoria de Fundações, a 12-7-77, no intuito de consultar se o órgão do Ministério Público confirmava, ou não, o reclamo de prévia autorização sua, nas ordens de pagamento, emitidas pela administração da FEUC, foi submetido, como questão, a exame do Juízo da 2.ª Vara da Fazenda Pública, que, sobre o tópico, então estabeleceu: "a exigência de visto, nos cheques, todavia, não pode ser considerada uma decorrência necessária do ato de intervenção" (fls. 45).

Dai o expediente da Curadoria de Fundações, de 6-9-77, ao Banco Real S.A. e Banco do Brasil S.A., sob a perspectiva de manter a cautela de que os saques, em contas da entidade, reclamam comprovação do seu prévio assentimento (fls. 12).

Conquanto outro não seja o ato, que, no *writ*, se impugnou, o *remedium iuris* deve ser dirigido, contra o Curador de Fundações, que o perpetrou, mas não contra o Fiscalizador Direto, conforme o sugeriram as informações (fls. 12 e 44).

Na conceituação da lei específica, a autoridade coatora é o agente público, responsável pela edição do ato, que lesa, ou, apenas, ameaça lesar, por ação, ou emissão, direito subjetivo, líquido e certo, de que seja titular a pessoa, física ou jurídica.

O próprio Juízo da 2.ª Vara da Fazenda Pública exclui do âmbito do *mandamus*, que, a 27-5-77, julgou, o *thema decidendum*, objeto da presente via eleita, uma vez que, por despacho, noticiado nas informações, e no ofício, encaminhado aos estabelecimentos bancários, estatuiu o entendimento de que a exigência, pelo órgão do Ministério Público, do visto, nos cheques, não advém, necessariamente, do ato de intervenção, que, aliás, cassou, pela segurança, que, a prol da atual diretoria da FEUC, conferiu (fls. 12, 15 *usque* 32 e 45).

O litígio, que, ora, se versa, não pende de julgamento, pois, em outro processo mandamental, nem foi dirimido por sentença passada em julgado.

Vê-se, em consequência, que as três questões, que, à guisa de *matéria preliminar*, arguiu, o impetrado, com o endosso do Estado, não merecem o agasalho deste Juízo.

2. O *contraditório* que, aqui, se delinea, leva este Juízo a investigar se, na aptidão, que se outorga, pelo artigo 26, do Código Civil, ao Ministério Público, quanto a veiar pelas fundações, tem esse órgão, o poder jurídico, próprio à autoridade pública, de auto-execução de medida administrativa de cautela, consistente na decisão de exigir, para o pagamento dos cheques, emitidos pela atual diretoria da FEUC, prévia autorização sua.

O problema é, frente ao ordenamento positivo, dos mais conturbados, e o seu correto deslinde possui, para esta causa, dúplíce vantagem: (a) a de elucidar a natureza jurídica da atividade, que, por força de lei, se comete, na espécie, ao Ministério Público; (b) e, após o devido esclarecimento, a de responder à indagação sobre se o *Parquet* atua, com a prerrogativa de livre potestade, que lhe dê a cautela, de que foi ordenador e executor, o caráter de ato administrativo, suscetível de lesão a direito, e passível de correção por mandado de segurança.

3. Este Juízo, para a determinação da natureza da atividade do *Parquet* em velar pela FEUC, deve ater-se, com todo o rigor, ao exame sistêmico e, por conseguinte, coerente das normas que a regulam.

É que a sentença, cuja estrita função é a de tornar concreta a *voluntas legis*, na composição dos interesses em conflito, não convém apreciar, *plus ultra*, as opções crítico-doutrinárias, tão em moda no debate do tema.

O digno professor *Orlando de Oliveira Marinho*, em prestimoso trabalho, que, modernamente, redigiu, asseverou que "a atividade do Ministério Público, como agente fiscal das fundações, seja qual for a origem de sua instituição, decorre de expressas determinações legais, inseridas no *Código Civil*, no *Código de Processo Civil* e nas *leis orgânicas do Ministério Público* das diversas unidades federativas" ("O Ministério Público como Órgão Fiscalizador das Fundações", in "Revista de Direito Administrativo", vol. 114, out./dez. 1973, pág. 48).

Advirta-se, para logo, em que muitos civilistas se imbuíram do preconceito de que o artigo 26, do Código Civil, foi assaz parcimonioso quando apenas dispôs que "*velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas*": mantém-se, ainda hoje, tal ponto de vista, entre dois ilustres professores universitários — *Fernando Rudge Leite* e *Antonio Chaves* ("Natureza Jurídica da Fundação e a Alienabilidade de Seu Patrimônio", in *Anais da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie*, São Paulo, Saraiva, 159, págs. 22-31; e *Lições de Direito Civil*, Parte Geral IV, São Paulo, José Bushatsky, 1974, pág. 188).

Mais longeiramente, renomado advogado dos auditórios forenses da Cidade do Rio de Janeiro, *Milcíades Mário de Sá Freire*, escrevia, então, a esse respeito, *ser urgente que o Poder Legislativo regulamente esse preceito substantivo, a fim de tornar efetiva a vigilância* (que o causídico faz equivaler à *fiscalização*), *de cuja falta tanto se ressentem o funcionamento regular das fundações, estabelecendo-se a forma por que o Ministério Público há de exercer as atribuições, que, no particular, lhe concernem* (*Manual do Código Civil Brasileiro*, Parte Geral, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1930, vol. II, pág. 317).

Desconhece este Juízo que se tenham dado conta, porém, da realidade de que o artigo 26, do Código Civil, ao conceder, ao Ministério Público, *lídima potestas de velar pelas fundações* — o que significa, por forma mais explícita, que *lhe atribuiu o poder jurídico*, no sentido de fiscalizar-lhes a administração — já o fez, como *norma bastante em si*, de eficácia plena.

O verbo *velar* — que provém, do mesmo modo que o *vigiar*, de que é sinônimo perfeito, do latim *vigilare* — indica, só por só, de que medidas se há de incumbir o Ministério Público para o exercício do *poder jurídico*, que *lhe atribui a disposição civil* (*apud Antenor Nascentes, Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1955, 1.^a ed., 2.^a tir., tomo I, págs. 521 e 525).

É certo que *velar*, por sua acepção *própria*, contém, unicamente, a *idéia de estar alerta*, mas, em seu sentido *figurado*, transpõe o *estado de pura atenção*, para referir a *dúplice diligência de fazer com cuidado e evitar* (*apud Ernesto Faria, Dicionário Escolar Latino-Português*, Ministério da Educação e Cultura, 1956, 2.^a ed., pág. 1.029).

Velar comporta, pois, níveis gradativos de *diligência* que ascendem da *simples atenção de notar* o que se passa à *atividade de tomar todos os cuidados* — das cautelas antecipadas, por motivo de segurança, às providências definitivas, que desagüam na Justiça.

O artigo 26 do Código Civil erigiu, em verdade, o Ministério Público em *órgão de vigilância do cumprimento de fim de ordem pública*, que se concretiza no funcionamento da fundação: "*envolvido que é o interesse social na sua atividade, compete ao órgão do Ministério Público do Estado fiscalizar-lhe a atuação e velar por ela*" — disse-o, ao mesmo passo, o inclito professor *Caio Mário da Silva Pereira* (*Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, 1.^a ed., vol. I, pág. 253).

Note-se que a fundação, instituída por *ato, inter vivos* ou *causa mortis*, para ser pessoa jurídica, se organiza, por estatuto, que é a sua lei básica, mediante

a dotação de bens livres à manutenção de estabelecimento, a que se confia, independentemente do órgão direcional, que, apenas, lhe assegura a sobrevivência, a consecução de fim de interesse social (de interesse geral, nobre ou útil), porque se exerce, consoante a aguda observação do sumo jurisconsulto, que, por sem dúvida, o foi *Lacerda de Almeida*, "em proveito de certa classe de pessoas indeterminadas, ou de quaisquer pessoas indistintamente" (*Das Pessoas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Tipografia Revista dos Tribunais, 1905, págs. 65-7).

Perante o ordenamento jurídico, é, sempre, o fim de interesse geral, e, pois, o fim de ordem pública, inderrogável pela vontade dos administradores do ente fundacional, que lhe justifica a personalização.

Foi, com fulcro no entendimento, que o provento jurista *Orlando Gomes* afirmou ser o convertimento da fundação, sob administração unitária, em sujeito de direito, "uma construção da técnica jurídica, altamente valiosa, para a realização de fins nobres, ou, pelo menos, socialmente úteis" (*Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1957, pág. 186, n.º 115).

Acresceu, contudo, o erudito civilista: "a personalização do patrimônio afetado a um fim deve ser admitida, unicamente quando a sua destinação é uma obra de interesse geral; não há razão para permiti-la, quando a subjetivização carece de utilidade social" (op. e loc. cit., pág. 186, n.º 115).

Tem, por conseguinte, a fundação, no fim do interesse social (fim de ordem pública), que lhe dá unidade jurídica, pois a transforma em centro de imputação de relações jurídicas, o seu valor substancial.

Para a promoção do fim de interesse social, que lhe assinala o ato constitutivo, possui a fundação o seu corpo diretivo, que, por apenas concretizar, mediante atos materiais e jurídicos a vontade declarada do instituidor, assume a feição de seu órgão serviente.

Se, na fundação, a vinculação dos bens ao propósito de interesse social estatui a relação de meio a fim, é evidente que o faz, também, quanto à posição dos administradores (meio) para com as metas institucionais (fim).

Possui, em consequência, a fundação, no componente diretivo, puro valor instrumental, eis que os administradores, depois de investidos em suas funções, "não ficam adstritos a outro qualquer vínculo senão ao da realização dos fins, impostos pelo instituidor", no limpo pronunciamento do jurisconsulto *Vicente Rao* (*O Direito e a Vida dos Direitos*, Max Limonad, 1960, 2.º vol., pág. 269, n.º 14, nota f).

Mostrou conspícuo professor *Paulino J. Soares de Souza Neto*, com maestria, que "as fundações não têm órgãos soberanos que resolvam sobre seus objetivos, ou sobre sua existência, senão e apenas órgãos que as servem, que garantem seu funcionamento e sua administração, mas que nada mais são do que executores da vontade do fundador e das determinações da lei" (*Cadernos de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Haddad Editores, 1955, vol. II, pág. 101).

"A vontade do fundador é a única a imperar soberanamente" (*la volontà del fondatore impera sola e sovrana*) — proclamou-o, sugestivamente, *De Ruggiero* (*Instituições do Direito Civil*, trad. bras., São Paulo, Saraiva, 1957, vol. I, pág. 473).

Sujeita-se a fundação consequentemente, à vigilância do Ministério Público, por dupla *ratio juris*: (a) a primeira, de valia substancial, porque a fundação tem, por pressuposto necessário, o fim de interesse geral, nobre ou útil; (b) a última, de importância exclusivamente instrumental, desde que não são os seus administradores órgãos dominantes, antes se subordinam ao cumprimento de simples ofício, que os põe, quanto à gestão dos bens, em situação de estrita observância às finalidades institucionais (Cfr. *Orlando Gomes*, op. e loc. cit., pág. 196 e *Antonio Chaves*, op. e loc. cit., pág. 182).

O Ministério Público é, portanto, genuíno órgão de vigilância da intangibilidade dos meios e dos fins, por que sobrevive (continua a viver) a fundação.

Daí porque a vigilância do Ministério Público, para com a administração da fundação, se centra: (a) em inspecionar se os propósitos institucionais que se dirigem à ampla e indeterminada congêrie de pessoas, enquanto detentoras de

simples interesse aos benefícios, impostos pelo fundador, estão sendo preenchidos, ou se ocorrem ilícitas omissões e ilícitos desvios dos fins de interesse geral, nobre ou útil; (b) em fiscalizar-se os administradores, na gestão dos bens, atuam em exata adequação aos fins sociais, que, indeclinavelmente, devem ser por eles perseguidos.

O artigo 26, do Código Civil, sob o crivo da análise gramatical, evidencia, com ostensiva clareza que, na formulação lingüística do preceito, que o consubstancia, emprega, pelo *imperativo*, o futuro do presente simples — *velará por vele*, que é mais impositivo que *há de velar e tem de velar*.

A ordem inflexiva, insita no *vele* (*velará*), possui força bem maior que o futuro promissivo *há de velar* — que, de sua vez, por conter a idéia de *resolução*, é mais vigoroso que o futuro obrigatório *tem de velar*, indicativo da noção de obrigatoriedade moral, de acordo com o ensino do excelente gramaticólogo *Napoleão Mendes de Almeida* (*Gramática Metódica da Língua Portuguesa*, São Paulo, Saraiva, 1951, 5a. ed., pág. 192, n.º 356, letra b).

O magistral *Pontes de Miranda* afixou, porém, que, no artigo 26, do Código Civil, o *velará* está em vez de *tem e dever de velar*, por famoso parecer, de 2-4-60, sobre as atribuições do Ministério Público, frente à administração das fundações de direito privado (*in "Revista Forense"*, vol. 192, nov./dez. 1960, pág. 77).

Patenteia-se, aliás, que numerosos juristas, na interpretação da prescrição civil, só surpreendem, em sua redação, o aspecto de imputação de *dever*, ao Ministério Público, e nada mais.

A compreensão dos que se filiam ao entendimento da exclusiva subsistência do dever, conforme se lê em *Pontes de Miranda*, está em que, nas fundações de direito privado, se algum ato da diretoria se afasta dos fins institucionais, há infração do estatuto, ou da lei; e o que o Estado, de que é órgão o Ministério Público, pode fazer é pleitear a decretação de nulidade, ou de anulabilidade, ou a declaração de ineficácia, com as conseqüências normais, quanto ao exercício dos cargos; não há qualquer *relação jurídica de obediência* entre a fundação de direito privado e o Ministério Público; se a lei estabelece necessidade de *aprovação*, pelo Ministério Público, de algum ato, o órgão estatal apenas vela; dá-se o mesmo se a lei exige *permissão ou licença*; as sanções, em caso de infração da lei, são as do direito privado — *nullidade, anulabilidade, rescisão, ineficácia* (Parecer, de 2-4-60, *in "Revista Forense"*, op. e loc. cit., pág. 76).

O jurisconsulto notável, em defesa de sua tese, assentou, assim, o ponto de vista de que *"o poder de ingerência, de controle, é inconfundível com o dever de velar, de que resulta certa legitimação a pedir ou a requerer aos juizes; no poder de ingerência está implícita a ação de intervir, o ato; no poder de velar, não; quem tem a atribuição, apenas pode pedir que se execute o que o Estado prometeu, se há pretensão ou ação; o poder interventivo não tem apenas legitimação a que a justiça faça a prestação jurisdicional, que é em atos judiciais — é legitimado ao ato, a atos administrativos"* (Parecer, de 2-4-60, *in "Revista Forense"*, op. e loc. cit., pág. 76).

Para concluir, então, que se concedeu, apenas, "legitimação ao órgão do Ministério Público, para propor ações, ou requerer as medidas, que, em cada caso, caibam; não se criou nenhuma ação, ou medida; nem se lhe atribuiu qualquer ato administrativo" (Parecer, de 2-4-60, *in "Revista Forense"*, op. e loc. cit., pág. 77).

Partiu *Pontes de Miranda* da premissa — *data venia* incorreta — de que o Código de Processo Civil, de que trata o Decreto-lei n.º 1.608, de 18-9-39, por seu artigo 653, vigente à época do parecer, que, a 2-4-60, emitiu, *interpretou* o artigo 26, do Código Civil, e o *complementou*: "com exata compreensão do que estatuiu o Cód. Civil, no art. 26, explícito foi o Cód. de Proc. Civil, no art. 653; "velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas", disse o art. 26 do Cód. Civil; e o art. 653 do Cód. de Proc. Civil enunciou o que acima citamos ('o órgão do Ministério Público velará pelas fundações existentes na comarca, fiscalizando os atos dos administradores e promovendo a anulação dos praticados sem observância dos estatutos'); o velar, a vigilância, consiste, portanto, de acordo

com a regra jurídica explícita do art. 653, em fiscalização dos atos da administração; em exercício de ações, para as quais tem ele *legitimação*" (in "Revista Forense, "op. e loc. cit.", pág. 79).

O aserto do jurista eximio tem de ser reavaliado, sob a ótica do método técnico-jurídico.

Não será certo dizer-se que o velamento, de que se incumbem o Ministério Público, ante o artigo 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 artigo 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 o deva, cautela *extraprocessual* e, por conseguinte, de cunho administrativo, para afeiçoar os meios patrimoniais da fundação a seu fim de utilidade social.

A jurisdição só constitui atividade complementar da legiferação, quando impõe, concretamente, a prevalência da lei, compositiva do conflito de interesses, e, pois, do direito, lesado ou ameaçado.

É, incontestavelmente, o juiz, que acerta qualquer situação de incerteza, ou, senão mesmo, resolve toda disputa, de jeito que implante, através de injunção coativa, o próprio julgamento.

Se o devedor não paga, no vencimento, a dívida, que contraiu, para com o credor, o titular do direito — que não conta com *autoridade própria* — tem de valer-se de ação, por que peça à jurisdição que exija do obrigado, coercitivamente, o cumprimento de seu dever.

Não há, no ordenamento positivo, outro modo, por que se reclame o cumprimento do dever: é mister que se provoque a jurisdição, em ordem a que vingue a lei, ou seja, de sorte que atendido seja o direito.

O direito, ou, mais propriamente, o direito subjetivo, só é exigível, mediante prestação jurisdicional.

A jurisdição não se substitui, contudo, à administração, que tem, por força de lei, o poder jurídico de exigir, *ex auctoritate propria*, o cumprimento do dever, salvo se, entre ela e o administrado, exsurja, no caso, controvérsia.

Se, entre o particular e o órgão estatal, se instaura alguma pendência, o julgamento, que, então, por norma fundamental, se há de ditar, não mais pertence à iniciativa do agente público, mas se devolve, pelo exercício da ação, ao conhecimento do juiz.

O poder jurídico, que supõe autoridade própria, para exigir o cumprimento do dever, ou para sancionar-lhe a infringência, independentemente de prestação jurisdicional, incide, *copiosamente*, no direito público.

A fiscalização de trânsito atua, por exemplo, por autoridade própria, quando sanciona, com a multa de meio salário-mínimo, o motorista, que desrespeita o dever, que lhe incumbe, de só dirigir o veículo, munido da devida habilitação (arts. 89, I, e 107, I, Cód. Nac. Trânsito).

Em toda e qualquer ocorrência, em que não realize, o particular, o dever, que lhe cabe, não se faz preciso que o agente público postule à Justiça que o obrigue a cumpri-lo: o administrador, que, *ex lege*, possui autoridade própria, dotado que o é da aptitude de autocercibilidade, intervém, para cobrar-lhe a prestação devida, ou, então, a fim de sancionar-lhe a conduta desobediente.

No âmbito do direito privado, embora seja raro achar-se norma impositiva de poder jurídico, é possível encontrá-la no *direito de família*, nos institutos do pátrio poder, da autoridade marital, da tutela e da curatela, assim como no *direito do trabalho*, na figura própria ao poder disciplinar do empregador.

O pátrio poder, que, a exemplo, se traduz na autoridade, que tem o pai, para educar o filho (arts. 379 e 384, I, Cód. Civil), já o denomina, a doutrina moderna,

pátrio *poder-dever* — que se não exerce, a favor do pai, mas em benefício do filho e da família, enquanto grupo social (cfr. Santoro-Passarelli, *Teoria Geral do Direito Civil*, trad. port., Coimbra, Atlântida Editora, 1967, pág. 53; e Arnold Wald, *Direito Civil Brasileiro* — Parte Geral, Rio de Janeiro, Editora Lux, 1962, vol. 1, pág. 137).

Se o filho se recusa a cumprir ordem do pai, tem o genitor, *ex proprio iure*, o poder de cobrar-lhe o dever de obediência, pela forma coercitiva do corretivo, sem apelo à prestação jurisdicional.

Quanto à empresa, a lição do ilustre juslaborista Délio Maranhão é incisiva: “a disciplina do trabalho e a hierarquização do seu pessoal, necessárias ao funcionamento dos meios de produção ‘organizados’ pelo empregador (estabelecimento), não estariam, evidentemente, protegidas pela lei, se a exigibilidade dependesse da intervenção do Estado, se o empregador não dispusesse de uma *tutela imediata*, que as resguardasse; daí o *poder*, de que é armado, de aplicar penas disciplinares ao empregado, quando este descumpra suas obrigações” (*Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1966, pág. 55).

A exigibilidade do dever, por autoridade própria do titular, independentemente de ação judicial, porque opera, não em seu proveito, mas em benefício de interesse alheio, ou, então, de interesse superior, distingue, a ponto, o poder jurídico.

É o poder jurídico *poder-dever*, porquanto impõe, *obrigatoriamente*, a seu titular, o ofício de que tutela, por iniciativa própria, interesse de outrem, ou, então, interesse superior, como, por exemplo, ocorre na hipótese do incapaz, pelo curador, do filho menor, ou da família, a que pertence, pelo pai, da empresa, pelo empregador, e — porque não dizer — da própria *fundação*, pelo *Ministério Público*.

Consubstancia o poder jurídico, outrossim, verdadeira *função*, uma vez que tutela interesse, que não é do titular, que é puramente de outrem, ou, então, que é de interesse superior, além de ser imperativo, para com o ente tutelado, e obrigatório à autoridade, que o exerce, em muitos aspectos *vinculadamente*, segundo o ensinamento do excelente Santoro-Passarelli (Op. e loc. cit., pág. 53).

O artigo 26, do Código Civil, se impõe, assim, ao Ministério Público, o *dever* de velar, concomitantemente também lhe confere o *poder jurídico* de garantir a intangibilidade dos meios patrimoniais e do fim de utilidade social, porque se mantém a continuidade de toda *fundação*, em estrita correspondência com a vontade soberana do fundador.

Não prefixa a disposição civil, a imposição *exclusiva* de dever, ao Ministério Público, consoante a corrente de pensamento, capitaneada pela influente opinião de Pontes de Miranda.

Do modo por que a redigiu o legislador civil, a norma, sob o comando de que vele pela *fundação* o Ministério Público, só fez atribuir, ao *Parquet*, não o *dever*, mas o *poder de vigilância*, como consequência lógica da *capacidade*, que, *explicitamente*, instituiu.

O *núcleo significativo*, em que se resume o artigo 26, do Código Civil, está, visivelmente, na imputação, ao Ministério Público, de *capacidade* e, pois, de *poder jurídico*, que, como, conseqüência lógica, se lhe segue, no sentido de velar pelas *fundações*.

A ilação salta, cristalinamente, à vista do intérprete, que se não tenha condicionado a prévio pronunciamento de *magister dixit*.

Basta considerar que, se o *Parquet* provoca a jurisdição, pela propositura de ação declaratória de nulidade do ato de diretoria da *fundação*, que entende ser atentatório à cláusula estatutária, apenas o faz pela *potestas*, que lhe dá o artigo 26, do Código Civil, quer dizer, pela *descrição*, que se lhe atribui, para *tomar*, ou *não*, a *iniciativa de velar*, em *juízo*, pela subsistência da pessoa jurídica, de base institucional, de que é o órgão público de tutela.

Agir, ou *não*, *judicialmente*, a fim de obter a declaração de nulidade do ato de diretoria da *fundação*, é velamento, que se deixa à inteira prudência do Ministério Público, em virtude do artigo 26, do Código Civil.

A prescrição civil, por si mesma, ou por outra norma qualquer ínsita no estatuto de direito privado, não deixa patente que a sua expressão seja mais ampla que a sua própria *intenção*.

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 que lhe seja o renome, entre os juristas de escol — com a *verdadeira* exegese do artigo 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.

O interesse superior, cuja tutela garante o artigo 26, do Código Civil, é, de modo indiscutível, o "de certa classe de pessoas indeterminadas, ou de quaisquer pessoas indistintamente", em cujo proveito se instituiu a fundação.

A vigilância, de que se investe o Ministério Público, atende, assim, a fim de ordem pública.

Se a fundação promove o desenvolvimento social — particularmente o educacional — da comunidade, a que serve, e, pois, realiza fim de ordem pública, como na hipótese da impetrante, o *benefício* que, coletivamente, propicia, por transcender as dimensões da esfera privada, alça-se a nível de interesse superior, protegido pelo direito constitucional, que qualifica, enfim, o *interesse público* (arts. 19, III, e, e 180, Const. Fed. — Emenda n.º 1, 17-10-69).

O distinto professor ALMIR DE ANDRADE, *expert* em direito constitucional, após assegurar que "os interesses sociais, que ultrapassam o âmbito da ação individual, são interesses públicos", admoestou: "a qualquer momento, obedecendo a meras conveniências políticas, pode o Estado retirar certos interesses da órbita privada e transferi-los para a órbita pública, arrogando-se o direito de intervir mesmo sem ser solicitado, para a eficácia da sua realização; fá-lo todas as vezes que a experiência dos fatos lhe demonstre não estarem sendo esses interesses devidamente assegurados pela *facultas agendi* individual — ou porque seja esta impotente para defendê-los, ou porque seja capaz de exceder-se e burlar a realização do direito, em detrimento de terceiros, que se encontrem em situação econômica e social inferior" (*Lições de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1973, pág. 25, n.º 14).

O Estado possui, indefectivelmente, o superior interesse público em que o órgão diretivo implemente o fim de utilidade social, quanto à congêrie de pessoas, em cujo benefício se instituiu a fundação.

Desde que não é possível confiar-se, *exclusivamente*, no órgão diretivo, que, por sua gestão, pode vir a exceder-se, praticar ato, por fundamento diverso do inscrito no estatuto, e, até mesmo, inobservar a lei, dissociando-se dos propósitos institucionais, atribuiu o Estado, ao Ministério Público, pelo artigo 26, do Código Civil, a *capacidade* e o *poder*, conseqüente, de *velar* pela continuidade da fundação, e, assim, nela *intervir*, por superior interesse público, no exercício da tutela do fim de utilidade social.

A tutela do fim de utilidade social — que supõe a *potestas* de intervir, discricionária ou vinculadamente, conforme o caso, na fundação, ante superior interesse público — é que justifica a fórmula, ampla e geral, com que redigiu o legislador o artigo 26, do Código Civil.

Onde o intérprete identifique, por análise da normatividade jurídica, tutela do fim de utilidade social, por superior interesse público, tem de admitir que a lei, que a consagra, dá ao órgão estatal, incumbido de assumi-la, a *potestas* de efetivá-la.

O legislador, ao editar o artigo 26, do Código Civil, fê-lo, sem que o vinculasse à aplicação dos artigos 27, 28, 29 e 30, do mesmo estatuto substantivo — que, afinal, regem hipóteses de fato diversas.

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

Nem a confinou à atividade de aprovação, pelo Ministério Público, da elaboração, ou reforma, do estatuto.

Nem se limitou, contudo, à verificação, pelo Ministério Público, da necessidade de manter-se a fundação, ou, então, de extingui-la, pela incorporação de seu patrimônio no de outro ente institucional, de fim igual ou semelhante.

Conferiu, antes, a disposição civil, ao Ministério Público, o poder de velar pela fundação a fim de que a diretoria, que a administra, pelo desvio ou má aplicação de seus bens, não viole o estatuto, não infrinja a lei, ou não atue em desconformidade com o escopo institucional.

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

O Ministério Público, que tem o dever de velar, possui, *decorrentemente*, o poder de intervir, de modo discricionário ou vinculado, conforme o caso, na fundação, com o fito de subsumi-la às metas institucionais, a que, estatutariamente, se preordena.

Se ao Ministério Público, como órgão do Estado, não competisse, ante o superior interesse público, o poder de intervir, na fundação, em decorrência de sua capacidade legal de fazê-lo, não seria viável exigir-se da diretoria, que a administra, o cumprimento do fim de utilidade social, para que a instituiu o fundador.

Foi, sob não outra visão, que o penetrante publicista *Celso Antônio Bandeira de Mello*, com o relevante apoio do afamado mestre *Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, após demonstrar que não só entes públicos, mas certas pessoas jurídicas de direito privado, como as fundações, são compeliáveis ao cumprimento do próprio escopo, ao fazer a hermenêutica do artigo 26, do Código Civil, admoestou: "sem embargo, há, efetivamente, pessoas privadas que são compelidas ao cumprimento do próprio escopo; são as fundações privadas; pelo cumprimento de suas finalidades velará o Ministério Público (art. 26 do Código Civil); não se trata de mera fiscalização, à moda da que o Estado exerce sobre todas as pessoas jurídicas, a fim de que não desenvolvam atividade ilícita ou prejudicial à sociedade; no caso em apreço, trata-se de fazer cumprir o escopo que o instituidor assinalou para a fundação" (*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, "Revista dos Tribunais", 1968, p. 270, n.º 14, letra c; e *Fundações e Empresas Públicas*, São Paulo, "Revista dos Tribunais", 1972, pp. 9/10, § 4.º).

Velar pelas fundações, isto é, *estar alerta, evitar e fazer com cuidado*, constitui, por si só, *função*, de que advém, para o Ministério Público, o *poder* de compeli-las ao cumprimento de seus objetivos institucionais.

O inexecdível *Carnelutti*, que alude a essa função sob a denominação de *potestas* (= poder), definiu-a como "potência de comandar, para tutela de um interesse alheio", e disse que "é, em certo aspecto, a figura mais elevada de *poder*, uma vez que quem comanda está em posição superior não só ao interesse sacrificado, como mesmo também ao interesse tutelado pelo comando; melhor se diria, talvez, que está colocado fora desses interesses, já que deles não é participante, pelo menos diretamente" (*Teoria Geral do Direito*, trad. port., Coimbra, Armênio, Amado Editor, 1942, p. 258, § 89.º).

O poder jurídico tem-no o Ministério Público, porque é o órgão estatal, a que se entrega a capacidade de velar pela fundação.

Não será porque, entre o Ministério Público e o órgão diretivo, se forme, duradouramente, qualquer relação jurídica, mas porque a atividade tutelar do fim de utilidade social, que cabe ao órgão estatal, o situa em posição de *autoridade* fiscalizadora da administração institucional.

O Ministério Público exercita, sobre a administração da fundação, a mais ativa e penetrante vigilância: pode verificar, a cada instante, e sempre que indispensável, se a diretoria, enquanto órgão serviente, atende, ou não, por seus membros, aos propósitos institucionais, ou seja, se atua em concordância, ou não, com o estatuto ou a lei.

É claro que a diretoria, por seus membros, pode autodeterminar-se, quanto à sua gestão, no uso do patrimônio da fundação à sua finalidade institucional.

O Ministério Público não pode ingerir-se, de golpe, na diretoria, para mudar-lhe os critérios de gestão, porque, idoneamente, optou.

Só entra em cena o Ministério Público para intervir, discricionariamente, por medidas administrativas, ou de forma vinculada, mediante o exercício de ações judiciais, nas atividades da fundação, quando apura ocorrer espécie de *ilegitimidade*, que acarrete o fato da administração ruínosa, ou nociva, a sua continuidade, enquanto persecução de fim de utilidade social.

Fá-lo, então, revestido de potestas, que *sujeita* a diretoria por seus membros a sua função tutelar do fim de utilidade social, por superior interesse público.

A lei, que estabelece a potestas, como seqüência lógico-jurídica da *capacidade*, não precisa de referir-se, consoante a lição do admirável *Messineo*, a certos objetos, ou a determinadas pessoas: não se prende a qualquer relação jurídica, mas a *domina* (*Manual de Derecho Civil y Commercial*, trad. cast., Buenos Aires, Editora Europa-América, 1954, vol. II, p. 15).

A contrário do que o admitiu *Fernando Rudge Leite*, o Ministério Público, no exercício da potestas da velar, sujeita o órgão diretivo, de maneira permanente, e não só por verificação a *posteriori*, a sua atividade de controle tutelar — que está acima de qualquer relação jurídica, entre a fundação e os seus beneficiários, ou entre ela e terceiros, desde que a *domina* (*Natureza Jurídica da Fundação e a Alienação de seu Patrimônio*, in op. e loc. cit., pp. 22/31).

A *sujeição*, em que se coloca o órgão diretivo, em algum momento anômalo da vida da fundação em que vivencia certa condição de ilegitimidade, nasce da posição de *preeminência* do Ministério Público, que vela, como órgão tutelar do fim de utilidade social, pelo atendimento ao superior interesse público, e, de acordo com o agudo ensinamento de *Santoro-Passarelli*, "não é um *dever de conduta*, como é precisamente a *obrigação*, mas, quando muito, um *dever de respeito*, isto é, um *não poder não respeitar*" (Op. e loc. cit., p. 53).

Inferese-se, conseqüentemente, que o direito civil, de progênio federal, porque elaborado pela União, atribui, ao Ministério Público, a capacidade de velar, e, pois, a potestas de fazê-lo, no exercício, por superior interesse público, da tutela do fim de utilidade social, a que se resolve a fundação — o que lhe dá o poder de *sujeitar* o órgão diretivo, que a administra, à diligência discricionária, por precauções administrativas, ou, então, à proposição vinculada de ações judiciais.

A função de *vigilância* — que se perfaz por *controle* e *fiscalização* — sempre foi, a exemplo, em qualquer organização empresarial, a concretização do chamado *poder diretivo*.

Perante *Barassi*, juslaborista dos mais exemplares, o *poder diretivo* manifesta-se, quanto a determinado ciclo de ação, por três fases operacionais, nítidas e distintas entre si: a *inicial*, de comando; a *duradoura*, de vigilância, que é a atividade de controle e fiscalização, que acompanha o comando; e a *final*, de aprovação, que não é perceptível, mas que se deduz ser existente, quando ocorre o fato contrário da *desaprovação* da administração superior, próprio ao empresário, à gestão de escalão inferior do empreendimento (*Il Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè, 1949, vol. II, p. 310, n.º 188).

O empresário, ao intervir, *domini iussu*, na empresa, de que é titular, para fazer respeitar o comando, atua, *ab intra*, enquanto o Ministério Público, ao intervir, *imperii iussu*, na fundação, de que é órgão tutelar do fim de utilidade social, também para fazer respeitar o comando, opera, *ab extra*.

O exercício do poder de vigilância — de que deflui o ato de intervir — é *modo de ser recíproco*, e, por essa razão, supõe, *correlativamente*, enquanto exista desvio do fim de utilidade social, a *sujeição* do órgão diretivo, por seus membros, ao Ministério Público, que se verte em um *não poder não respeitar* qualquer medida administrativa, porque opte o *Parquet*, em favor da sobrevivência da fundação.

Carnelutti, cujo gênio abarcou, primorosamente o universo de todo o direito, explica, a cavaleiro, que "não há poder sem dever, nem dever sem poder, sendo, por conseguinte, o poder de um o dever do outro, e vice-versa" (Op. e loc. citis. p. 251, § 86).

Tem, portanto, o Ministério Público, pelo artigo 26, do Código Civil, *potestas* à jurisdição, por ações judiciais, e *potestas* de administração, por medidas discricionárias e, assim, prudenciais, que garantem o fim de utilidade social, a que se rende a fundação.

O *Código Civil* instituiu, para com o Ministério Público, *permanentemente*, a *potestas* material de velar, isto é, o poder de estar alerta e de agir com cuidado, para evitar qualquer nocividade ao fim de utilidade social, a que se vincula a fundação.

O *Código de Processo Civil*, por desenvolvimento da *potestas* material de velar, deu-lhe a *potestas* à jurisdição, a fim de propor as ações, por cujo meio realize a atividade tutelar do fim de utilidade social, como, por exemplo, através da ação declaratória de nulidade de ato de diretoria, infringente do estatuto, que vede a alienação de qualquer bem patrimonial, visto que o *Parquet* não tem, de *per se* mesmo, autoridade própria, para pronunciar a ineficácia da deliberação diretiva, que autorizou a venda.

A *Lei de Organização do Ministério Público* — que é lei administrativa, de progênie estadual, ainda por desdobramento da *potestas* material de velar, *discriminou-lhe, unicamente*, as atribuições discricionárias, que, tomadas com prudência, asseguram, de maneira expedita e instantânea, a continuidade do fim de utilidade social, a que se cinge a fundação.

O Código de Processo Civil — quer o *antigo* de 1939, com o seu artigo 653 dito ser por *Pontes de Miranda*, interpretativo e complementar do artigo 26, do Código Civil, quer o *vigente*, de 1973, que, aliás, o não reproduziu — não tem o condão de esgotar o conteúdo, porque se pode explanar a *potestas* material de velar, vale dizer, o poder de estar alerta e de agir com cuidado, para evitar qualquer nocividade ao fim de utilidade social, que se explicita na *potestas* vinculada à jurisdição e na *potestas* discricionária de administração — previstas, *ambas*, sem reserva e inegavelmente, no dispositivo do estatuto de direito privado.

O Código de Processo Civil, de 1973, que é o que vige, apesar de não ter repetido, entre os seus artigos 1.199 — 1.204, que disciplinam o capítulo da organização e fiscalização das fundações, o artigo 653, do anterior contexto adjetivo, de 1939, ao reconhecer, por desenvolvimento da *potestas* material de velar, ao Ministério Público, a *potestas* à jurisdição, conferiu-lhe a legitimação causal para tutelar, por superior interesse público, mediante ação judicial, que, em cada caso, seja pertinente, o fim de utilidade social, para que se instituiu a pessoa jurídica, de base institucional.

O Ministério Público, com apoio no artigo 81, do Código de Processo Civil — que lhe dá *potestas* a qualquer ação que seja prevista em lei —, sob o fundamento dos artigos 26 e 146, do Código Civil, tem legitimação causal, para mover, a exemplo, ação declaratória de nulidade de processo eletivo, ocorrido em assembléia-geral, ou de ato de diretoria — infringentes, *ambos* do estatuto, ou da lei.

Calca-se no artigo 26, do Código Civil, de caráter *substancial*, e no artigo 81, do Código de Processo Civil, de índole *instrumental*, a titularidade, que se atribuiu, ao Ministério Público, para toda a tutela judicial do fim de utilidade social, a que se condiciona a fundação.

O Ministério Público conta, por conseguinte, com legitimação causal, para intentar ação anulatória de venda de bem patrimonial, que desatenda a requisitos estatutários.

Sob similar raciocínio, *Fernando Rudge Leite*, competente civilista, que, aqui, antes, se evocou, salientou que "os administradores da fundação, por culpa ou dolo no cumprimento de seus deveres, responderão por seus atos, sendo o Ministério Público parte legítima, para promover tal responsabilidade, que se assenta nos princípios do direito, além de poder agir, judicialmente, pleiteando a anulação do

ato, que tenha contrariado os estatutos" (*Natureza Jurídica da Fundação e a Alienabilidade de seu Patrimônio*, in op. e loc. cit., pp. 22-31).

"Mas, se existe empenho de *ordem pública*, ainda que de Direito privado (como, por exemplo, em questões de família, sucessões, falência etc.), a lei *de* fere ao Ministério Público a legitimação para agir" — proclamou-o, a preceito, o extraordinário professor *Hélio Tornaghi*, em comento ao artigo 81, do vigente diploma processual (*Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, "Revista dos Tribunais", 1974, vol. 1, p. 278).

A conclusão, que formulou o mestre da ciência do processo, é também extensiva às questões sobre fundações privadas.

Acrescentou o célebre professor, outrossim, para a plena elucidação da exegese, que fez à disposição processual: "a letra do art. 81 não lhe esgota o conteúdo; na verdade a lei *minus dixit quam voluit*, devendo ser interpretada extensivamente; na verdade aqui se trata da legitimação ativa do Ministério Público, não só para mover ação nos casos previstos em lei, como ainda requerer determinadas providências em hipóteses nas quais inexistente o exercício do direito de ação" (Op. e loc. cit., p. 279).

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 Júnior, Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1961, 2.^a ed., p. 177).

O digno professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, *Paulo Salvador Frontini*, ao focar o artigo 26, do Código Civil, assertivamente, em valiosíssimo trabalho, caber "função extraprocessual, claramente administrativa", ao Ministério Público, "no âmbito da polícia das fundações" (*Responsabilidade Civil do Órgão do Ministério Público*, in "Revista de Direito Público", jan./mar./74, vol. 27, p. 25, letra e).

O Ministério Público, como órgão da administração pública, que, de feito, o é, com a função primordial de velar e de fazer velar, pela observância da lei, atua, na *specie iuris*, na tutela, por superior interesse público, do fim de utilidade social, que se externa na atividade das fundações privadas: pratica, discricionariamente, e, pois, por medidas prudenciais, atos de controle e fiscalização, cuja relevância aumenta, progressivamente, em decorrência da publicização de interesses privados, em benefício do desenvolvimento e da segurança de toda a Nação.

O Estado tem necessidade de intervir, na atividade fundacional, para evitar o perigo de eventuais *contrastos*, entre os interesses pessoais dos administradores e o impessoal interesse público.

A intervenção do Estado, em relações, tidas por prevalentemente privatísticas, ainda que constitua restrição a princípios de autonomia e liberdade, que caracterizam a dinâmica da vida privada, é de teor constitucional.

A intervenção estatal é particularmente indispensável, no direito civil das fundações, onde se agilizam relações patrimoniais, deferidas, pelo fundador, *pro populo*, e que reclamam, por isso mesmo, o freqüente controle e fiscalização do Ministério Público — vincado à tutela da continuidade do ente institucional e, pois, do fim de utilidade social.

Sublinhou, o proficiente *Zanobini*, que, "no campo da autonomia privada, a interferência administrativa do Estado é excepcional, e, quando ela se faz sentir, o princípio da liberdade dos sujeitos privados é submetido a um *controle*, extrínseco e intrínseco, atribuído a órgãos particulares do Estado: a relação jurídica, que os indivíduos pretendem, então, levar a efeito depende, para a sua existência, da intervenção do Estado" (*apud José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1974, vol. 1, p. 79, n.º 61).

A tutela do fim de utilidade social, a que se vota a fundação, pelo Ministério Público, não possui outro lastro, doutrinário e legal.

José Frederico Marques, um dos mais autorizados mestres do direito processual moderno, inspirando-se em *Zanobini*, assinalou então, que "os atos de Administração Pública dos direitos privados são atos jurídicos, que se apresentam com os caracteres de *negócios do direito público*, porque neles se consubstanciam *declarações de vontade da autoridade pública*, destinadas à produção de um efeito jurídico: nessa intervenção administrativa, o órgão estatal quer o ato em si, e quer os efeitos jurídicos, que o ato é destinado a produzir" (Op. e loc. cit., p. 79, n.º 61).

Daí porque o doutíssimo professor de direito processual escreveu, em monografia, que se tornou clássica, entre nós, na literatura jurídica, que "os atos do Ministério Público são de natureza administrativa, tanto do ponto de vista material, como do ponto de vista orgânico ou subjetivo" (*Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária*, São Paulo, Saraiva, 1959, 2.ª ed., p. 113, n.º 2).

Mas, há mister compreender, com o inigualável *Lopes da Costa*, que, no tópico, se baseia em *Fazzolari*, que "atos há, que, embora administrativos e emanados de autoridade administrativa, não são sujeitos aos remédios próprios aos atos administrativos, nem às jurisdições administrativas, mas às decisões do segundo grau, de competência de juízes, não em sede de jurisdição ordinária, mas de jurisdição voluntária" (*A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada*, Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1961, p. 185, n.º 140).

É o que se passa com qualquer diligência discricionária do Ministério Público, junto à fundação: a sua diretoria, por entender ser ilegal, por imotivado, o ato do *Parquet*, pode ir à presença do juiz competente, a fim de postular, em caráter supletivo, a revisão da decisão do órgão estatal.

Mas, é inequívoco que cabe, ao Ministério Público, o papel de controlar e fiscalizar os atos de administração da fundação, cujo órgão diretivo resvale para alguma condição de ilegitimidade, na consecução dos objetivos institucionais.

Os atos direcionais da fundação, quando há desvio do fim de utilidade social, devem quedar-se, imperativamente, sob o controle e a fiscalização do Ministério Público, como órgão de tutela de superior interesse público, na preservação do objetivo institucional, de ordem pública.

A Lei de Organização do Ministério Público — entre nós, a Lei Complementar n.º 5, de 6-10-76 (art. 33) —, frente ao artigo 96, da vigente Carta Magna, sem ferir o artigo 8.º, XVII, *b*, da Lei Fundamental, pode discriminar, *vaiedamente*, na distribuição de competências, entre os seus diferentes órgãos, as atribuições, relativas à *potestas* discricionária de administração e à *potestas* vinculada à jurisdição — que expressam os poderes, já previstos, no artigo 26, do Código Civil, com o desdobramento do Código de Processo Civil, na previsão da legitimação causal ao exercício de ações e providências judiciais.

No exercício da tutela discricionária do fim de utilidade social, o Ministério Público exercita, entretanto, como o próprio juiz, *imparcialmente*, o controle e a fiscalização, atento ao superior interesse público, na opção entre as diversas alternativas da lei.

O hábil professor *Onofre Mendes Júnior* explicou, a talho, que o administrador, no desempenho do poder discricionário, há de abstrair-se de suas inclinações e sentimentos pessoais, convencendo-se de que não pode agir, como um particular, em defesa de seus próprios interesses, mas como mandatário dos interesses da coletividade (Op. e loc. cit., p. 187, n.º 163).

Eis porque ressaltou o catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, que os limites positivos do poder discricionário são a ponderação, a prudência, a isenção de ânimo e o sentido de responsabilidade, na compreensão das necessidades coletivas (Op. e loc. cit., p. 187, n.º 163).

"Todos esses requisitos — escreveu ele — poderiam condensar-se numa expressão — *espírito público*: isso é o que se requer do bom administrador" (Op. e loc. cit., p. 187, n.º 163).

4. Após todo esse esclarecimento — aliás, indispensável em matéria, que é bastante complexa —, impõe-se responder à pergunta sobre se o Ministério Público atua, *in casu*, com a prerrogativa de livre potestado, que lhe dá à cautela, de que foi ordenador e executor, a fisionomia de ato administrativo, passível de correção por mandado de segurança.

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 que no exercício de administração pública de interesse privado, de ordem pública, pode adotar, *ex autoritate própria*, com sentido prudencial — como, na hipótese, o fez —, a providência acautelatória, que visou, *iniludivelmente*, como tantas outras, típicas ou atípicas, de todo viáveis, à preservação do fim de utilidade social, contra atos capazes de lesar a estabilidade, ou a própria continuidade da fundação.

O patrimônio, com que conta a fundação, é destinado ao serviço impessoal da coletividade, e deve estar, de cotio, sob o controle e a fiscalização do Estado, através do Ministério Público, que lhe garante a tutela do fim de utilidade social, a que se sujeita, estatutariamente.

Examine-se o fato, de que cogita o processado.

Os membros da *atual diretoria* — consoante as informações da autoridade impetrada — foram escolhidos, por pessoas, excluídas do órgão deliberativo da fundação, que, reunindo-se fora do recinto da entidade, deliberaram a realização de assembléia-geral extraordinária, quando já existia assembléia-geral ordinária, previamente designada, por presidente, em regular exercício (fls. 40 *usque* 47).

A impetrante, de acordo com a peça informativa, já vinha vivendo clima de tumulto, por numerosos litígios judiciais, com desagradáveis incidentes policiais (fls. 40 *usque* 47).

Ante tudo quanto diz o impetrado, só se pode concluir que a *eleição* dos membros da *atual diretoria* é *illdima*.

Perfez-se, assim, sob circunstâncias anormais, frente ao relato do impetrado, a investidura da *atual diretoria* da impetrante — que recalitra em resistir ao controle e à fiscalização do Ministério Público.

A exigência de visto, nos cheques, adotada como cautela, pela autoridade impetrada, a fim de que a *atual diretoria* movimente as contas bancárias da fundação, é *necessária*, enquanto pendente o risco de nocividade, em situação da vida institucional, que perdeu o equilíbrio e não mais segue curso regular.

Há, no mais, segundo a autoridade impetrada, o fato, bem grave, de que a *atual diretoria* determinou ao aluno dos estabelecimentos de ensino, que pertencem à impetrante, que não mais pague as cotas devidas, através de estabelecimento bancário, perante a cautela exigida — realidade que torna por demais patente o seu propósito *deliberado*, mas *indevido*, de escapar ao controle e à fiscalização do Ministério Público (fls. 47).

Em *princípio, assecurativamente*, atua o Ministério Público, por sua Curadoria de Fundações, com legitimidade, em perfilhar a cautela, para estabelecer ordem conveniente, em momento anômalo da existência institucional, no exercício de tutela administrativa de interesse privado, de ordem pública.

Adotam-se, também, cautelas, na administração pública de negócios privados, de ordem pública.

A medida cautelar é *figura iuris*, que pertence, tanto à jurisdição contenciosa, quanto à jurisdição voluntária (cfr. *Lopes da Costa, Medidas Preventivas*, Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1958, 2a. ed., pág. 19, n.º 12).

Mas, o Ministério Público não pode quedar-se estacionado, como se a *cautela*, por que optou, seja *definitivamente satisfativa* do fim de utilidade social, porque propugna, na administração pública de interesse privado, de ordem pública.

O que caracteriza toda cautela é a sua **provisoriedade**, que, no caso, garante o fim de utilidade social, até que, efetivamente, seja declarado o *direito*, que assegure, à fundação, a sua continuidade.

O Ministério Público, para confirmar ou não, a cautela, tem por dever iniciar, perante o Juízo competente, a *providência*, com que objetive lograr a declaração de nulidade do processo eletivo da atual diretoria (art. 1.104, C.P.C.).

A *providência* será, contudo, de *jurisdição voluntária*, e, como facilmente se depreende, o *Juízo*, que há de conhecê-la, é o de *Provedoria*, à luz do artigo 87, do Código de Organização e Divisão Judiciárias, de que trata a Resolução n.º 1, de 21-3-75, do Egrégio Tribunal de Justiça, local.

A jurisdição voluntária é administração pública de direitos privados, de ordem pública, por órgão judiciário.

A competência, para exame da legalidade do ato de provedoria, que, com a cautela, consagrou o Ministério Público, pertence, plenamente, ao Juízo Privativo de Provedoria.

O item II, do artigo 87, da Lei de Organização Judiciária, local, ao referir-se, apenas, à competência do Juízo de Provedoria ao julgamento das impugnações às contas dos responsáveis, pela fundação, que receba, como a própria impetrante, auxílio do erário público, não lhe tira a capacidade judicante, para apreciar qualquer matéria institucional e que se relacione, por íntima conexão, com os bens da entidade, ou a sua administração, que só pode ser exercitada, por diretoria eleita em conformidade com o estatuto, ou a lei.

"Quer isto dizer que as funções de jurisdição voluntária, compreendidas nas atribuições do que se podia denominar de justiça orfanológica, tinham verdadeiro caráter de jurisdição especial, e que se falava em juízo orfanológico como hoje falaríamos em Justiça Trabalhista ou Justiça Militar; o mesmo se diga dos *juízos da Provedoria*, que, na consolidação de *Ribas*, tinham suas atribuições definidas no art. 39, e que, no art. 40, vinham consideradas como verdadeira função especial da justiça" — escreveu-o, de sobremão, *José Frederico Marques (Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária, op. e loc. cits. pág. 273, n.º 3)*.

E, depois, esclareceu: "esse entendimento das funções judiciárias do ramo orfanológico e dos juízos da Provedoria derivava, sem dúvida alguma, da circunstância de serem quase todas as atribuições desses juízos de natureza não contenciosa, isto é, funções de jurisdição voluntária; só excepcionalmente abrangia a jurisdição orfanológica ou a da Provedoria casos contenciosos... o juízo da Provedoria também possuía funções contenciosas, e FERREIRA ALVES, que o definira como 'um juízo privativo, de jurisdição estrita, improrrogável e privilegiada', admitia, de acordo com o que declarava a Lei n.º 261, de 1841, que o "juízo da Provedoria não é um mero juízo administrativo", mas "também um juízo contencioso" (*Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária, op. e loc. cits., pág. 274, n.º 3*).

Para rematar, refletidamente: "essas jurisdições constituíam funções perfeitamente distintas e separadas daquelas que exerciam os juízes do foro comum, isto é, da jurisdição civil propriamente dita" (*Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária, op. e loc. cits., pág. 275, n.º 3*).

De outro lado, se os membros da *atual diretoria* se reputam prejudicados com a exigência do *Parquet*, podem valer-se, também, de *providência* de jurisdição voluntária, e, mediante a prova de que foi legítimo o processo eletivo, contam com a viabilidade de postular o levantamento do expediente cautelar, ou, então, a sua substituição, por medida mais conveniente, ou plausível, como a da periódica prestação de contas, porque demonstrem, de modo positivo, a exação, com que fazem de contas, porque demonstrem, de modo positivo, a exação, com que alunos etc.).

A cautela, embora ato administrativo, de caráter discricionário, do Ministério Público, não está sujeita à doutrina dos atos administrativos, de direito público, por cuidar-se de administração pública de direito privado, de ordem pública.

A medida do Ministério Público está subordinada, pois, em processo de jurisdição voluntária, de acordo com o artigo 1.109, do Código de Processo Civil, e, pois, *ex vi legis*, à revisão de mérito, desde que o Juízo de Provedoria pode acolher outra solução cautelar, que, à fatispécie, repete ser mais oportuna.

Assim, a apreciação da legitimidade do ato do Ministério Público — que não concretiza bloqueio de contas bancárias, mas controle cautelar, por superior interesse público, em defesa do fim de utilidade social da fundação, através de prévio visto nos cheques — não cabe, conforme o sustentou o respeitável acórdão da Egrégia 3.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça, local, de lavra do eminente Desembargador *Goulart Pires*, anexado, pelo cartório, aos autos, ao Juízo Privativo da Fazenda Estadual, mas ao Juízo de Provedoria.

O pedido, que, ao juiz, se formula, para a revisão da decisão discricionária do Ministério Público, em providência, que verse sobre administração pública de negócio privado, de ordem pública, tem a feição de *recurso, de natureza administrativa*, na asserção do lúcido *Lopes da Costa*, "como, de resto, dessa espécie é toda a jurisdição voluntária: não se diga que administrativo deve ser o órgão, que decida um recurso administrativo, porque o juiz, como já vimos, é, além de autoridade judiciária, autoridade administrativa, exercendo atos de pura administração; nem que um recurso administrativo não possa ser interposto, para uma autoridade estranha à organização, a que pertence a autoridade recorrida; a lei — como mostra *Fritz Fleiner* pode abrir exceção à regra geral... também não se objete que, sendo o Ministério Público uma instituição autônoma, independente da Magistratura, não há entre ambas aquela hierarquia, presuposto do recurso administrativo, também chamado *recurso hierárquico*" (Op. e loc. cit., págs. 182-4, n.º 140).

A razão de ser *recurso administrativo*, para a autoridade judiciária, está indubitavelmente, na diferença ontológica, entre as atividades do magistrado e do *Parquet*, na administração pública de negócios privados, de ordem pública.

O sábio professor *José Frederico Marques* lembrou, de si, que "a diferença, que existe, entre a atuação de ambos, está, precipuamente, na circunstância de ter o ato judiciário a *eficácia constitutiva* de dar nascimento à relação jurídica enquanto que o Ministério Público só pratica atos de fiscalização" (*Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária*, op. e loc. cit., pág. 112, n.º 1).

Contra o controle cautelar, praticado pelo Ministério Público, como autoridade administrativa, no exercício de administração pública de interesse privado, de ordem pública, não cabe mandado de segurança, mas providência de jurisdição voluntária, ajuizável perante o Juízo de Provedoria, por força do artigo 87, II, da Lei de Organização Judiciária, local.

Por faltar à petição mandamental o requisito, extrínseco e intrínseco, de viabilidade processual, DENEGO A SEGURANÇA, que, com o *petitum*, se impetrou.

Sem verba honorária, face à sumula 512, da Jurisprudência Predominante do Colendo Supremo Tribunal Federal — reconhecidamente ainda aplicável, depois da vigência do novo Código de Processo Civil.

Custas e despesas processuais, de acordo com o vigente contexto adjetivo.

P. R. I. e comunique-se.

Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 1978.

David Mussa

O Juiz