

O VELAMENTO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Janine Borges Soares*
Keller Dornelles Clos**

Resumo: Muitas lacunas do Estado nas áreas da assistência social, cultura, educação, saúde, meio ambiente e pesquisa científica têm sido supridas pela atuação do Terceiro Setor na consolidação do Estado Democrático de Direito. As Fundações Privadas representam a assunção pela sociedade de sua parcela de responsabilidade com a implementação desses direitos. Com este artigo pretende-se abordar várias questões jurídicas relacionadas com o velamento das Fundações Privadas pelo Ministério Público. Na investigação do tema enfrenta-se a natureza jurídica das Fundações Privadas e do próprio Ministério Público, o alcance e os limites do velamento e o Poder regulamentar e o Poder de polícia do parquet no exercício dessa importante atribuição.

Palavras-chave: Fundações privadas. Velamento. Ministério Público. Poder Regulamentar. Poder de Polícia.

Sumário: 1. Introdução. 2. As Fundações Privadas no ordenamento e sua natureza jurídica. 3. Velamento. 4. Ministério Público – sua natureza constitucional. 5. Atribuições do ministério público. 6. Poder regulamentar e poder de polícia. 7. O poder regulamentar do Ministério Público no velamento das fundações privadas. 8. Atribuições administrativas, extrajudiciais e judiciais do velamento. 9. Atribuições ministeriais ordinárias concorrentes com atribuições extraordinárias (velamento). 10. atribuições exclusivas dos gestores e dos representantes das fundações privadas. Considerações finais. Referências.

* Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Escola Superior do MPRS. Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Coordenadora do Escritório de Gestão Estratégica e Projetos e Coordenadora do Memorial do Ministério Público do RS.

** Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica – PUCRS, Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

The veiling of private foundations by the Public Ministry

Abstract: Several governmental gaps regarding social assistance, culture, education, health, the environment, and scientific research have been supplied by the participation of the third sector in the democratic state ruled by law. Private foundations represent society taking over its responsibility share by implementing these rights. In this paper, we approach several juridical issues related to the veiling of private foundations by the Public Ministry. By investigating this topic, we face the legal nature of private foundations and of the Public Ministry itself, the range and limits of veiling and Regulatory Power, and also the parquet Police Power in conducting this important assignment.

Keyword: Private foundations. Veiling. Public Ministry. Regulatory Power. Police Power.

Summary: 1. Introduction. 2. Private foundations in the legal system and their legal nature. 3. Veiling. 4. Public Prosecutor – its constitutional nature. 5. Attributions of the Public Prosecutor. 6. Regulatory power and police power. 7. The regulatory power of the Public Prosecutor's Office in the veiling of private foundations. 8. Administrative, extrajudicial and judicial tasks of the veiling. 9. Competing ordinary ministerial attributions with extraordinary attributions (veiling). 10. Exclusive tasks of managers and legal representatives of private foundations. Final considerations. References.

1 Introdução

Diante da incapacidade do Estado de suprir todas as necessidades da sociedade, e da inquestionável importância do Terceiro Setor nesse contexto da modernidade, muito se discute sobre Fundações Privadas, mas pouco se compreende sobre o verdadeiro significado de sua natureza jurídica e sobre o velamento realizado pelo Ministério Público, até por que não há na legislação brasileira uma definição jurídica do Terceiro Setor nem de como deve ser exercida essa importante atribuição do parquet, objeto principal de investigação desse artigo.

Para a melhor compreensão do tema proposto é preciso inicialmente situar as Fundações Privadas dentro do ordenamento jurídico brasileiro e entender sua natureza jurídica. Após, suscitar a importância dessas instituições, sob o ponto de vista social, e o que representa o velamento no sistema jurídico vigente e na contemporaneidade, examinando-se também as atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição Federal. Ao final pretende-se apresentar algumas conclusões sobre o que vem a ser o velamento fundacional a ser desenvolvido pelo Ministério Público e seus contornos.

Aquilo que Bauman¹ chama de fluidez da modernidade afetou também as instituições contemporâneas, entre elas o Ministério Público, que precisam se adaptar constantemente a um mundo em movimento. Nessa realidade elástica, do mundo da velocidade, está o indivíduo que, conforme Dumond,² passou a

¹ BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

² DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ser o valor supremo e que, de acordo com Romam,³ conquistou sua liberdade, mas que ainda se constitui com muitas vulnerabilidades. Diante dos inúmeros problemas sociais existentes cabe ao Ministério Público cumprir sua imensurável missão constitucional, sendo o velamento das fundações privadas uma forma de realmente impactar a sociedade nas mais diversas áreas de sua atuação.

Assim, pretende-se analisar o velamento a partir das atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição Federal e pela lei infraconstitucional para ao final tecer algumas conclusões sobre sua importância e seus limites.

2 As Fundações Privadas no ordenamento e sua natureza jurídica

São as Fundações Privadas organizações não governamentais sem finalidades lucrativas, hoje denominadas de Organizações da Sociedade Civil, que fazem parte do Terceiro Setor. “O Terceiro Setor é aquele que não é público nem privado, no sentido convencional desses termos; porém guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza ‘privada’ (sem o objetivo de lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do Governo (administração estatal).”⁴

No mesmo sentido

A participação privada, no desenvolvimento das políticas públicas, tem sido uma realidade inexorável, posto que, em razão da própria dificuldade espacial e do necessário envolvimento dos mais diversos organismos para resolver todas as demandas, a lógica de um Estado superpresente não é satisfatória. Coisa Pública não significa coisa oficial.⁵

A expressão ‘terceiro setor’ foi cunhada nos EUA, nos anos 1970, para identificar o setor da sociedade onde atuam organizações sem fins lucrativos, voltadas para a produção ou distribuição de bens e serviços públicos [...]. Trata-se de uma terminologia sociológica que dá significado a todas as iniciativas privadas de utilidade pública com origem na sociedade civil.⁶

Examinando o texto constitucional verifica-se que não há menção expressa às Fundações Privadas, apenas às Fundações Públicas, no capítulo da administração pública, o que é perfeitamente compreensível, uma vez que quando se trata de instituição pública vige o princípio da legalidade estrita (art. 37, inciso XIX,

³ ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: MORIN, Edgar (Org.). *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, 1996.

⁴ FRANÇA, Joel Antonio de (Coord.). *Manual de procedimentos para o terceiro setor: aspectos de fisco e contabilidade para entidades de interesse social*. Brasília, DF: CFC, 2015. p. 25.

⁵ GRAZZIOLI, Airton. et al. *Organizações da sociedade civil: associações e fundações: constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes*. São Paulo: EDUC, 2016. p. 23.

⁶ GRAZZIOLI et al., loc cit.

da Constituição Federal⁷), ou seja, para que o administrador possa instituir uma fundação dessa natureza somente poderá fazê-lo se houver previsão e autorização legal. Já quanto às Fundações Privadas é natural que não haja menção na Carta Magna, pois as espécies de pessoas jurídicas privadas encontram-se no desdobramento dos princípios jurídicos constitucionais, os quais informam o ordenamento jurídico nacional, tanto quanto os princípios políticos constitucionais dão os fundamentos e os contornos do sistema político e institucional do país.

As Fundações Privadas estão previstas no Código Civil Brasileiro, artigo 62 e seguintes, e como dito acima, estatuídas pelo legislador infraconstitucional, em consonância com os princípios jurídicos constitucionais. Como pertencem ao campo do direito privado, a elas será aplicado o princípio constitucional da reserva legal, insculpido no artigo 5º, inciso II, da nossa Lei Maior, com exceção apenas quanto às Fundações de Apoio, as quais, à semelhança das Fundações Públicas, seguem o princípio da legalidade estrita, por força do artigo 2º, da Lei nº 8.958/94. Em outras palavras, às Fundações Privadas é assegurada ampla atuação, livre da imposição de qualquer limite não contemplado em lei formal. Portanto, quando se fala de velamento das fundações, deve-se levar em conta, primeiramente, a liberdade de atuação das fundações.

Nesse sentido, Diniz⁸ conceitua:

Fundações são universalidades de bens personalizados pela ordem jurídica, em consideração a um fim estipulado pelo fundador, sendo esse objetivo imutável e seus órgãos servientes, pois todas as resoluções estão delimitadas pelo instituidor. É, portanto, um acervo de bens livres, que recebe da lei a capacidade jurídica para realizar as finalidades pretendidas pelos seus instituidores, em atenção aos seus estatutos.

Paes é categórico ao afirmar que é “Inegável e inquestionável que as fundações nasceram sob a inspiração e auspícios do direito privado.”⁹

Concluindo o raciocínio acerca da liberdade de atuação das fundações privadas refere Kother que “A consciência da Cidadania não se alimenta na dependência e na subserviência. Ao contrário, ela respira autonomia e liberdade. Conduzir e trabalhar por essa ideia é o foco do Terceiro Setor, que faz da transparência o alicerce da solidariedade.”¹⁰

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

⁸ DINIZ *apud* PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 196.

⁹ PAES, *loc cit.*

¹⁰ KOTHER. Maria Cecília Medeiros de Farias. *Contexto e caminhos do terceiro setor*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 76.

Assim, as Fundações Privadas foram definidas pelo art. 44, inciso III, do Código Civil, como pessoas jurídicas de direito privado e estão disciplinadas no artigo 62 e seguintes do Código Civil. Como lecionam Gagliano e Pamplona Filho,¹¹ “Personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo para ser sujeito de direito.” Dessa forma elas não podem sofrer limites para além do contemplado em lei formal e está o velamento fundacional atrelado a esta natureza jurídica.

Quanto ao patrimônio da fundação, logo após ser levado a registro passa a adquirir personalidade jurídica patrimonial e se desvincula totalmente do instituidor, razão pela qual Pontes de Miranda¹² refere que uma fundação é “[...] uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade.”¹³ Este patrimônio não pertence ao instituidor, nem aos seus administradores, tampouco ao Estado ou a seus beneficiários, e por isso exige um tratamento diferenciado “[...] vez que público o objetivo e indeterminado o dono do patrimônio.”¹⁴

Esclarece Resende¹⁵ que “[...] a fundação é um patrimônio que se transforma em pessoa. *Pessoa eternizada em seu próprio conceito. Pessoa jurídica a quem a lei assegura a continuidade de seus objetivos, mesmo depois de sua extinção...*” Assim, importante referir que em caso de extinção da Fundação Privada seu eventual patrimônio deverá ser incorporado por outras fundações com finalidades semelhantes, salvo disposição diversa em seu estatuto, conforme prevê o art. 69 do Código Civil.

As Fundações Privadas, por serem patrimônios sociais e constituírem instituições que cooperam com o Poder Executivo para suprir necessidades sociais, recebem incentivos fiscais e/ou tributários, o que também exige fiscalização. Assim, Resende¹⁶ conclui que

Nesse diapasão, partindo da inafastável premissa de que é obrigatória uma especial atenção do Estado com relação às fundações, não existe na organização estatal instituição mais apropriada para exercitar referido velamento do que o Ministério Público que, através dos tempos, tem sido reconhecido como o órgão de defesa da sociedade [...]

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 63.

¹² PONTES DE MIRANDA *apud* RESENDE, Tomás de Aquino. *Fundações: velamento pelo Ministério Público*. Fundações, Porto Alegre, ano 4, n. 5, p. 49-58, 1999. p. 50.

¹³ PONTES DE MIRANDA *apud* RESENDE, loc cit.

¹⁴ RESENDE, loc cit.

¹⁵ RESENDE, loc cit., grifo do autor

¹⁶ *Ibid.*, p. 52.

Cabe ao Ministério Público, então, garantir a preservação desse patrimônio social que possui personalidade jurídica própria e finalidade vocacionada a garantir os mais diversos direitos dos cidadãos, sempre respeitando a liberdade de atuação das Fundações Privadas, dentro do princípio da reserva legal.

3 Velamento

A palavra *velará*, encontrada no artigo 66 do vigente Código Civil, já fora empregada no anterior Código de Civil de 1916. A redação integral do artigo foi a mesma em ambos os códigos: “*Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.*”¹⁷

A doutrina parece sedimentada no sentido de que a palavra *velará* tem um significado amplo, englobando o poder-dever de cuidar, zelar, vigiar, auxiliar, orientar e acompanhar as instituições na caminhada rumo à concreção de suas finalidades, já determinadas pelo instituidor, evitando-se desvios ou atividades desnecessárias e perdulárias, que venham diminuir, corroer ou onerar desnecessariamente seu patrimônio.

Fagundes,¹⁸ referindo-se ao Ministério Público, afirmou que

[...] o que compete a esse Órgão é velar em defesa das finalidades das fundações e dos seus patrimônios. A expressão de que nesses textos se usa – velar pelas fundações – significa a entrega, ao Ministério Público, da guarda ativa das fundações, de modo que possa fiscalizar as administrações delas para que não desviem do reto caminho e para atendimento das finalidades visadas pelo fundador.

Paes,¹⁹ fazendo referência sobre a alteração, levada a efeito pelo insigne Ruy Barbosa, da expressão “ficar sob a inspeção do Ministério Público” para “*Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situada*”, salientou que a última demonstra uma abrangência muito maior e mais qualificada do que a fiscalização ordinária realizada pelo Ministério Público. Por óbvio que, com a promulgação da vigente Constituição Federal e do novo Código Civil, o espectro de incidência e o fundamento de validade dessa norma em comento se fortaleceu ainda mais, uma vez que a instituição Ministério Público ganhou relevo e atribuições em sede constitucional.

Entretanto, como observou com percuciência Paes,²⁰

Essa definição, embora esclarecendo o alcance do verbo utilizado pelo art. 66 do Código Civil, não define os contornos da atuação desse órgão do Ministério Público; ao contrário, deixa-a ampla demais, levando

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

¹⁸ FAGUNDES apud PAES, 2020, p. 537.

¹⁹ Ibid., p. 538.

²⁰ Ibid., p. 536.

a falsa ideia de que a atribuição do Ministério Público no tocante às fundações é ilimitada, sem nenhum contorno legal, visto não existir, no ordenamento jurídico nacional, especificação taxativa das atribuições do Ministério Público em relação à tutela ou acompanhamento das fundações, estando os meios legais para defesa das fundações não sistematizadas e dispersos no ordenamento jurídico pátrio.

Para buscar compreender a atribuição de velamento das Fundações Privadas pelo Ministério Público no atual sistema jurídico-político, é preciso primeiro entender a natureza da atuação ministerial dentro do cenário político-constitucional.

4 Ministério Público – sua natureza constitucional

Em 1997, o Ministro da Educação francês Claude Allègre propôs ao sociólogo Edgar Morin a participação num conselho cujo objetivo era elaborar sugestões para o ensino científico, através de jornadas temáticas. Desse conselho resultou a Edição do livro *O Desafio do Século XXI: Religar os Conhecimentos*, que contém em suas primeiras páginas referência de Morin²¹ no sentido de que o grande desafio da globalidade é

[...] a inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, por um lado, um saber fragmentado em elementos disjuntos e compartimentado nas disciplinas, por outro, realidades multidimensionais, globais, transnacionais, planetárias, problemas cada vez mais transversais, pluridisciplinares, até mesmo transdisciplinares.

Essas jornadas temáticas se propuseram a enfrentar os dois grandes desafios do conhecimento no terceiro milênio, o da globalidade e o do aumento ininterrupto dos saberes, partindo do pressuposto de que não há mais espaço para o saber fragmentado.

As funções institucionais do Ministério Público, previstas no art. 127, *caput*, da Constituição Federal,²² mantém relação estreita com a necessidade de ser este órgão capaz de atender a essa demanda da hipermodernidade, estudada nas referidas jornadas temáticas. Uma instituição que tem como dever constitucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis sem dúvida deve estar preparada para ouvir as mais variadas demandas da sociedade e, para além disso, para compreender a pluralidade, a multiculturalidade e a interseccionalidade das questões que lhe são apresentadas. As Fundações Privadas precisam caminhar no mesmo sentido, em razão de também atuarem nas mais diversas áreas, sendo que nessa trajetória em que se cruzam o Ministério Público e o Terceiro Setor, destaca-se ainda mais a importância do velamento.

²¹ MORIN, Edgar. *O desafio do século XXI: religar os conhecimentos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 10.

²² BRASIL, 1988.

As funções de soberania nacional, em nossa Constituição Federal, estão divididas entre três Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. José Afonso da Silva²³ afirma que

Não é difícil distinguir jurisdição e legislação [...] Mais difícil é estremar a jurisdição da administração [...] Chiovenda, por exemplo, concebe a jurisdição como uma atividade secundária, ou coordenada, no sentido de que ela substitui a vontade ou a inteligência de alguém, cuja atividade seria primária, enquanto o administrador exerce atividade primária, ou originária, no sentido de que a desenvolve no seu próprio interesse. O juiz julga a respeito de outrem e em razão da vontade da lei concernente a outrem. A administração decide a respeito da própria atividade. Outros, como Cristofolini e Luiz Eulálio Vidigal, chegam à conclusão de que não há, realmente, distinção entre jurisdição e administração. Existem na verdade, apenas duas funções do Estado, que são a legislação e a aplicação da lei, e esta se desdobra em administração e jurisdição.

No mesmo sentido, “De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe.”²⁴

Nesse contexto, quando se examina a essência da atividade do Ministério Público na ordem constitucional, pode-se afirmar que sua atuação é de cunho administrativo, pois a toda evidência não é legislativa e, também, não é jurisdicional, neste último caso simplesmente porque no nosso sistema político-constitucional somente aos integrantes do Poder Judiciário foi conferido o poder jurisdicional de suas decisões.

Aprofundando o tema do velamento pela ótica das funções institucionais do Ministério Público, numa reflexão sobre a essência das atribuições no cenário constitucional, é possível reconhecer seu cunho administrativo, pois claramente, como afirmado, não é legislativa, tampouco jurisdicional. Há semelhanças com a atividade do Poder Executivo, mas sem haver vinculação ou subordinação a este poder, embora de certa forma esteja dentro de sua estrutura organizacional. Nesse sentido, Garcia²⁵ refere não haver óbice à possibilidade da Constituição Federal de 1988 contemplar a existência de três poderes e, paralelamente, criar órgãos independentes.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 552-553.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 132.

²⁵ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

Assim, o legislador constituinte de 1988 alçou o Ministério Público à condição de órgão independente com autonomia administrativa e financeira, cujos membros integram a categoria de agentes políticos com as mesmas garantias dos magistrados. Na lição de Meirelles,²⁶

Órgãos independentes são originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais.”

Adiante, conclui que

É de se incluir, ainda, nesta classe, o Ministério Público federal e estadual, as defensorias públicas e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e Municípios, os quais, embora não sejam órgãos representativos dos Poderes a que pertencem, são funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os funcionários das respectivas instituições.

A natureza jurídica do Ministério Público, instituição desvinculada de qualquer estrutura hierárquica e sem subordinação a qualquer autoridade, não possui uma definição conclusiva. Como colaciona Garcia²⁷ “[...] tanto será correto atribuir-se ao Ministério Público a natureza jurídica de órgão *sui generis* como de Instituição Constitucional.” Repetido FL 18

Dessa forma, mesmo diante das considerações acima, as quais buscam especificar e distinguir a atuação do Ministério Público, diferenciando-a daquelas desempenhadas pelos Poderes de Estado, é possível concluir que a natureza da atuação continua sendo de cunho administrativo, sendo essa compreensão muito importante no estudo do velamento, como será visto na sequência.

5 Atribuições do ministério público

Os problemas e as diversas questões que chegam ao Ministério Público diuturnamente trazem consigo uma carga de complexidade que rompe os limites do direito como ciência puramente jurídica. Para atender de forma eficaz e resolutive a essa demanda, é necessário ultrapassar o conhecimento compartimentado da ciência jurídica, rumo a conflitos que exigem aplicação de princípios constitucionais e a interlocução com outras áreas do conhecimento tais como

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 44. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 65.

²⁷ GARCIA, 2017, p. 112.

história, psicologia, antropologia, política, criminologia etc. Ao cumprir suas funções institucionais, que se situam nas mais diversas áreas, o Ministério Público deve ser uma instituição resolutiva capaz de conferir segurança jurídica e tranquilidade social e, ao mesmo tempo, transmitir confiança, o que se conecta tanto com a estrutura dos serviços prestados, quanto com a capacidade de romper barreiras e metodologias de trabalho. Velar pelas Fundações Privadas, atuando administrativamente e, também, judicial e extrajudicialmente, é romper paradigmas de um saber e de um agir viciado na concretude da lei, rumo a uma atuação moderna, resolutiva, desburocratizada.

Confrontado com a crueza da sociedade e com a multiplicidade dos problemas, o Ministério Público precisa se consolidar como uma instituição democrática capaz de se adaptar às novas e mutantes situações. Conforme Bachelard, “As exigências de nossa função real obrigam-nos a adaptar-nos à realidade, a constituir-nos como uma realidade, a fabricar obras que são realidades.”²⁸

O artigo 127 da Constituição Federal²⁹ instituiu o atual Ministério Público e delimitou sua finalidade institucional, conferindo-lhe as mais altas e complexas responsabilidades, dentre as quais o compromisso de ser guardião da ordem jurídica nacional, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como já referido. Alicerçado no princípio da igualdade, que norteia o Estado Democrático de Direito, cabe ao *parquet* defender os interesses da sociedade visando a que todos os indivíduos, ao mesmo tempo em que cumpram as normas jurídicas, tenham seus direitos humanos preservados e uma vida digna.

Já o art. 129 da Constituição Federal,³⁰ além da autonomia administrativa, trouxe as funções institucionais do Ministério Público, que são basicamente de fiscalização e de execução dos comandos normativos de ordem pública, ou seja, suas atribuições ordinárias. Entretanto, o inciso IX do art. 129 da Constituição Federal, ao prever que outras poderão ser conferidas ao órgão, desde que compatíveis com seu mister, possibilitou a previsão de atribuições extraordinárias, a serem conferidas pela lei infraconstitucional, o que é referendado pelo art. 25 da Lei nº 8.625/1993,³¹ que autoriza a lei a outorgar outras atribuições ao Ministério Público.

Assim, examinado o texto constitucional vigente (art. 127 e art. 129 da Constituição Federal) observa-se que o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público atribuições que podem ser classificadas como ordinárias (constitucionais) e extraordinárias (infraconstitucionais). Dessa forma, no inciso IX do art. 129 da

²⁸ BACHELARD, Gaston. *A poética do devaneio*. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 13.

²⁹ BRASIL, 1988.

³⁰ Ibid.

³¹ BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Constituição Federal se situa o permissivo do exercício de outras funções não conferidas no texto constitucional originário ou vigente, abrindo-se caminho para que através da legislação infraconstitucional sejam criadas e designadas outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade,³² entre elas o velamento das Fundações Privadas.

A outorga de atribuição extraordinária ao Ministério Público dos Estados para o velamento das Fundações Privadas (exceto com relação às previdenciárias, por força do artigo 72 da Lei complementar 109/2001), consolida a figura do Poder Regulamentar ao Ministério Público, e seu consequente Poder de Polícia, o que será visto a seguir.

6 Poder regulamentar e poder de polícia

O Poder Regulamentar é um poder-dever do Poder Executivo a ser exercido diante da necessidade de se explicitar comandos normativos decorrentes de lei formal e disciplinar como os administrados poderão cumprir seus deveres ou viabilizar os direitos a eles conferidos.

Meirelles,³³ aduz que:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (Constituição da República, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

E segue:

*No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. [...] O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento - autônomo ou de execução de lei - não invada as chamadas *reservas da lei*.*

O Poder de Polícia, por sua vez, caracteriza-se pela necessidade da administração pública de acompanhar o desenvolvimento de atividades e a utilização de bens por todos, de modo que ocorram dentro dos limites legais e não afetem a coletividade com a imposição de qualquer prejuízo.

Quanto à utilização do Poder Regulamentar para regular as atividades da iniciativa privada, tem-se a lição de Di Pietro:³⁴

Nas origens, o conteúdo do direito administrativo era bem restrito, porque no período do Estado liberal, é pequena a interferência do Estado no domínio da atividade privada, limitando-se apenas a alguns serviços

³² Id., 1988.

³³ MEIRELLES, 2020, p. 133.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 158-159.

essenciais e à manutenção da ordem pública. À medida que foi se transformando em Estado prestador de serviços, ele passou a desenvolver inúmeras atividades nas áreas da saúde, educação, assistência e previdência social, sempre com o objetivo de promover o bem-estar geral. Cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, porque o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares. Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na livre iniciativa, pelo Estado-Providência ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando instrumentos de ação do poder público, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário.

O Poder de Polícia, em geral, decorre do próprio Poder Regulamentar, ou seja, a autoridade que regulamenta a lei, por consequência, também será a responsável pelo cumprimento, tanto da lei quanto do seu instrumento regulatório. Importante lembrar que essa atividade policial, de igual modo, deve restringir-se ao princípio da legalidade estrita, ou seja, limita-se ao que está previsto em lei formal e em ato administrativo legítimo. Caso não atenda a estes critérios, será possível a submissão dos atos de polícia ao controle judicial, pois ao Poder Judiciário compete apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.³⁵ Nesse sentido, refere o sempre atual mestre Meirelles:³⁶

Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder regulamentar a matéria [...] Como todo ato administrativo, o ato de polícia subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se inclusive ao *controle da legalidade* pelo Poder Judiciário.

Sob a perspectiva do Poder Regulamentar e do Poder de Polícia, pode-se assegurar que são intrínsecos à autoridade administrativa e que esta tem o poder-dever de utilizá-los sempre que conveniente ao interesse público ou do próprio Estado.

7 O poder regulamentar do Ministério Público no velamento das fundações privadas

A legislação infraconstitucional conferiu ao Ministério Público a atribuição de velar pelas Fundações Privadas, por seus patrimônios e pelo cumprimento de suas finalidades voltadas ao interesse público, exercendo a fiscalização e a guarda ativa dessas instituições sem fins lucrativos, com base no art. 66 do Código Civil³⁷ (exceto quanto às fundações de previdência privada ou complementar, con-

³⁵ BRASIL, 1988.

³⁶ MEIRELLES, 2020, p. 135-136.

³⁷ BRASIL, 2002.

forme artigo 72 da Lei Complementar 109/2001). Com efeito, como todas as Fundações Privadas visam ao atendimento de fins públicos e sociais, conclui-se que legitimado está o Ministério Público, defensor constitucional dos serviços de relevância pública, para intervir, tanto na esfera administrativa, extrajudicial ou judicial, com relação às atividades desenvolvidas por estas instituições. Vale repetir que quando se fala em Fundação Privada não se está tratando apenas de questões patrimoniais de interesse privado, mas sim de entidades com finalidades essencialmente públicas. Os patrimônios são privados, pois de uma entidade instituída com base no direito privado, mas são também patrimônios sociais, ou seja, não pertencem especificamente a nenhuma pessoa física (como nas associações), ao contrário, são de toda a sociedade.

Segundo Paes,³⁸

A fundação, em nosso direito, é uma instituição de fins determinados (finalidade esta que depende da vontade do instituidor), formada pela atribuição de personalidade jurídica a um complexo de bens livres, que é o patrimônio, o qual será administrado, por órgãos autônomos de conformidade com as previsões do estatuto.

Refere Alves,³⁹ que

A fundação é um patrimônio personalizado que se destina a objetivos sociais. Por isso, a todos interessa a boa administração da fundação e do seu patrimônio, porque ela cuida de legítimos interesses sociais difusos. Está, pois, no art. 129, inciso III, da Carta Magna, o fundamento legal para o Ministério Público ajuizar ação na defesa de interesses das Fundações.

Ainda, Alves⁴⁰ aduz que o Tribunal de Justiça de São Paulo já proferiu decisão sobre essa matéria, como se pode observar nesta transcrição:

A regra jurídica do art. 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, dá ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública para a proteção não apenas do patrimônio público (estatal ou do povo) mas também do patrimônio social. Temos que entender por patrimônio social o que, não sendo público mas, ao contrário, privado, tem destinação social, comunitária. Eis o sentido social, mormente em face das regras gerais (princípios) consagrados no prólogo da Constituição e nos seus arts. 1º e 3º, em que é dada ênfase ao conceito de social.

Feitas essas colocações, resta pensar como deve ser feito o velamento do Ministério Público sobre as Fundações Privadas, a ser compreendido como a legitimidade para atuar no âmbito fundacional como órgão de fiscalização, de apoio e de acompanhamento, já que não há qualquer definição mais específica no Código Civil.

³⁸ PAES, 2020, p. 16.

³⁹ ALVES, Francisco de Assis. *Associações, sociedades e fundações no Código Civil de 2002: perfil e adaptações*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 105.

⁴⁰ ALVES, 2005, p. 105-106.

Partindo-se do princípio de que as Fundações Privadas são patrimônios com personalidade jurídica própria e finalidades sociais, os quais não integram o acervo de nenhuma pessoa jurídica de direito público, seja União, Estados ou Municípios e que se caracterizam como patrimônios sociais, é preciso salientar que nada mais consentâneo que o legislador infraconstitucional as submetesse ao Ministério Público para fins do velamento, nos termos do artigo 66 do Código Civil.

Considere-se, ainda, que a atribuição do Ministério Público, no que diz respeito ao velamento das Fundações Privadas consiste basicamente em verificar que, quando regular sob os aspectos administrativos e financeiros, ela cumpra as finalidades às quais se destina, podendo, para tanto, o *parquet* atuar extrajudicialmente e, quando necessário, na esfera judicial. Essa atribuição perpassa pela aprovação das atas e das contas, dos estatutos, culminando com a fiscalização da aplicação dos bens e dos recursos financeiros (extrajudicial e judicialmente) e verificação *in locu* do cumprimento das finalidades previstas no respectivo estatuto, através das inspeções ordinárias, dentre outras. O Poder Regulamentar sobre esse dispositivo citado (art. 66 do Código Civil⁴¹) foi, assim, automaticamente conferido ao órgão ao qual cabe executá-lo com exclusividade e *ex officio* (típico ato do poder executivo), qual seja o Ministério Público, que nessa hipótese irá exercer uma função de natureza tipicamente administrativa. Sob o ponto de vista jurídico, cabe ao órgão constitucionalmente erigido a defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis o poder-dever de regulamentar a matéria do velamento fundacional, tudo em consonância também com a previsão expressa do inciso IX do artigo 129⁴² da Constituição Federal.

A forma como essas importantes e complexas atribuições devem ser levadas a efeito precisa estar devidamente regulamentada, sendo possível afirmar que, por se estar diante de uma norma com efeitos externos, os quais ultrapassam os limites administrativos do Ministério Público, o instrumento mais adequado a ser utilizado pelo Chefe do Ministério Público para regulamentar a matéria é a resolução. Cabe referir que na lição de Meirelles⁴³ resoluções são atos normativos editados por autoridades superiores para disciplinar as matérias de sua competência específica e que podem produzir efeitos externos, ao passo que o exercício do Poder Regulamentar por parte dos chefes de poder executivo se dará por meio de decreto. Aduz o citado autor:⁴⁴

⁴¹ BRASIL, 2002.

⁴² Id., 1988.

⁴³ MEIRELLES, 2020, p. 180-181.

⁴⁴ MEIRELLES, loc cit.

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica [...] Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta.

Desta resolução a ser editada pelo Procurador-Geral de Justiça dentro do seu Poder Regulamentar emanará o Poder de Polícia do Ministério Público sobre as Fundações Privadas, entendido como poder fiscalizatório e regulador dessas instituições, alicerçado na defesa do interesse público e social relevante ao qual cada uma delas se destina e que deve estar previsto em seu Estatuto.

Por tudo isso, entende-se que a normatização das atribuições do Ministério Público no exercício do velamento das Fundações Privadas deverá ser objeto de ato do Procurador-Geral de Justiça de cada um dos Estados, a ser exercido dentro do seu Poder Regulamentar previsto no art. 127, “caput” e §2º, art. 129, IX, da Constituição Federal (no Estado do Rio Grande do Sul também encontramos fundamento no art. 109, inciso I da Constituição Estadual, art. 4º, parágrafo 5º, e art. 25, inciso XX, ambos da Lei Estadual nº 7.669, de 17/06/1982). Como esse regramento deverá produzir efeitos externos à instituição do Ministério Público, impõe-se seja feito através de uma resolução.

Esse Poder Regulamentar é função equivalente àquela exercida pelos chefes do Poder Executivo dos entes públicos, seja União, Estados ou Municípios. O Poder Regulamentar, também definido como poder normativo, é uma das formas de expressão da função normativa do Poder Executivo, e consiste em editar normas complementares à lei, com o objetivo de que esta seja cumprida e executada.

Em resumo, o velamento das Fundações Privadas, previsto pela lei infraconstitucional (art. 66 do Código Civil) e que constitui uma atribuição extraordinária do Ministério Público (art. 129, IX, da Constituição Federal), exige regulamentação pelo Procurador-Geral dos Estados que, dentro do Poder Regulamentar que lhe foi conferido (art. 127, *caput* e §2º, Constituição Federal) e, à semelhança do Poder Executivo, deve editar uma norma – resolução – que viabilize o exercício dessa função, com respaldo nos mandamentos e princípios constitucionais, e em consonância com as regras estabelecidas no Código Civil.

8 Atribuições administrativas, extrajudiciais e judiciais do velamento

Dentro do tema proposto, é preciso ainda distinguir as funções dos órgãos de execução do Ministério Público, quanto ao velamento, que tanto devem atuar exercendo o Poder de Polícia administrativa sobre as Fundações Privadas, quanto na esfera de suas atribuições extrajudicial e judicial.

O Poder de Polícia administrativa é originariamente exercido por quem tem o Poder Regulamentar, no caso a autoridade administrativa, qual seja o Procurador-Geral de Justiça, que pode delegar essa atribuição administrativa aos demais membros do Ministério Público. Quanto ao velamento das Fundações Privadas, isso é comumente disciplinado nas legislações estaduais, não havendo, em princípio, qualquer impedimento de que as atribuições decorrentes do Poder de Polícia administrativa sejam distribuídas em conjunto com as demais, extrajudiciais e judiciais.

Embora classicamente a atuação do Ministério Público seja extrajudicial e judicial (atribuições ordinárias decorrentes do texto constitucional), e alguns operadores do direito acreditem que o velamento fundacional ocorre tão somente nessas esferas, neste estudo do tema, como já abordado, visualiza-se outro tipo de atribuição do Ministério Público (atribuições extraordinárias), nos termos do artigo 129, IX, da CF,⁴⁵ caracterizada pelo Poder de Polícia (decorrente do Poder Regulamentar) das atividades administrativas das fundações.

Dentro dos limites do velamento, compreende-se, então, precipuamente três funções ministeriais. Primeiro, o exercício do Poder de Polícia sobre as atividades administrativas das Fundações Privadas (aprovação de atas, estatutos, prestações de contas, autorização para venda de imóveis e constituição ônus reais etc.) e o exercício do Poder de Polícia na fiscalização da concretização das finalidades para as quais foram instituídas (em regra exercido a partir de inspeções *in locu*). Segundo a atuação extrajudicial, a qual visa a instauração de procedimentos investigatórios tendentes ao esclarecimento de situações que possam caracterizar irregularidades na administração da Fundação Privada, como o descumprimento de leis ou do próprio estatuto, que possam comprometer sua finalidade e/ou seu patrimônio, o que pode vir a provocar acordos de correção de rumos e procedimentos com efeitos no contexto da terceira hipótese, qual seja a atuação judicial. Terceiro, o ajuizamento de ações judiciais visando ao afastamento de dirigentes ou reparação de danos a entidade fundacional ou intervenção judicial em processos como fiscal da lei, nas hipóteses em que haja interesse das Fundações Privadas, que se subsumem em interesses da própria sociedade, a serem preservados. Nas duas últimas hipóteses a atuação ministerial visa a reestabelecer o regular funcionamento destas instituições e para tanto pode instaurar Inquérito Civil Público e ajuizar Ação Civil Pública (art. 129, inciso III, da Constituição Federal e Lei nº 7.347, de 24/07/1985), utilizar todo o ferramental jurídico disponível, além de intervir em processos judiciais como fiscal da lei, quando houver interesse de Fundação Privada, com objetivo de

⁴⁵ BRASIL, 1988.

restabelecer ou preservar bens e direitos da instituição, como já salientado. Revela notar, em face de tudo até aqui explicitado, que essa intervenção é obrigatória, podendo gerar nulidade do processo a falta de atuação do *parquet*.

9 Atribuições ministeriais ordinárias concorrentes com atribuições extraordinárias (velamento)

Aprofundando o tema do velamento pela ótica das funções institucionais do Ministério Público, numa reflexão sobre a essência das atribuições no contexto constitucional, reiterando entendimento já explicitado, é possível reconhecer seu cunho administrativo com semelhanças com a atividade do Poder Executivo, mas sem estar vinculado ou subordinado a este poder, embora de certa forma esteja dentro de sua estrutura organizacional.

Na concepção de órgão com atuação independente, mas especificamente no tocante ao tema do velamento fundacional, é preciso destacar que há algumas complexas e importantes situações a serem enfrentadas que podem ocorrer quando o Poder de Polícia colidir com as demais atribuições do Ministério Público.

A primeira delas ocorre quando todas as atribuições decorrentes do velamento recaem sobre um único membro do *parquet*, ou seja, quando o mesmo Promotor de Justiça for o responsável pela aprovação das contas, das atas e dos estatutos (Poder de Polícia sobre os atos administrativos) e por atuar extrajudicialmente e judicialmente na fiscalização e no acompanhamento do ente fundacional. Neste caso, a autoridade administrativa, Promotor de Justiça, que indeferir um pedido de uma fundação – por exemplo, a aprovação de uma ata – poderá ser a mesma autoridade a manifestar-se sobre o ato *sub judice*, se este ato for questionado judicialmente, o que não se coaduna com o princípio administrativo da segregação de funções e sequer atende ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Com efeito, tratando-se de decisão administrativa necessariamente deveria haver a possibilidade de recurso tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial, a ser apreciado por membro diverso daquele que proferiu a decisão. É evidente que o mesmo órgão ministerial não pode atuar em duas instâncias por absoluta vedação legal, pois nessa hipótese incidiria o impedimento insculpido no artigo 148 do nosso Código de Processo Civil⁴⁶ vigente, seja pela hipótese do Inciso I ou do inciso II, do artigo 144, uma vez que, *mutatis mutandis*, a primeira hipótese veda o membro do Ministério Pú-

⁴⁶ BRASIL, 2002.

blico de atuar em duas funções diferentes no desempenho de suas atribuições e a segunda hipótese o veda de proferir duas decisões em instâncias distintas, quando de sua atuação, o que também seria o caso.

Um outro caso que exemplifica esse conflito é quando o Procurador Geral de Justiça, num processo administrativo, denega algum direito pleiteado por um servidor ou membro da instituição e este recorre ao Poder Judiciário. Ocorrerá que, em sede judicial, o ato será apreciado por outro membro do Ministério Público (promotor natural) que atua naquela instância judicial, com total autonomia, não estando este vinculado à decisão administrativa, mesmo ela tendo sido proferida pela maior autoridade do Ministério Público.

No tocante às Fundações Privadas, quando o órgão do Ministério Público estiver realizando, por delegação do Procurador-Geral de Justiça, os atos de Poder de Polícia sobre a administração do ente fundacional é muito importante a distinção dessas funções eminentemente administrativas daquelas exercidas no desempenho das funções judiciais e extrajudiciais, pois assim também se garante a independência das instâncias administrativa e judicial, permanecendo esta última sob a atuação do promotor natural.

A segunda situação poderá ocorrer quando, no velamento extrajudicial e judicial do curador de Fundações Privadas, algum fato provocar também a atuação extrajudicial e judicial de outro Promotor de Justiça com atribuições ministeriais (ordinárias) alheias ao velamento, tais como criminal, defesa do patrimônio público pela ocorrência de improbidade administrativa, defesa do meio ambiente etc.

Por exemplo, na hipótese de o curador de Fundações Privadas instaurar Inquérito Civil Público para apurar eventual desvio de patrimônio fundacional com conseqüente ajuizamento de Ação Civil Pública de Ressarcimento à Fundação e/ou afastamento do dirigente, poderá ser constatada a prática de ilícito penal e/ou de improbidade administrativa. Nesse caso, assim como em outros semelhantes, será possível a atuação concomitante do promotor de justiça curador de Fundações, do promotor de justiça criminal e do promotor de justiça que atua na defesa patrimônio público, embora nada impeça que apenas um órgão realize todo esse trabalho.

Assim, a compreensão do velamento em toda a sua amplitude, a partir de uma análise constitucional, remete a reflexões que provocam uma postura do *parquet* com ênfase numa atuação flexível e complexa que perpassa pela edição de atos administrativos regulatórios, exercício de Poder de Polícia e ampla atuação extrajudicial e judicial, rumo a um arquétipo que se norteia pela garantia dos mais amplos direitos aos cidadãos.

Godinho,⁴⁷ ao comentar que toda a participação do Ministério Público deverá partir de uma base constitucionalmente autorizada afirma que

Essa obviedade é necessária e deve ser repetida à exaustão, sob pena de o hábito atávico – que enseja a inércia da reflexão e a repetição automática de comportamentos – obnubilar qualquer avanço institucional, permanecendo o Ministério Público em sua “relativa quietude” no processo civil, afastando-se inexoravelmente dos balizamentos constitucionais.

Alicerçado no princípio da igualdade que norteia o Estado Democrático de Direito, cabe ao *parquet* defender os interesses da sociedade visando a que todos os indivíduos ao mesmo tempo em que cumpram as normas jurídicas tenham seus direitos humanos preservados e uma vida digna. Assim, o velamento das Fundações Privadas exige do Ministério Público amplo entendimento jurídico e, para, além disso, uma postura que permita atuação multidisciplinar e pró-ativa em parceria com essas importantes instituições do Terceiro Setor.

Com fundamento no que foi até aqui analisado, pode-se dizer que o velamento das Fundações Privadas pelo Ministério Público está alicerçado constitucionalmente no disposto no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, mais especificamente no tocante à atribuição de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, assim como no art. 129, incisos II, III e IX, também da Constituição Federal. Segundo esse último dispositivo deverá o Ministério Público zelar pela efetivação dos direitos previstos na Carta Magna, proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e “[...] exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]”⁴⁸ Para além disso, o velamento corresponde ao ideal de justiça que norteia toda a atividade institucional do *parquet*.

10 Atribuições exclusivas dos gestores e dos representantes das fundações privadas

A autonomia fundacional é assegurada pelo estatuto da Fundação Privada, uma vez que sendo os dirigentes regularmente escolhidos dentro das regras estatutárias estarão eles no pleno exercício da gestão e capazes para representá-la. Assim, respeitando as normas estatutárias e o princípio da reserva legal, desde que seja prescindível a autorização da autoridade administrativa, leia-se Ministério Público, poderão tomar todas as decisões e praticar todas as ações que entendam convenientes à realização das finalidades estatutárias.

⁴⁷ GODINHO, Robson Renault. Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: alguns tópicos: direito em debate: da teoria à prática. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 58, p. 227-263, out./dez., 2015. p. 124, grifo nosso.

⁴⁸ BRASIL, 1988.

Na hipótese de haver necessidade de autorização para prática de algum negócio jurídico ou a realização de alguma ação e não houver aprovação ou deferimento do pedido por parte do Ministério Público, então estará estabelecido o conflito de interesses entre o ente fundacional e o Ministério Público, o que legitimará a Fundação Privada a buscar a prestação jurisdicional junto ao Poder Judiciário para suprir a autorização administrativa. No âmbito do Poder Judiciário também deverão ser respeitadas as diretrizes do estatuto e a liberdade de atuação dessas entidades, que não podem sofrer intervenção para além do previsto em lei, tampouco se verem reféns da aplicação de regras do direito público em processos de Fundações de natureza privada.

É importante lembrar que, apesar de não terem objetivo de lucro, inexistente a vedação de que as Fundações Privadas desenvolvam atividades econômicas, conforme o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal,⁴⁹ as quais se darão sempre no sentido da realização de suas finalidades estatutárias, seja como atividade principal ou como atividade meio. O que não se admite é a distribuição de resultados positivos ou excedentes entre os administradores, sob a forma de dividendos ou qualquer outra, o que não se confunde com a remuneração de dirigentes, quando autorizada por lei. Os resultados positivos devem, necessariamente, ser reinvestidos na Fundação Privada ou em alguma atividade que vise a melhorar sua capacidade no atingimento das finalidades. “Impõe-se, em outras palavras, que toda receita auferida por instituições sem fins econômicos seja revertida aos objetivos benemerentes a que as mesmas se proponham.”⁵⁰

Por outro lado, o controle da atividade fundacional através do Poder Regulamentar se justifica na medida em que os gestores são meros servos da finalidade da fundação. Conforme Rafael,⁵¹ “Podemos, pois, sem medo de errar, quer sob o ponto de vista legal, quer sob o ponto de vista doutrinário, considerar fundação como um ‘patrimônio personalizado dirigido a um fim’, ou ainda, parafraseando FERRARA, ‘uma organizzazione per uno scopo’.”

A Professora Diniz,⁵² refere que “Por isso, como diz Pontes de Miranda, os órgãos fundacionais servem, não ditam o que se há de fazer. O que se há de fazer já foi estabelecido em normas estatutárias.”

Assim, o velamento se dará nos limites do Poder Regulamentar com o exercício do Poder de Polícia decorrente, cabendo repetir que em se tratando de ato administrativo o velamento seguirá o princípio da legalidade estrita, ou seja, não poderá ser exigido além daquilo que o ordenamento jurídico autoriza ou acima do estatuído no instrumento de regulação publicado pelo próprio Ministério

⁴⁹ BRASIL, 1988.

⁵⁰ CEARÁ. Ministério Público. *Constituição e manutenção de fundações e associações*. Fortaleza: MPCE, [2019]. p. 10.

⁵¹ RAFAEL, Edson José. *Fundações e direito*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997. p. 57.

⁵² DINIZ *apud* PAES, 2020, p. 370.

Público, com efeitos externos, que ultrapassam seus limites administrativos. Essa atuação do *parquet* consiste basicamente em verificar que, estando regular sob os aspectos administrativos e financeiros, a Fundação cumpra as finalidades às quais se destina.

Em geral os atos administrativos regulamentares editados pelos Ministérios Público dos Estados seguem a doutrina corrente e contemplam a fiscalização da prestação de contas; a aprovação das atas, as quais devem ser levadas a registro no registro civil das pessoas jurídicas; a aprovação de estatutos e suas alterações (igualmente levadas a registro); autorização para venda e constituição de ônus reais sobre bens fundacionais; realização de inspeções, entre outras situações.

Justifica-se esse velamento pois intrínseca às atividades das Fundações Privadas está a assunção de parcela da responsabilidade de todos no sentido da construção de uma sociedade mais justa. Paes⁵³ refere que

Sabidamente o terceiro setor, *i.e.*, a sociedade civil organizada, tem fomentado essa consciência crítica a favor de uma responsabilidade social. Com base no entendimento de que a construção da cidadania é uma forma da melhoria da qualidade de vida de cidadãos ou da sociedade como um todo, podemos conceituar responsabilidade social como o compromisso que a pessoa jurídica ou física tem com os valores da sociedade por meio de atos ou atitudes que afetem positivamente ou ajudem na construção da cidadania. Atitudes estas embasadas em valores éticos e morais.

Todas as Fundações Privadas envolvem um interesse social indisponível, razão pela qual sua finalidade importa a toda a coletividade, que, *lato sensu*, cabe ao Estado proteger. Afirmo Alves⁵⁴ que

Por isso, em qualquer parte do mundo, a fundação é fiscalizada por uma autoridade pública, que cuida para que as finalidades estabelecidas pelo instituidor não sejam alteradas, bem como não seja desperdiçado o patrimônio dotado para o atingimento dessas mesmas finalidades.

Com efeito, considerando-se que, para além do previsto nas normas legais referidas, todas as Fundações Privadas visam ao atendimento de fins públicos e sociais, conclui-se que legitimado está o Ministério Público, defensor constitucional dos serviços de relevância pública, para intervir, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial. Quando se fala em Fundação Privada não se está tratando apenas de questões patrimoniais de interesse privado, mas sim de entidades com finalidades essencialmente públicas. Os patrimônios são privados, pois de uma entidade instituída com base no direito privado, mas são também patrimônios sociais, ou seja, não pertencem especificamente a nenhuma pessoa física (como nas associações), ao contrário, são de toda a sociedade.

⁵³ PAES, 2020, p. 16.

⁵⁴ ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo, LTr, 2000. p. 89.

Em se tratando de Fundações Privadas, o elemento principal é o patrimônio vinculado à realização de determinado fim, em detrimento das pessoas físicas, que assumem relevância quando se trata de associações. Conforme Rafael,⁵⁵

Assim, enquanto nas associações o que predomina é o elemento pessoal, nas fundações o que prevalece é o elemento patrimonial. Da mesma forma, se na organização de uma associação temos principalmente as pessoas que se reúnem com a mesma ideia (associam-se visando a determinado fim não lucrativo), nas fundações, temos um patrimônio para viabilizar um objetivo preestabelecido por uma ou mais pessoas (também sem finalidade lucrativa).

Dentro desse contexto, vale lembrar que a atuação fiscalizatória do Ministério Público no tocante às associações é uma atribuição ordinária que não se confunde com o velamento das Fundações Privadas e que se norteia pela liberdade associativa que é uma garantia constitucional (art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal⁵⁶).

O Poder de Polícia do Ministério Público sobre as Fundações Privadas não conflita com a Constituição Federal que lhe outorgou, em sentido amplo, a defesa da sociedade e o *mister* de atuar frente ao Estado, às Instituições Públicas e Privadas e aos indivíduos visando a que todos tenham uma vida digna baseada no princípio da igualdade, com saúde, educação, lazer, cultura, segurança, meio ambiente preservado, sempre com os olhos voltados aos interesses da coletividade, mas obviamente dentro dos limites do Estado Democrático de Direito, que tem como norte o princípio de legalidade e que exige transparência da gestão do interesse público, pois não há democracia sem a necessária fiscalização. Assim, a liberdade de ação dos entes fundacionais pressupõe responsabilidade, transparência e um adequado e equilibrado velamento.

Ainda que sejam encontradas decisões e manifestações do Judiciário, e muitas vezes do próprio *parquet*, no sentido de que a presença de interesses tidos como meramente patrimoniais deslegitima ou restringe o velamento e a intervenção do Ministério Público em ações judiciais que envolvam Fundações Privadas, é preciso que esse posicionamento seja refutado, pois contraria a legislação aplicável à espécie, a melhor interpretação do direito e, sobretudo, o interesse da sociedade no sentido de ter suas demandas atendidas pelo Terceiro Setor.

Impõe-se a revisão desse entendimento principalmente por estarmos diante de um Estado que, pelos múltiplos problemas enfrentados, é incapaz de suprir sozinho todas as exigências inerentes ao exercício da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da democracia, constitucionalmente previsto – art. 1º, III, da Constituição Federal – cenário político no qual o Terceiro Setor vem ocupando papel essencial.⁵⁷

⁵⁵ RAFAEL, 1997, p. 54.

⁵⁶ BRASIL, 1988.

⁵⁷ BRASIL, 1988.

Dissertando sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Piovesan,⁵⁸ refere que

Por tamanha envergadura, afirma-se, no entendimento mais engajado com a ordem constitucional implantada, que “princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo. Já, no âmbito estritamente constitucional, ‘nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Uma atuação eficiente e proba das Fundações Privadas, fiscalizada e fomentada pelo Ministério Público, poderá contribuir com o ideal de justiça social e servir como um modelo de exercício pleno de cidadania capaz de congrega diferentes instâncias e setores do setor público e privado numa experiência híbrida que dê conta de atender às complexas demandas da modernidade, norteadas por princípios constitucionais e num novo paradigma de atuação fundamentada num poder de direito, legitimado pelo consenso, e que só recorre à força em última instância. Segundo Bonavides:⁵⁹

Com o poder se entrelaçavam a força e a competência, compreendida essa última como a legitimidade oriunda do consentimento. Se o poder repousa unicamente na força, e a Sociedade, onde ele se exerce, exterioriza em primeiro lugar o aspecto coercitivo com a nota da dominação material e o emprego frequente de meios violentos para impor a obediência, esse poder, não importa sua aparente solidez ou estabilidade, será sempre um poder de fato. Se, todavia, busca o poder sua base de apoio menos na força do que na competência, menos na coerção do que no consentimento dos governados, converter-se-á então num poder de direito. O Estado moderno resume basicamente o processo de despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito. Quanto menor a contestação e quanto maior a base de consentimento e adesão do grupo, mais estável se apresentará o ordenamento estatal, unindo a força ao poder e o poder à autoridade. Onde, porém o consentimento social for fraco, a autoridade refletirá essa fraqueza; onde for forte, a autoridade se achará robustecida.

Diante do inegável interesse público e social que envolve as Fundações Privadas, com finalidades sempre direcionadas ao ideal de colaborar com a promoção de uma vida digna a todos os cidadãos, o que não se confunde com interesse meramente patrimonial, evidenciada está a necessidade de serem mantidas e aprimoradas as atuações do Ministério Público.

Por fim, importa salientar que o velamento das Fundações Privadas é exclusivo do Ministério Público. Nesse sentido, Rafael⁶⁰ refere que

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 390.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 7.

⁶⁰ RAFAEL, 1997, p. 374.

Cumpra ressaltar que as fundações paraestatais não são fiscalizadas (art. 71, II, CF) pelo Tribunal de Contas, exceto com relação às verbas públicas a elas conferidas. Não pode o Tribunal de Contas imiscuir-se em analisar contas advindas de pessoas físicas ou jurídicas do direito privado, vez que, se assim procedesse, estaria extrapolando os limites do controle que a lei lhe permite.

Desta forma, o velamento deverá ser exercido exclusivamente pelo Ministério Público, como regulamentado através de uma resolução, mas sem descuidar de que as Fundações Privadas gravitam na órbita do direito privado e, portanto, não podem sofrer limitações quando estiverem atuando de forma regular e legítima, sob os pontos de vista fiscal, administrativo e financeiro, e cumprindo com suas finalidades.

Considerações finais

Com fundamento no que foi até aqui analisado, pode-se dizer que o velamento das Fundações Privadas pelo Ministério Público está alicerçado constitucionalmente no disposto no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, mais especificamente no tocante à atribuição de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, e no art. 129, incisos II, III e IX, da Constituição Federal. Segundo esse último dispositivo deverá o Ministério Público zelar pela efetivação dos direitos previstos na Carta Magna, proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e “[...] exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.”⁶¹

O art. 129 da Constituição Federal⁶² traz as funções institucionais do Ministério Público, que são basicamente de fiscalização e de execução dos comandos normativos de ordem pública, ou seja, suas atribuições ordinárias. Entretanto, o inciso IX do art. 129, da Constituição Federal, ao prever que outras poderão ser conferidas ao órgão, desde que compatíveis com seu mister, abre a porta para atribuições extraordinárias, a serem conferidas pela lei infraconstitucional, o que é referendado pelo art. 25 da Lei nº 8.625/1993,⁶³ que traz a possibilidade de a lei outorgar outras atribuições ao Ministério Público, entre elas o velamento ora estudado.

O Código Civil⁶⁴ estabelece que as Fundações são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, inciso III) mas, aparentemente de forma paradoxal, determina que somente poderão ser instituídas para fins de assistência social, cultura,

⁶¹ BRASIL, 1988, grifo nosso.

⁶² Ibid.

⁶³ BRASIL, 1993.

⁶⁴ Id., 2002.

defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação, saúde, segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos, promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos e atividades religiosas (art. 62, incisos I a X).

Veja-se que a toda evidência as Fundações Privadas estão no âmbito do direito privado, até mesmo pelas regras pelas quais devem ser instituídas e reguladas, previstas no Código Civil, a partir do art. 42. Porém indiscutivelmente elas constituem um patrimônio social com finalidades sociais que envolvem direitos indisponíveis, os quais fazem parte da esfera de atribuições do Ministério Público. Com isso demonstra-se que a atividade finalística do Ministério Público, na defesa da sociedade, ultrapassa os limites do entre o público e o privado.

De todo o exposto, verifica-se que o velamento das Fundações Privadas pelo Ministério Público corresponde ao cumprimento da sua missão institucional de promover o bem-estar social, dentro dos limites legais referidos ao longo do artigo. A partir do momento em que o Terceiro Setor, mais especificamente as Fundações Privadas, passou a assumir cada vez mais o papel de atender a demandas sociais das quais o Poder Público não deu conta, o que se intensificou a partir de 1990, maior relevância foi adquirindo o velamento, impondo-se sua compreensão para que sejam evitados tantos os excessos quanto às omissões por parte especialmente dos operadores do direito.

Conclui-se, pois, que o velamento das Fundações Privadas, previsto pela lei infraconstitucional (art. 66 do Código Civil) e que constitui uma atribuição extraordinária do Ministério Público (art. 129, IX, da Constituição Federal) exige regulamentação pelo Procurador-Geral de Justiça dos Estados que, dentro do Poder Regulamentar que lhes foi conferido (art. 127, *caput*, Constituição Federal, art. 109, inciso I da Constituição Estadual do RS, art. 4º, parágrafo 5º, e art. 25, inciso XX, ambos da Lei Estadual do RS nº 7.669, de 17 de junho de 1982) e, à semelhança do Poder Executivo, deve editar uma norma – resolução – que viabilize o exercício dessa função, com respaldo nos mandamentos e princípios constitucionais, e em consonância com as regras estabelecidas no Código Civil, visando a que todos tenham uma vida digna.

A atuação do Ministério Público como ente fiscalizador e indutor da aplicação da lei, somada às funções de velamento fundacional, possui uma extensão aparentemente quase ilimitada. Porém, quando se separa as funções de fiscalização e aplicação da lei daquelas do velamento, ao se ingressar na órbita do direito privado, já é possível observar uma redução dos limites de atuação do

Ministério Público. Seguindo para a natureza administrativa do Ministério Público e para o exercício do seu Poder Regulamentar, através do qual deve ser disciplinado o velamento fundacional, então é possível concluir que o velamento e seu correspondente Poder de Polícia estará limitado e vinculado ao conteúdo do ato normativo expedido pelo Procurador-Geral de Justiça.

Sob o viés externo, a limitação do velamento está representada pelos direitos conferidos aos gestores e aos representantes das Fundações Privadas, nos termos do artigo 67, I, do Código Civil, ou seja, a administração é de competência exclusiva dos gestores e daqueles que as representam, nos termos de seu compromisso estatutário. Portanto, o Ministério Público sofre mais esta limitação, não lhe cabendo praticar atos de gestão ou de representação das Fundações Privadas, o que é reservado aos integrantes dos seus quadros estatutários.

Velar pelas Fundações Privadas no sentido mais amplo da palavra e, ao mesmo tempo, respeitar os limites legais inerentes a esta atividade e a liberdade de atuação e de gestão dessas instituições, transitando entre o público e o privado, é um dos grandes desafios do Ministério Público no século XXI, com o qual se pretende contribuir de alguma forma com as reflexões trazidas nesse artigo.

Referências

ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo, LTr, 2000.

_____. *Associações, sociedades e fundações no Código Civil de 2002: perfil e adaptações*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

BACHELARD, Gaston. *A poética do devaneio*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

CEARÁ. Ministério Público. *Constituição e manutenção de fundações e associações*. Fortaleza: MPCE, [2019].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. Rio de Janeiro; forense, 1997.
- FRANÇA, Joel Antonio de (Coord.). *Manual de procedimentos para o terceiro setor: aspectos de festão e contabilidade para entidades de interesse social*. Brasília, DF: CFC, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GODINHO, Robson Renault. *Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: alguns tópicos: direito em debate: da teoria à prática. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 58, p. 227-263, out./dez., 2015.
- GRAZZIOLI, Airton et al. *Organizações da sociedade civil: associações e fundações: constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes*. São Paulo: EDUC, 2016.
- KOTHER, Maria Cecília Medeiros de Farias. *Contexto e caminhos do terceiro setor*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 44. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.
- MORIN, Edgar. *O desafio do século XXI: religar os conhecimentos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- RAFAEL, Edson José. *Fundações e direito*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.
- RESENDE, Tomás de Aquino. *Fundações: velamento pelo Ministério Público. Fundações*, Porto Alegre, ano 4, n. 5, p. 49-58, 1999.
- ROMAN, Joël. *Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno*. In: MORIN, Edgar (Org.). *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

