

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DAS
INSTITUIÇÕES DO TERCEIRO SETOR: UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA***

THE ACTION OF THE PUBLIC MINISTRY IN THE CONTROL OF THE THIRD
SECTOR ORGANIZATIONS: A PRAGMATIC APPROUCH

Sebastião Sérgio da Silveira**
Ricardo dos Reis Silveira***
Rafael Tomaz de Oliveira****

RESUMO: As presentes reflexões objetivaram analisar a atuação do ministério público no controle das instituições do terceiro setor desde uma perspectiva pragmática, tendo como polo de análise aspectos práticos da atuação ministerial. Inicialmente, são apresentados os elementos teóricos essenciais para lidar com o problema. Desse modo, afirmou-se que as instituições que integram o terceiro setor desempenham papel fundamental na prestação de serviços relevantes à comunidade. A sobrevivência de tais pessoas jurídicas se dá, na maior parte das vezes, mediante contribuições da sociedade ou de subsídios estatais. Dessa forma, em conclusão, apontou-se que, em razão da relevância dos serviços prestados e das fontes de financiamentos, o Ministério Público se qualifica como órgão de controle de tais instituições.

Palavras-chave: Ministério Público. Terceiro Setor. Controle.

ABSTRACT: These reflections aimed to analyze the performance of the public ministry in the control of third sector organizations from a pragmatic perspective, having as a pole of analysis practical aspects of activity of the public ministry. Initially, the essential theoretical elements are presented to deal with the problem. Thus, it was stated that the institutions that comprise the third sector play a fundamental role in the provision of services relevant to the community. The survival of such juridical persons occurs, in most cases, through contributions from society or from state subsidies. Thus, in conclusion, it was pointed out that, due to the relevance of the services provided and the

* Artigo recebido em 22 maio de 2017
Artigo aceito em 28 maio 2017

** Mestre e Doutor pela PUC/SP, Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra, Professor e Coordenador de Curso na UNAERP, Professor na Faculdade de direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP. Promotor de Justiça em São Paulo. **E-mail: silveira@gmail.com.**

*** Mestre e Doutor pela Universidade Federal de São Carlos, Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP, Advogado. **E-mail: reissilveira@gmail.com.**

**** Mestre e Doutor pela UNISINOS, Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP, Advogado. **E-mail: oliveira@gmail.com.**



sources of financing, the public ministry qualifies as the control body of such institutions.

Keywords: Public Ministry. Third Sector Organizations. Control.

1 Introdução

A expressão terceiro setor¹ foi cunhada pelos economistas, como forma de identificar o setor da economia que não é público ou está ligado diretamente à produção de riquezas, mas que busca aglutinar a enorme quantidade de iniciativas que se fundamentam na solidariedade humana ou valores da sociedade.

Segundo Ana Paula Abreu², a adoção da expressão Terceiro Setor no Brasil, surgiu de uma tradução do inglês third sector e, que nos Estados Unidos, é utilizado juntamente com outras expressões como “organizações sem fins lucrativos” (nonprofit organizations) ou setor voluntário (voluntary sector).

Na história, as primeiras manifestações de altruísmo social, manifestado através de organizações de pessoas ou da sociedade são muito antigas. Acredita-se que sua origem histórica está nas antigas civilizações egípcias, que há mais de 5.000 anos já possuíam um código moral, que orientação para a prática da justiça social. Existem registros de contribuições do próprio Faraó para garantir abrigo, alimentos e vestuários aos necessitados.³

No Brasil, o terceiro setor nasceu como herança lusitana e a sua primeira manifestação ocorreu com a criação da Santa Casa de Santos, no ano

¹ Para José Eduardo Sabo Paes, o terceiro setor é considerado “o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento” (Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 134)

² ABREU, Ana Paula. **Assessoria de Imprensa e Terceiro Setor:** Um improvável encontro. 2010, p. 11. Dissertação (Comunicação Social) – Universidade de Taubaté, Taubaté, SP.

³ HUDSON, Mike. **Administrando Organizações do Terceiro Setor:** O desafio de Administrar sem receita. Trad. James F. Sunderland Cook. São Paulo: Makron Books, 1999, p. 2.



de 1.543, idealizada por Braz Cubas, fidalgo português e líder do povoado do porto de São Vicente, posteriormente Vila de Santos, para a prestação de serviços de saúde, especialmente aos hipossuficientes.⁴

Em acurado estudo sobre o desenvolvimento do terceiro setor no Brasil, Débora Nacif de Carvalho⁵ concluiu que até os dias atuais ocorreram quatro fases distintas, influenciadas por fatores históricos e sociais, na forma seguinte:

- Desenvolve no período situado entre a época da colonização até meados do século XX. Nessa fase encontram-se as ações de assistência social, saúde e educação, realizadas especialmente pela Igreja Católica. Essas ações ocorriam em asilos, orfanatos, Santas Casas de Misericórdia e colégios católicos. Denominadas de “associações voluntárias”. A inspiração de tais iniciativas eram os valores da caridade cristã, de forma que a filantropia em nosso país nasce ligada aos valores da Igreja Católica.
- A segunda fase ocorreu durante governo de Getúlio Vargas, que se valeu de organizações sem fins lucrativos para a implementação de políticas públicas. Nessa época o Estado assume o papel de formulador e implementador destas políticas, utilizando-se de instituições do terceiro setor para execução. Através da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1.935, possibilitou-se a declaração de utilidade pública de tais entidades. Posteriormente, com a edição do Decreto-lei nº 525, de 1º de julho de 1.938, foi criado o Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), permitindo que as instituições nele inscritas pudessem receber subsídios governamentais e outros benefícios. Nesse período, a Igreja Católica

⁴ TACHIZAWA, Takeshy. Reflexões sobre o crescimento do Terceiro Setor e Organizações Não Governamentais e seu efeito no papel do Administrador. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, ano 12, n. 38, p. 30-36, set. 2002.

⁵ CARVALHO, Débora Nacif de. **Gestão e Sustentabilidade: um estudo multicasos em ONGs ambientalistas em Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2006. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2006.



continua exercendo papel importante na prestação de serviços sociais, recebendo, em alguns casos, financiamentos do Estado para os seus serviços.

- Durante o regime militar ocorre o terceiro marco histórico do Terceiro Setor no Brasil, que ocorreu a partir de mobilização da sociedade, fazendo com que organizações conhecidas por caráter filantrópico e assistencial se unissem às organizações comunitárias e aos chamados “movimentos sociais” para serem porta-vozes dos problemas da sociedade de então. Nesse período surgem as organizações sem fins lucrativos ligadas à mobilização social e à contestação política.
- Por fim, o quarto e último marco histórico do Terceiro Setor no Brasil ocorreu a partir da década de 1.980, que é marcado pela diminuição da intervenção do Estado nas questões sociais, com a redemocratização do país e o declínio do modelo intervencionista do Estado. Esse cenário e os novos valores da cidadania e dos direitos fundamentais, passam ser a inspiração e o objetivo principal das organizações sem fins lucrativos.

Atualmente, as instituições do terceiro setor ocupam um papel de relevância na prestação de serviços à sociedade, arrecadando contribuições de populares e, muitas vezes com o recebimento de subvenções públicas.

Em razão da fonte de financiamento das instituições (sociedade ou estado) e a relevância das atividades que desenvolvem, surge a discussão sobre a necessidade de controle de tais entidades.

O Ministério Público, que possui a incumbência constitucional de velar pelos “serviços de relevância pública” (C.F., art. 129, inciso II) e a “proteção do patrimônio público e social” (C.F., Artigo 129, inciso III), com esse perfil, se qualifica como o órgão do Estado encarregado de exercer o controle possível das instituições do terceiro setor.

Dessa forma, o presente trabalho procura abordar as possibilidades e limites das ações de intervenção do Ministério Público em organizações da



sociedade civil, como forma de garantia da prestação de seus serviços e preservação de suas rendas e patrimônio.

2 Conformação jurídica das organizações do terceiro setor

A instituições do terceiro setor se agitam no plexo denominado de pessoas jurídicas, que são ficções previstas em lei, com personalidade jurídica própria, para o exercício de direito e deveres. Dentre as diversas espécies de pessoas jurídicas previstas em nosso ordenamento, destacam-se as organizações sociais, que na denominação de Tomás de Aquino Resende,

(...) instituída para permitir a aglutinação de bens e ideias comuns aos seres humanos, a qual, preenchidos os pressupostos em lei estabelecidos, o governo declara como um ente sujeito de direitos e obrigações, independentemente das pessoas físicas que a compõem ou a instituem.⁶

O vigente Código Civil Brasileiro (Lei nº 10406/02), divide estratifica as pessoas jurídicas em duas categorias. A primeira, prevista em seu artigo 40, é composta pelas de direito público interno, que são a União, Estados, Municípios, Autarquias, associações públicas (inseridas pela Lei nº 11107/05) e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Já as privadas são aquelas previstas no artigo 44 do mesmo estatuto, sendo elas as associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e os partidos políticos (as duas últimas incluídas por força da Lei nº 10825/03).

O terceiro setor hoje é constituído exclusivamente pelas fundações e associações, já que o atual código extinguiu a figura das sociedades civis, de que forma que as sociedades são exclusivamente aquelas empresárias, reguladas pelo artigo 981 e seguintes do Estatuto Civil.

As associações, sempre de inspiração altruísta somente pode ser constituída para uma das finalidades previstas no Código Civil. Sobre o tema, Renan Lotufo assinala: “As associações almejam o fim ideal, seja político, seja

⁶ RESENDE, Tomas de Aquino. **Roteiro do terceiro setor: associações e fundações**. 3. ed. Belo Horizonte: Prax, 2006, p. 17.



religioso, educacional ou assistencial. Nascem de negócios jurídicos unidirecionais, isto é de vontades convergentes quanto à sua criação e suas finalidades”.⁷

Essas pessoas jurídicas não podem objetivar lucros e muito menos distribuição de resultados entre seus associados, de forma que a totalidade de suas rendas somente podem ser aplicadas em suas finalidades institucionais, ou como adverte o mesmo Renan Lotufo, “Caracterizam-se, ainda, por não haver qualquer previsão de proveito econômico nem de partilha dos resultados, o que não impede, logicamente, de atribuir obrigações aos seus integrantes”.⁸

Já as fundações possuem como traço caracterizador a existência de um patrimônio dirigido a uma finalidade de benemerência. Segundo a lição de Silvio de Salvo Venosa, elas “São constituídas por um patrimônio destinado a determinado fim. O instituidor, que atribui o patrimônio, será a pessoa natural ou jurídica; ele faz nascer essa pessoa mediante a dotação de determinada quantidade de bens (...)”.⁹

Dessa forma, o principal elemento diferenciador entre as duas diferentes modalidades de pessoas jurídicas é o fundamento que justifica a sua existência. Enquanto as associações se repousa no elemento pessoal ou conjugação de uma vontade coletivas, nas fundações é o patrimônio que serve de fundamento para a sua existência.

Roberto Ruggiero aponta outra diferença fundamental entre as referidas pessoas jurídicas, que se refere à forma de sua administração. Segundo o referido autor:

“(...) há um outro critério decisivo para a distinção, relativo à vontade da pessoa que deu vida ao organismo e pela qual, depois de seu nascimento é governado. Na verdade, ao passo que na corporação é a vontade de seus membros que impera (...); na fundação a entidade rege por uma vontade que é estranha aos destinatários e aos administradores: a vontade do

⁷ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. v. 1 Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44.

⁸ Op. Cit., p. 44

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 264-265.



fundador é a única a imperar soberanamente, de forma que não é possível nem mesmo uma mudança do organismo, nem diferente destino do patrimônio”.¹⁰

É certo que a Lei 9.790, de 23 de março de 1999, instituiu a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que cumpra as exigências da lei de regência como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs. Tal qualificação permite que instituições conhecidas como organizações não-governamentais recebam, através do Termo de Parceria, investimentos públicos para a execução de projetos sociais de interesse do órgão estatal responsável pela qualificação.

Da mesma forma, a lei federal nº 9.637/98 permitiu ao Poder Executivo a prerrogativa de qualificar como organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sociais sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, elencando, ainda, os requisitos para tal outorga.

Conforme magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “A qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social”.¹¹

A principal diferença entre OS (Organização Social) e OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público reside na possibilidade de delegação. Enquanto as OSCIP somente podem executar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, as OS’ podem receber a delegação de serviço público de natureza social.

Finalmente merece ser lembrando que OSCIP e OS não são novas modalidades de pessoas jurídicas de direito privado, senão atributos previstos

¹⁰ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999. p. 558.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



em suas leis de regência, sendo que relativamente às pessoas jurídicas o Estatuto Civil impôs disciplina na forma *numerus clausus*.¹²

Merece registro, da mesma forma, que a possibilidade de atuação do Ministério Público não prejudica ou substituiu a atuação dos órgãos de controle interno previstos no ato constitutivo da pessoa jurídica e dos órgãos públicos, como o Tribunal de Contas, na hipótese de recebimento ou aplicação de verbas públicas.

Da mesma forma, caso ocorra malversação de recursos públicos, a associação e seus dirigentes podem incidir nas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92), na forma do disposto no parágrafo único do artigo 1º do referido diploma legal.¹³

Especificamente nas hipóteses de Organizações Sociais (OS) ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), quando da execução dos contratos de gestão firmados com o Poder Público, com muito mais razão responde (incluindo seus dirigentes e prepostos) por ato de improbidade administrativa, tendo em vista que assinam contratos de gestão, assumem serviços públicos ou de interesse social e passam a receber recursos públicos decorrentes de tais serviços.

Sobre o tema Waldo Fazzio Júnior escreve que “Em virtude do contrato de gestão firmado com o poder público, tornam-se parceiras dele, tendo em vista o fomento e a execução de atividades relativas às áreas cobertas pela entidade”.¹⁴

A legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa é exclusiva do Ministério Público e da Fazenda Pública prejudicada, conforme

¹² ROSITO, Carlo; TIMM, Luciano Benetti. O Terceiro Setor: aspectos de direito privado. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor**. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 152.

¹³ Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

¹⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.



previsto no artigo 17 da citada lei¹⁵, sendo que tal legitimidade é concorrente e disjuntiva, sendo que ainda que não seja o autor, o Parquet deve officiar obrigatoriamente como custos legis.

3 Perfil constitucional das associações e as formas de controle

Em seu artigo 5º, inciso XVII, a Constituição da República assegura, como direito fundamental, o direito pleno de liberdade de associação e o inciso XX do mesmo dispositivo impõe a proibição do dever de associar.

Para Uadi Lammêgo Bulos, o referido inciso XX é uma cláusula de “(...) liberdade negativa de associação. Contém a idéia de que o direito de associação assegura à pessoa a liberdade de não ingressar em nenhuma associação contra a sua vontade, nem tampouco manter vínculo de permanência”.¹⁶

Já para o festejado autor lusitano Jorge Miranda, o direito de associação possui múltiplas dimensões, podendo ser positivo ou negativo. É negativo enquanto “O direito de não ser coagido a inscrever ou permanecer em qualquer associação, ou pagar quotizações para associação em que não esteja inscrito”.¹⁷

Segundo o magistério de José Afonso da Silva¹⁸, a garantia constitucional se desdobra em dois direitos associativos: (a) a vedação de interferência estatal no funcionamento das associações; e (b) a dissolução compulsória ou suspensão de suas atividades só podem ocorrer em razão de decisão judicial transitada em julgado.

¹⁵ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

¹⁶ BULOS. Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada, São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 138.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. 4º t. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, 4º t., p. 420.

¹⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 270.



Delimitada a impossibilidade de interferência estatal na associação, a única hipótese possível de intervenção, suspensão ou extinção da pessoa jurídica somente pode se dar na forma do inciso XIX do artigo 5º da CF. Por outro lado, como é necessária a existência de justa causa para motivar o acionamento judicial da pessoa jurídica, é possível inferir que somente na hipótese de prática de ato ilícito ou utilização da associação para fins não lícitos é que pode autorizar tal investida.

Observe-se, por oportuno, que não pode ser qualquer ilicitude que justifica a intervenção ou dissolução de uma associação. Observado o primado da liberdade assegurado pela Constituição, somente fatos graves ou que impossibilitem a sua continuidade autorizam tal investida judicial.

Embora a Constituição não preveja a figura da intervenção, por certo ela também pode ser utilizada, principalmente quando necessária para a prevenção de situação que possa levar à suspensão ou extinção. Na hipótese de intervenção, também somente pode ocorrer por decisão judicial e deve sempre ser orientada pelos princípios da brevidade e mínima intervenção, como forma de se compatibilizar o valor constitucional assegurada a tais pessoas jurídicas e seus associados.

A legitimidade para o ajuizamento de ações que visem a decretação de tais medidas invasivas na associação deve ser preferencialmente de seus associados ou órgãos diretivos ou colegiados, na forma de seus estatutos sociais, reservando-se sempre ao Ministério Público a atuação obrigatória como *custos legis*, face ao interesse público que sempre gravita sobre elas.

De qualquer forma, não se pode negar ao Ministério Público, de forma supletiva a legitimidade para o requerimento de uma das medidas acima listadas em desfavor de associações. Tal decorre da aplicação pura e simples do disposto no artigo 129, inciso III da C.F., que impõe ao Parquet o dever de proteção o patrimônio social (sempre existente em associações), além de outros direitos coletivos ou difusos.



Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que falece ao Ministério Público legitimidade para a defesa do patrimônio de clube de futebol, organizado na forma de associação (Clube Atlético Mineiro).¹⁹

Na hipótese de associações de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público, ela fica sujeita ao processo de dissolução na forma prevista no Decreto-lei nº 41, de 18 de novembro de 1.966²⁰, nas hipóteses previstas no artigo 2º do referido diploma legal.²¹

A ação de extinção prevista no referido Decreto-lei somente pode ser intentada pelo Ministério Público, que recebeu legitimidade exclusiva para a iniciativa, na forma prevista no artigo 3º do citado ato legal.²²

Observe-se que a despeito da menção de sociedade no Decreto-lei, tal palavra somente pode ser interpretada nos dias atuais como associação, até porque inexistem mais sociedade de fins assistenciais.

Portanto, da conjugação do dispositivo legal com o princípio constitucional, não resta dúvida que cabe ao Ministério Público a legitimidade de ações, que tenham por objeto o questionamento de irregularidades ou atos ilícitos de associações, inclusive para a propositura de ações. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, analisando tal assunto, já teve a oportunidade de asseverar:

Ministério Público - Ação de dissolução de associação
cumulada com anulação de alteração estatutária - Legitimidade

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 1.041.765-MG**, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 06.10.2009, LEXSTJ vol. 891, p. 260.

²⁰ Art. 1º - Toda sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e forma previstos neste decreto-lei.

²¹ I - Deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina;
II - Aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais;
III - Ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores.

²² Art 3º - Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade.



à vista do disposto no Decreto-lei n. 41/66 - Funções legais do Ministério Público derivadas de previsão legal tanto no Código de Processo Civil quanto na legislação extravagante - Recurso não provido.²³

Portanto, inexistente qualquer dúvida sobre a atribuição e legitimidade do Ministério Público para a atuação no controle da finalidade e legalidade das associações.

4 O Controle das fundações pelo Ministério Público

Conforme já dito anteriormente e de acordo com a lição de Edson José Rafael, "a fundação nada mais é que um patrimônio revestido de personalidade jurídica para a consecução de uma finalidade não egoísta a favor da coletividade"²⁴. Diante da existência de patrimônio com destinação pública, por expressa previsão no artigo 62 do Código Civil, compete ao Ministério Público velar pelas fundações. O referido velamento se dá principalmente em razão da necessidade de acompanhamento da correta aplicação de bens e rendas, mas também em razão da necessidade de garantia da licitude,

É exatamente essa evidente e notória relevância social da fundação e seu patrimônio afetado para uma finalidade pública que justifica a intervenção do Ministério Público, para o controle de suas atividades.

Ao seu tempo, sobre a atribuição do Ministério Público pelo velamento das Fundações, Clóvis Beviláqua asseverou:

Não tendo o Código Civil brasileiro imposto a necessidade de aprovação pelo Estado, para aquisição da capacidade jurídica da fundação, havia mister, atendendo à importância, às vezes extraordinária do fato, e a duração, ordinariamente, indefinida desta classe de pessoas, de submetê-la à fiscalização do poder público. Essa fiscalização, aliás, é no sistema do código, restrita e orientada no sentido do bem público.²⁵

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 173.598-4 - Sorocaba - 10ª Câmara de Direito Privado - Relator: Ruy Camilo, j. 27.03.01 - V.U

²⁴ RAFAEL, Edson José. **Fundações e Direito**. São Paulo: Educ-Melhoramentos, 1997, p. 240.

²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942. p. 234.



Ao justificar a necessidade de fiscalização das fundações pelo Estado, através do Ministério Público, Carvalho Santos aponta o patrimônio comprometido com sendo o interesse primário legitimador de tal intervenção externa à pessoa jurídica. Nesse sentido, escreveu:

A fundação é na essência uma doação feita ao povo, ou a uma parte mais ou menos determinada dele. É justo, pois, que o Estado, em nome desse 'populus' exerça a devida fiscalização, para que a administração não arruíne a instituição, com má orientação, assim como no desempenho de sua missão de defesa dos interesses sociais vele pelos interesses da instituição que 'pro bono' público foi criada.²⁶

Por fim, Antônio Cláudio da Costa Machado vê na indisponibilidade que gravita sobre as fundações a razão da determinação legal para que o Ministério Público exerça o velamento das mesmas. Nesse sentido aduz que "Daí que toda fundação por esta forma criada traz em si mesma um substrato de indisponibilidade que justifica a participação fiscalizatória do Estado e explica em parte a regra do artigo 26 do Código Civil."²⁷

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, também já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para pleitear qualquer tipo de medida que vise a proteção da fundação. Nesse sentido, decidiu:

Velar significa estar atento, estar alerta, estar sentinela, cuidar, interessar-se grandemente, proteger patrocinar (...) entre os atos fiscais, tem o Ministério Público a faculdade de pleitear as medidas mais convenientes para corrigir os erros de uma administração danosa e malversação do patrimônio.²⁸

Compete, portanto ao Ministério Público a ampla possibilidade de controle, que lhe autoriza o exercício de fiscalização, tomada de contas, expedição de recomendações e ações judiciais visando a intervenção ou

²⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 409.

²⁷ COSTA MACHADO. Antônio Cláudio. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 270.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves. **Revista dos Tribunais nº 540**, p. 109.



extinção da pessoa jurídica, sempre que verificar a ocorrência de ilegalidade ou a impossibilidade de sua manutenção.

Observe-se que somente as iniciativas invasivas, que importem em supressão de direitos ou garantias da pessoa jurídica ou seus dirigentes, é que dependem de provimento judicial, sendo que as demais podem ser implementadas diretamente pelo Parquet.

Merece registro, da mesma forma, que a atuação fiscalizatória do Ministério Público não prejudica ou inibe a atuação de outros órgãos de controle, especialmente aqueles previstos no ato constitutivo da pessoa jurídica e Tribunal de Contas, nas hipóteses de aplicação de recursos públicos.

O artigo 69 do Código Civil²⁹ legitima de forma expressa o Ministério Público para promover a extinção quando a fundação se tornar ilícita, impossível ou inútil a sua existência ou, ainda, quando expirar o prazo de sua existência, cuidando para que o seu patrimônio seja incorporado por outra instituição congênere. O artigo 764 do Código de Processo Civil reitera tal legitimidade do Ministério Público, estendendo-a para qualquer interessado e confirma as mesmas hipóteses que justificam a dedução de pedido judicial de extinção de fundações.

Embora não cuidando das outras formas de invasivas, Pontes de Miranda reitera a necessidade de decisão judicial para a extinção da pessoa jurídica, mesmo nas hipóteses do artigo 69 do Código Civil, assim se pronunciando, “a impossibilidade de se manter a fundação é causa da extinção da fundação mas depende de decretação judicial [...] A eficácia da sentença é constitutiva negativa, com efeito imediato mandamental. A personalidade só se extingue com a averbação”.³⁰

²⁹ 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.

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959. p. 475.



De forma idêntica ao que ocorre com as associações, também é possível a imputação de ato de improbidade administrativa à fundação e/ou seus dirigentes, na forma prevista no parágrafo único do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, sempre que houver o recebimento de recursos, bens, serviços ou servidores. Também, com muito mais razão, a fundação e seus dirigentes e prepostos devem responder na forma prevista na Lei nº 8429/92, quando qualificada como Organização Social (OS) ou Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, em razão do contrato de gestão celebrado e o recebimento de serviços e recursos públicos.

Conclui-se, portanto, que diferentemente das associações, que se encontram sob o pálio da garantia constitucional da regra da proibição de intervenção estatal, as fundações, do contrário, estão submetidas ao controle integral do Ministério Público, que foi o órgão estatal eleito para exercer o velamento de tais instituições.

5 Conclusões

As associações e fundações vêm ganhando protagonismo na prestação de serviços públicos e de interesse social. Além das áreas tradicionais de prestação de serviços, referidas instituições vêm a sua participação, principalmente em razão da paulatina retirada do estado de muitos setores, como vem ocorrendo nos últimos anos.

São comuns, nos dias atuais a transferência para associações ou fundações, serviços públicos típicos e próprios do estado, através de contratos de gestão, especialmente com organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público. Existem hospitais e outros órgãos públicos, cuja administração integral são entregues à administração de tais instituições.

Além de entidades financiadas com recursos públicos, as demais sobrevivem da arrecadação de contribuições do conjunto da sociedade ou de bens que foram afetados para uma finalidade social, de forma que sobre todas



elas gravita administram patrimônio social, que foi colocado sobre o manto de proteção do Ministério Público pelo artigo 129, inciso III, da Constituição da República.

Embora possua seus órgãos de controle interno, que nem sempre funcionam de forma adequada, é rigorosamente necessário garantir um controle social e estatal adequado sobre o patrimônio e os serviços prestados por associações e fundações.

O controle estatal, exercido através do Ministério Público deve ser amplo, como forma fazer cumprir os objetivos institucionais, mas também da adequada gestão do patrimônio e boas práticas de gestão corporativa.

Relevante, da mesma forma, é a exigência da observância da máxima transparência, especialmente naquilo que toca à aplicação de recursos públicos ou arrecadados da sociedade, inclusive com a aplicação dos preceitos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), que em seu artigo 2º, determina a incidência também para as entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos.

O Ministério Público já dedica atenção amadorística ao controle de fundações. Todavia, além de aperfeiçoar tais controles, é necessário que tais instrumentos sejam aperfeiçoados e ampliados, como forma que dar vazão ao compromisso que a instituição assumiu com a inserção em na Carta Política do art. 129, inciso III, tudo isso sem prejuízo da atuação dos demais órgãos de controle e do controle social que deve ser exercido pela própria sociedade civil.

A efetiva atuação do Ministério Público é a melhor alternativa para a preservação do patrimônio, inclusive social e serviços de instituições seculares, sendo que muitas estão perecendo exatamente pela incúria ou malversação de seus recursos por administradores inconsequentes.

Assim, existe um desafio atual, que é a conjugação de esforços para garantir a perenidade de tais instituições, além da preservação e ampliação dos excelentes serviços que a maioria delas presta ao povo brasileiro.



REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Paula. **Assessoria de Imprensa e Terceiro Setor:** Um improvável encontro. 2010, p. 11. Dissertação (Comunicação Social) – Universidade de Taubaté, Taubaté, SP.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado.** Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942. p. 234.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **O Público Não Estatal na Reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Débora Nacif de. **Gestão e Sustentabilidade:** um estudo multicasos em ONGs ambientalistas em Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2006.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HUDSON, Mike. **Administrando Organizações do Terceiro Setor:** O desafio de administrar sem receita. Trad. James F. Sunderland Cook. São Paulo: Makron Books, 1999.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado.** v. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 4. ed. 4º t. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.



PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social:** aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Parte Especial, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959.

RAFAEL, Edson José. **Fundações e Direito.** São Paulo: Educ-Melhoramentos, 1997.

RESENDE, Tomas de Aquino. **Roteiro do terceiro setor:** associações e fundações. 3. ed. Belo Horizonte: Prax, 2006.

ROSITO, Carlo; TIMM, Luciano Benetti. O Terceiro Setor: aspectos de direito privado. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor.** São Paulo: IOB Thompson, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil.** Atualizado por Paulo Roberto Benasse. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

TACHIZAWA, Takeshy. Reflexões sobre o crescimento do Terceiro Setor e Organizações Não Governamentais e seu efeito no papel do Administrador. **Revista Brasileira de Administração,** Brasília, ano 12I, n. 38, set. 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

