

Da prerrogativa de requisição de perícia em matéria fundacional

Assunto: Fundação Iedda e Augusto Frederico Schmidt.

Procedimento n.º: 2007.00053785.

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça,

Do regime jurídico fundacional. Artigos 62 *usque* 69 do Código Civil. Artigos 1199 a 1204 do Diploma Adjetivo. A Resolução GPGJ n.º 68/1979 e a prerrogativa de requisição de perícia em matéria fundacional, outrora privativa do Procurador-Geral de Justiça, por força do § 2º do artigo 38 da Resolução GPGJ n.º 68/1979. De sua não recepção pelo artigo 129 da CRFB/88. *Ad argumentandum*, da derrogação pelo artigo 26, I, "b" da LONMP em sua forma combinada com o artigo 35, I, "b" da Lei Complementar Estadual n.º 106/2003. Respeitadas exceções pertinentes a autoridades elencadas na Lei Complementar Estadual n.º 106/2003, lícito ao próprio Curador de Fundações requisitar **DIRETAMENTE** as perícias que entender cabíveis, inclusive solicitando, se conveniente, servidores civis temporariamente. Da distinção entre prerrogativa e atribuição, resguardada ao Procurador-Geral de Justiça esta, originária de, mediante provocação, designar administrador provisório, consoante precedente constante do procedimento MPRJ n.º 38034/2002. Do retorno dos autos ao órgão de origem, sem prejuízo de ulterior requerimento de contratação de serviço técnico especializado pela Administração Superior, por meio de sua Secretaria-Geral.

Trata-se de *notitia* veiculada pela h. Provedoria de Fundações pela qual se relatam supostas irregularidades na Fundação Iedda e Augusto Frederico Schmidt, postulando-se seja requisitado por Vossa Excelência aos órgãos competentes do Estado inventário e avaliação dos bens àquela dotados.

Consta de fls. 04 *usque* 18 extenso relatório de bens adjudicados à Fundação Iedda e Augusto Frederico Schmidt.

Vieram os autos.

Este o breve relato dos fatos.

Passa-se à criteriosa análise.

Prefacialmente, pede-se vênia para transcrever os seguintes dispositivos de nosso Código Civil:

"DAS FUNDAÇÕES

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único - A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.

Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.

Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.

Parágrafo único - Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público.

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§1º (Dispositivo declarado inconstitucional por força da ADI 2794/06)

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma: I - seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; II - não contrarie ou desvirtue o fim desta; III - seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.

Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu

patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante."

Noutra banda, o Código de Processo Civil assim normatiza a matéria:

"DA ORGANIZAÇÃO E DA FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

Art. 1.199 - O instituidor, ao criar a fundação, elaborará o seu estatuto ou designará quem o faça.

Art. 1.200 - O interessado submeterá o estatuto ao órgão do Ministério Público, que verificará se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina.

Art. 1.201 - Autuado o pedido, o órgão do Ministério Público, no prazo de 15 (quinze) dias, aprovará o estatuto, indicará as modificações que entender necessárias ou lhe denegará a aprovação.

§ 1º - Nos dois últimos casos, pode o interessado, em petição motivada, requerer ao juiz o suprimento da aprovação.

§ 2º - O juiz, antes de suprir a aprovação, poderá mandar fazer no estatuto modificações a fim de adaptá-lo ao objetivo do instituidor.

Art. 1.202 - Incumbirá ao órgão do Ministério Público elaborar o estatuto e submetê-lo à aprovação do juiz: I - quando o instituidor não o fizer nem nomear quem o faça; II - quando a pessoa encarregada não cumprir o encargo no prazo assinado pelo instituidor ou, não havendo prazo, dentro em 6 (seis) meses.

Art. 1.203 - A alteração do estatuto ficará sujeita à aprovação do órgão do Ministério Público. Sendo-lhe denegada, observar-se-á o disposto no art. 1.201, §§ 1º e 2º.

Parágrafo único - Quando a reforma não houver sido deliberada por votação unânime, os administradores, ao submeterem ao órgão do Ministério Público o estatuto, pedirão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 1.204 - Qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando: I - se tornar ilícito o seu objeto; II - for impossível a sua manutenção; III - se vencer o prazo de sua existência."

Com lastro em seu poder normativo secundário, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ainda sob os auspícios do Código Civil de 1916, editou a Resolução GPGJ n.º 68/1979, sendo oportuna a transcrição do seguinte excerto, *verbis*:

“DA ATRIBUIÇÃO DE VELAR PELAS FUNDAÇÕES

Art. 38 - No exercício de sua atribuição de velar pelas Fundações é assegurada ao Sistema de Provedoria de Fundações a adoção, dentre outras, das seguintes medidas:

I) exame das contas prestadas, anualmente, pelos Administradores das Fundações, compreendendo os balanços e demais elementos contábeis, relatórios dos administradores, manifestação dos órgãos internos de controle e dos auditores externos, assim como outros instrumentos pertinentes, aprovando, ou não, as mencionadas contas e determinando as medidas adequadas; II) exigência de prestação de contas por parte das Administrações fundacionais omissas; III) recebimento ou requisição de relatórios, orçamentos, planos de custeio, elementos contábeis, informações, cópias autenticadas de atas, de atos gerais, regulamentares e especiais dos administradores das entidades, e demais documentos que interessem à fiscalização das fundações; IV) fiscalização do funcionamento das Administrações das fundações, para controle da adequação da atividade da instituição a seus fins, e da legalidade e pertinência dos atos de seus administradores, levando em conta as disposições legais, regulamentares e estatutárias; V) promoção de realização de auditorias, estudos atuariais e técnicos e perícias, correndo as despesas por conta da entidade fiscalizada, cabendo à Supervisão da Provedoria de Fundações a designação de técnicos para tal fim e o arbitramento dos respectivos honorários; VI) comparecimento, sempre que for julgado necessário, de Membro do Ministério Público, às dependências administrativas e aos estabelecimentos das fundações, e às reuniões dos respectivos órgãos, com a faculdade de discussão das matérias, nas mesmas condições asseguradas aos membros daqueles órgãos; VII) promoção da remoção definitiva de administradores das fundações, nos casos de gestão irregular ou ruínosa, e nomeação de quem os substitua; VIII) declaração de invalidade ou ineficácia dos atos praticados pelos administradores das fundações, e promoção das medidas judiciais e extrajudiciais pertinentes; IX) tomada, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos VII e VIII, das medidas cautelares administrativas visando à preservação do patrimônio fundacional e da consecução de seus fins; X) apreciação prévia de pedidos de alienação de bens, de operações financeiras e de todos aqueles atos que exorbitem da administração ordinária, tais como os de oneração de bens e transação e os previstos no art. 43, § 3º; XI) requisição, dos órgãos públicos, de diligências, providências, certidões e esclarecimentos pertinentes à sua competência, bem assim acompanhamento das diligências que forem requeridas; XII) determinação da intimação dos integrantes dos órgãos de administração das fundações, para comparecerem à sede dos órgãos do Sistema; XIII) quaisquer outras medidas administrativas e judiciais julgadas pertinentes ao exercício de sua competência.

§ 1º - A apreciação de requerimento de fundação, relativo à sua fiscalização pelo Ministério Público, no caso do inciso X deste artigo, importa o pagamento da taxa de serviços estaduais de 01 (uma) UFERJ.

§ 2º - A Supervisão da Provedoria de Fundações poderá solicitar ao Procurador-Geral da Justiça a requisição, dos órgãos competentes do Estado, de serviços de contadoria, de atuária e outros necessários ao desempenho de suas atividades.

§ 3º - Os administradores das fundações são pessoalmente responsáveis pelo não atendimento, nos termos legais, regulamentares e estatutários, de seus deveres como gestores e aplicadores do patrimônio das entidades fundacionais; de tempestiva prestação de contas de sua administração; e de sujeição da mesma ao controle e provedoria do Ministério Público.

Art. 39 - O Procurador-Geral da Justiça, em casos especiais, poderá, por provocação do Supervisor da Provedoria de Fundações, designar Membro do Ministério Público, para, na qualidade de fiscalizador direto, auxiliar órgão de atuação na provedoria de determinada entidade fundacional.

§ 1º - O fiscalizador direto poderá contar com auxiliares, inclusive auditor permanente.

§ 2º - O Procurador-Geral da Justiça poderá, por provocação do Supervisor da Provedoria de Fundações, designar administrador provisório para determinada fundação, com ou sem afastamento provisório de administradores da mesma, conforme o caso, nas seguintes hipóteses: I) inexistência de administradores ou de quorum mínimo para reunião ou deliberação dos órgãos fundacionais; II) não realização de eleições na época oportuna, com permanência irregular dos antigos administradores; III) verificação de irregularidades graves na administração da entidade; IV) disputa entre grupos na administração da instituição, de modo a tumultuar a gestão da mesma.

§ 3º - A administração provisória terá a duração máxima de 06 (seis) meses.

§ 4º - Caso seja necessária a medida prevista no inciso VII do art. 38, a mesma deverá ser promovida judicialmente, pelo órgão de atuação competente.

§ 5º - Os ônus da fiscalização direta, da auditoria permanente e da administração provisória correrão por conta das fundações. (...)

DA ATUAÇÃO JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM MATÉRIA DE FUNDAÇÕES

Art. 74 - O Ministério Público, através do órgão de atuação competente, funcionará como parte, nos feitos de interesse das fundações, no exercício de sua função de provedoria, e intervirá naqueles, nos termos do art. 82, III, do Código de Processo Civil.

§1º - Na Comarca da Capital, caberá à Curadoria de Fundações representar o Ministério Público nos processos a que se refere este artigo. §2º - Nas Comarcas do Interior prevalecerá a vinculação decorrente da distribuição nos termos do artigo 24, parágrafo único, desta Resolução, não prevalecendo, nesta hipótese, a regra de atuação junto a determinado juízo. §3º - Os órgãos de atuação do Ministério Público em geral, as próprias fundações e demais interessados deverão providenciar a abertura de vista à Curadoria de Fundações, na Comarca da Capital, e aos órgãos de atuação competentes, nas Comarcas do Interior, dos autos dos processos de que trata este artigo. §4º - A intervenção de outros órgãos de atuação do Ministério Público nos feitos em questão não exclui a da Curadoria de Fundações, na Comarca da Capital, ou órgão competente, em Comarca do Interior, salvo nos casos previstos no artigo 32 da Lei Complementar nº 5, de 06-10-1976. §5º - Em qualquer hipótese a vista será feita através da Supervisão da Provedoria de Fundações. §6º - A Curadoria de Fundações, na Comarca da Capital, ou órgão competente, em Comarca do Interior, providenciará, nos termos do artigo 84 do Código de Processo Civil, a anulação de feito relativo à fundação sob sua provedoria, em que não tiver funcionado." - grifos nossos.

As normas contidas nesta Resolução, à vista mesmo de sua data de edição, merecem ser reinterpretações à luz de normas que modificaram substancialmente o Ministério Público, notadamente a partir da Constituição Cidadã [1], sendo **duvidosa a recepção** daquele dispositivo pelo atual ordenamento constitucional.

Não bastasse isto, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público se dedicou expressamente a conferir prerrogativas aos Membros para o bom exercício de suas funções, *verbis*:

"Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: l - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: (...) b) **requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;**" - grifos nossos.

Nossa Lei Complementar Estadual n.º 106/2003 avançou ainda mais no *thema*, assim estatuinto:

‘Art. 35 - No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:

l - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos para a apuração de fatos de natureza civil, sempre que tal se fizer necessário ao exercício de suas atribuições e, para instruí-los: (...)

b) **requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades e outros órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim das entidades**

da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das entidades sem fins lucrativos que recebam verbas públicas ou incentivos fiscais ou creditícios; (...)

VII - solicitar da Administração Pública os serviços temporários de servidores civis ou policiais militares e os meios materiais necessários à consecução de suas atividades;" - grifos nossos.

Salvo melhor juízo, portanto, a norma veiculada pelo § 2º do artigo 38 da Resolução GPGJ n.º 68/1979 foi tacitamente derogada por estes atos normativos primários - a que deve aquela curvar-se -, sendo lícito ao próprio Curador de Fundações requisitar **DIRETAMENTE**[2] as perícias que entender cabíveis, inclusive solicitando, se conveniente, servidores civis temporariamente.

Lado outro, oportuno atentar que daqui não se extrai a ausência de atribuição do Procurador-Geral de Justiça enquanto órgão de execução em matéria fundacional[3]. Exemplo cristalino desta atuação (ainda que extrajudicial) é a de designação de administrador provisório[4].

Daí porque, de igual forma, o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público também atua, em matéria fundacional, como órgão de execução[5].

Prerrogativas possuem todos os Membros em exercício; já atribuição para legitimamente officiar em um caso concreto, apenas aquele em atuação no órgão ao qual determinada matéria está afeta[6].

É imperioso, portanto, para exata compreensão do tema em testilha, divisarem-se bem os dois institutos.

Feita esta breve digressão, é de relevo anotar que, salvo se tratar de requisição endereçada a uma das autoridades elencadas no inciso VIII do artigo 39 da Lei Complementar Estadual n.º 106/2003[7], a atuação do Procurador-Geral de Justiça nos presentes autos somente se justificaria com espeque no espírito de cooperação entre os órgãos de execução do Ministério Público, uma vez que, como acima já se externou, o órgão de execução noticiante igualmente possui prerrogativa que pretende ver respeitada. Tal medida, todavia, deve ser reservada a casos excepcionálissimos, especialmente diante do risco de impugnação de validade dos atos praticados por autoridade sem atribuição.

Nada impedirá, de toda sorte, sendo adjetivada pela Curadoria de Fundações necessária a contratação de serviço técnico especializado (de auditoria, por exemplo), seja isto viabilizado pela Administração Superior, através de sua Secretaria-Geral.

De toda sorte, é imperioso assinalar que aquela mesma Curadoria de Fundações, em entendendo cabível, poderá, forte no § 2º do artigo 39 da Resolução GPGJ n.º 68/1979[8], provocar incidente junto ao Procurador-

Geral de Justiça para que seja designado administrador provisório para a fundação *sub oculis*, inclusive com o afastamento de administradores da mesma.

Este tema posto encontra único paralelo no procedimento MPRJ n.º 38034/2002, que culminou com decisão emanada pelo então Exmo. Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Muiños Piñeiro Filho, de intervir na gerência da Fundação Educacional Dom André Arcoverde mediante a designação de Administrador Provisório.

Ao fio do exposto, esta Consultoria Jurídica se manifesta pela **DEVOLUÇÃO** dos autos à Exma. Promotora de Justiça em exercício junto à Curadoria de Fundações, **sem prejuízo de ser por aquele órgão de execução posteriormente solicitada a contratação de serviço técnico especializado pela Administração Superior ou provocado, forte no § 2º do artigo 39 da Resolução GPGJ n.º 68/1979, incidente para que seja designado pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça administrador provisório para a fundação *sub oculis*, com ou sem o afastamento de administradores da mesma.**

É o parecer *sub censura*.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 2007.

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR[*]

PROMOTOR DE JUSTIÇA

*Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de
Justiça em exercício*

[*] Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da UERJ; Coordenador de Direito Processual do Instituto Superior do Ministério Público; *e-mail*: jmarinho@mp.rj.gov.br.

[1] “*Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: (...) VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;*”

[2] Respeitadas, por óbvio, pontuais exceções pertinentes a certas autoridades, por força de incidência analógica da Lei Complementar Estadual n.º 106/2003, *ipsis litteris*: “*Art. 39 - Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, nesta e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) VIII - exercer as atribuições previstas no art. 129, II e III, da Constituição da República, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o*

Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação; com foro por prerrogativa de função.”

[3] Por certo, contará o Exmo. Procurador-Geral de Justiça com o apoio de uma de suas ilustradas Assessorias, conforme disposto na Resolução GPGJ n.º 1280/2005: “Art. 2º - (...) § 7º - À Assessoria de Feitos de Atribuição Originária Cível incumbe: I - prestar apoio técnico-jurídico ao Procurador-Geral de Justiça nos feitos de natureza não penal de sua atribuição originária exclusiva, cujo processo e julgamento seja da competência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça; II - prestar apoio técnico-jurídico ao Procurador-Geral de Justiça nos inquéritos e ações civis públicas de sua atribuição originária; III - encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça, mensalmente, relatório das atividades desenvolvidas, com a produtividade de cada integrante da Assessoria; IV - desempenhar outras atividades que lhe forem atribuídas pelo Procurador-Geral de Justiça. (...) Art. 5º - (...) § 1º - À Assessoria Cível incumbe, ressalvadas as atribuições cometidas à Assessoria de Feitos de Atribuição Originária Cível: I - emitir parecer: a) em recursos ordinários interpostos das decisões finais dos órgãos do Tribunal de Justiça; b) sobre a admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais em matéria cível; c) em outros feitos de natureza cível, sempre que solicitado pelo Procurador-Geral de Justiça.”

[4] Leia-se o seguinte artigo da referida Resolução: “Art. 39 - O Procurador-Geral da Justiça, em casos especiais, poderá, por provocação do Supervisor da Provedoria de Fundações, designar Membro do Ministério Público, para, na qualidade de fiscalizador direto, auxiliar órgão de atuação na provedoria de determinada entidade fundacional. § 1º - O fiscalizador direto poderá contar com auxiliares, inclusive auditor permanente. § 2º - O Procurador-Geral da Justiça poderá, por provocação do Supervisor da Provedoria de Fundações, designar administrador provisório para determinada fundação, com ou sem afastamento provisório de administradores da mesma, conforme o caso, nas seguintes hipóteses: I) inexistência de administradores ou de quorum mínimo para reunião ou deliberação dos órgãos fundacionais; II) não realização de eleições na época oportuna, com permanência irregular dos antigos administradores; III) verificação de irregularidades graves na administração da entidade; IV) disputa entre grupos na administração da instituição, de modo a tumultuar a gestão da mesma. § 3º - A administração provisória terá a duração máxima de 06 (seis) meses. § 4º - Caso seja necessária a medida prevista no inciso VII do art. 38, a mesma deverá ser promovida judicialmente, pelo órgão de atuação competente. § 5º - Os ônus da fiscalização direta, da auditoria permanente e da administração provisória correrão por conta das fundações. (...)”

[5] Consulte-se nossa Lei Complementar n.º 106/2003: “Art. 41 - Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público: I – Decidir: a) os recursos interpostos dos atos dos Promotores com atribuição em matéria de fundações;”.

[6] Sobre a conceituação de “atribuição”, vide por todos Carlos Roberto de Castro Jatahy in “Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público”: “Atribuição é conceituada de diversas formas pela doutrina, podendo ser sintetizada como ‘a soma de poderes outorgados ou conferidos à pessoa para que validamente pratique certos e determinados atos’ (De Plácido e Silva, 1997, v.I, p. 241). Para Sérgio Demoro Hamilton, a atribuição tem relação com a capacidade processual para a atuação em determinado procedimento, caracterizando-a como ‘pressuposto de validade da instância’. A matéria, segundo o mestre, deveria estar regrada nos nossos códigos e não restrita às leis orgânicas ministeriais (Hamilton, 2001). Paulo César Pinheiro Carneiro, por sua vez, prefere identificá-lo como requisito para o regular desenvolvimento da relação jurídico-processual (Carneiro, 2001, p. 99)” (op. cit., 2ª ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006, p.193).

[7] Já acima transcrito.

[8] Também já transcrito acima.