MINISTÉRIO PÚBLICO — FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES SEDIADAS NO ESTADO E NO ESTRANGEIRO

— A Fundação de direito interno está subordinada aos critérios legais territoriais.

— A lei de formação da Fundação será obedecida em toda a sua atividade originária ou permanente.

— A ação do Ministério Público está limitada a Fundações brasileiras, devidamente inscritas, nos termos da lei.

— A fiscalização das Fundações atenderá aos fins sociais a que ela se dirige.

— Interpretação do art. 26 do Cód. Civil.

— Idem, dos arts. 1 200 a 1 203 do Cód. Proc. Civil.

PARECER

Pede-me a Fundação Elísio Ferreira Afonso, com a sua sede na povoação de Avelal, concelho de Sótão, em Portugal, para responder à consulta sobre a legalidade ou não do ato do Curador de Fundações da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Ja-

neiro, de convocar a consulente a prestar contas, inclusive sobre o destino das rendas de aluguéis de prédios situados neste Município.

A questão, para ser respondida adequadamente, deve ter em vista as funções do referido Curador criado pela Lei nº 2 144, de 22.11.72, com o fim de aliviar os encargos dos Curadores de Resíduos expressos no art. 28, X a XIII da Lei nº 3 434, de 1958.

Desnecessárias, no caso presente, quaisquer observações doutrinárias a respeito do papel do Ministério Público, mas apenas o entendimento dos limites de suas atribuições diante de textos legais expressos. Sendo o órgão através do qual o Estado promove e fiscaliza o cumprimento da Constituição, das leis, dos regulamentos e das decisões do poder público, tem duas atribuições fundamentais: a) promover o cumprimento de normas; b) fiscalizar a execução delas (Paulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, p. 303). Dupla função, que se confunde nos seus limites. A Constituição de .... 17.10.69 remeteu à lei ordinária a organização do Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais (art. 94), estabelecendo noutro dispositivo que o Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual (art. 96). Contém o texto constitucional poucos preceitos sobre o Ministério Público Federal (p. ex., arts. 72, § 5º; 119, I *l*; 141, § 5º). A respeito da Justiça Estadual, pode ser assinalado o disposto no *item* IV do art. 144. Essencialmente, a União legisla sobre o Ministério Público Federal, nas suas ramificações, e o Estado a respeito do Ministério Público Estadual.

Ao contrário do sintético texto fundamental federal, o do Estado do Rio de Janeiro expressa a finalidade do Ministério Público: é órgão do Estado incumbido de promover e fiscalizar a aplicação da lei, nos limites e na forma por ela estabelecida (art. 72). Fiscal da lei, no sentido geral, visando à sua aplicação. Não pode afastar-se da lei, a pretexto de interpretá-la, acrescentando-lhe normas desvirtuadoras. Se há um órgão investido do respeito à lei que deve proceder cautelosamente, no sentido de defendê-la, nenhum outro tem, no estado de direito, maior responsabilidade do que o Ministério Público. Dois grupos de dispositivos, o do Código Civil e do Código de Processo Civil, dispõem sobre o papel do Ministério Público na vida das fundações, com uma longa perplexidade sobre a aplicação dos textos. Os termos legais, por sua imprecisão, levaram um dos primeiros comentadores do Código Civil, Sá Freire, a pedir a regulamentação das disposições civis, especialmente sob a forma por que as autoridades tenham de executar as respectivas atribuições, apelo feito ao Poder Legislativo Federal e ao Estadual (Milcíades Mario de Sá Freire, *Manual do Código Civil Brasileiro*, v. 2, 1930, p. 317). A fundação é pessoa jurídica de direito privado (Código Civil, art. 16, I). Adquire sua personalidade mediante o registro, que ainda o defende de abusos de terceiros, como dos seus próprios órgãos e representantes (Clovis Bevilaqua, *Código Civil*, v. 7, 2. ed. 1921, p. 216). O direito brasileiro tem a *inscrição*, o que levou o intérprete a dizer que vale como reconhecimento, por força do ato oficial do serventuário, ou despacho do juiz competente resolvendo, por decisão, a dúvida suscitada. O registro poderá ser cancelado em virtude de decisão judicial, no caso de serem ilícitos os seus fins (Const. de 1969, art. 153, § 28), pois o dispositivo compreende as pessoas jurídicas enunciadas no art. 16, I do Código Civil. Desprezamos o sistema do reconhecimento das pessoas jurídicas de direito privado por ato do Estado. Fica na área administrativa do oficial de registros, ou adminis-

trativo-judiciária do juiz competente, a inscrição da fundação. Não é a melhor orientação, porque permite o nosso sistema a falta de controle efetivo do poder público, chegando, às vezes, tardio, exigindo o recurso da dissolução, com os seus problemas de liquidação.

O Código Civil italiano, de 1942, determina que as associações, as fundações e outras instituições de direito privado adquirem a personalidade jurídica mediante o reconhecimento concedido por decreto do Presidente da República (art. 12). No Brasil e na Itália constitui-se a fundação por ato público, com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar (Código Civil, art. 18). A autorização ou aprovação do Governo somente é necessária em casos expressos em lei especial (idem). Aqui está a distinção entre os dois sistemas.

A fundação de direito interno está subordinada aos critérios legais territoriais. Velará por ela o Ministério Público do Estado, *onde situada,* desde a aprovação dos estatutos da fundação projetada (Código Civil, art. 27). Aplica-se-lhe a lei brasileira nos preceitos civis e processuais. Importante é o relativo ao papel do Ministério Público. É a autoridade competente para a aprovação dos estatutos e sua reforma. Infundada a alegação de anomalia pela função outorgada ao Ministério Público. Se é ele que inspeciona, fiscaliza, vela, conseqüente que esteja presente no ato constitutivo, sobretudo porque, por sua atuação, não se fecham as portas administrativas e judiciárias.

É uma fiscalização institucional, a do Ministério Público, visando assegurar, nas fundações, a fidelidade aos fins estatutários (Controle Finalístico), diferente do Controle Administrativo que visa a garantir a correta gestão administrativa e exata aplicação das verbas públicas, consoante Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro,* 3. ed. 1975, p. 335).

Apesar de criticados alguns preceitos do Código Civil, o Anteprojeto da Comissão Elaboradora e Revisora manteve, nos pontos essenciais, o direito vigente, garantindo a participação do Ministério Público, sobretudo na de velar pelas fundações (art. 65).

Em 7.2.75, a Procuradoria Geral da Justiça do Estado da Guanabara baixou a Portaria nº 83, na qual estabelece normas para a atuação do Curador de Fundações e dá outras providências. Trata-se de uma portaria orgânica, de *efeitos territoriais,* porque as fundações de que trata são de direito privado interno. Diploma que visa a dispor sobre as atribuições fiscalizadoras do Ministério Público consoante as normas legais superiores. Nela a Procuradoria do Estado preencheu a lacuna, mais de uma vez apontada, dos textos dos Códigos.

Mas o conjunto de normas, de fontes diversas sobre o papel do Ministério Público, é de aplicação no âmbito interno, sendo, como preceitos territoriais, de expressão da soberania nacional. Seja qual for a natureza do Ministério Público, órgão autônomo, ou dependente, ou de colaboração, ou de coordenação, não se lhe tira o papel funcional estatal, como criação direta ou indireta do direito constitucional. Normalmente, o legislador, através dos poderes competentes, legisla para o território, aplicando-se não apenas ao território nacional propriamente dito, mas às demais áreas estabelecidas ou reconhecidas pelo direito internacional privado (marítima, fluvial, aérea, etc.), na expressão de jurisdição e competência. Os arts. 1 199 a 1 204 do Código de Processo Civil, que dispõem sobre organização e fiscalização das Fundações, estão sujeitos à regra do art. 1º, segundo a qual "a jurisdição civil, contenciosa e voluntária,

é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece". O princípio é inerente à ordem jurídica territorial, subsistindo mesmo quando não é expresso, conforme os ensinamentos da ciência do direito.

Mas as exigências do comércio internacional, decorrentes do progresso das comunicações entre os países, levaram à criação de uma comunidade das nações, distinta da sociedade internacional, que admite a classificação das leis em territoriais e extraterritoriais. Reconhece o Estado as normas estrangeiras, ou em virtude de regra interna ou territorial *indicativa*, ou em virtude de princípios que regem o direito internacional privado. A aplicação da lei brasileira, em virtude de preceitos locais, é uma exigência de coordenação ou de complementação. A obrigatoriedade da lei brasileira poderá ser admitida nos Estados Estrangeiros (Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, art. 1º). O Decreto-lei nº 4 657, de 4.9.42, é um estatuto relativo às leis de modo geral, não se circunscrevendo às leis civis, e, assim, se aplica, salvo disposição contrária, ao Código de Processo Civil. É relativo principalmente à lei no tempo e no espaço.

Há vários critérios determinadores do regime especial das pessoas jurídicas, ou melhor, da lei da sua criação. Afastou-se o Brasil da lei nacional dos que a formam. Nem a lei do domicílio. Nem a do controle. Nem a do lugar da sede.

A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece regra expressa sobre as fundações que obedecem à lei do *Estado em que se constituírem*. Em outras palavras, a lei de sua formação será obedecida em toda a sua atividade, originária e permanente. Abandonando o critério da nacionalidade, a Lei de Introdução não se afastou, a rigor, da classificação das pessoas jurídicas, inclusive as fundações, em nacionais e estrangeiras ou, no rigor etimológico mais consentâneo com a nova doutrina, em internas e externas.

A regra positiva do direito internacional privado tem em vista uma *conexão* de atividades, resultando no exame do exercício de atos acidentais num dado país, ou no desempenho do seu próprio objetivo em outro país que não o de sua constituição ou de sua sede (cf. Serpa Lopes, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, v. 3, 2. ed. nº 357).

A lei do Estado de sua constituição dispõe sobre a qualificação das pessoas jurídicas, principalmente sobre o início e o termo de sua existência, seu funcionamento, seus poderes, tudo enfim que é inerente à personalidade expressa nos Estatutos. Sua capacidade é determinada pela lei do respectivo direito, isto é, o direito do lugar da constituição.

O dispositivo do direito internacional privado brasileiro merece análise. Estabelece que as sociedades e as fundações, como as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, obedecem à lei do Estado em que se constituírem. Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitos à lei brasileira.

Entender-se-á à primeira vista que as fundações poderão ter filiais, agências ou estabelecimentos no Brasil. Em princípio, as fundações não necessitam de reconhecimento pelo governo brasileiro, embora possa ocorrer, sujeitando-às à lei brasileira. Evidentemente, a ocorrência de uma colisão nos *princípios finalistas* torna difícil uma adaptação. Normalmente, a fundação constituída no exterior pode exercer atividade no Brasil, inclusive o acesso à justiça brasileira. Equipara-se, de certa forma, à pessoa física. As garantias e os direitos individuais estabelecidos na Cons-

tituição se aplicam, no que couber, às pessoas jurídicas estrangeiras, com as restrições expressas que visam principalmente à segurança nacional e à nacionalização. As garantias judiciais e as relativas à propriedade também se destinam às entidades estrangeiras. A aquisição de imóveis e a celebração de contratos, que a lei brasileira não interdita, ficam subordinadas a um dos princípios cardeais do direito internacional privado, o da coexistência de normas que completem os atos. Uma instituição particular de utilidade pública, constituída e com sede no exterior, para adquirir bem imóvel situado no Brasil, submete-se à regra *lex vi sitae*, expressamente nos termos do art. 8º, à sua qualificação e às relações a ele concernentes, e à lei estrangeira, quanto à capacidade e à destinação do bem, na conformidade estatuária. São atos eventuais, ainda que repetidos, que não descaracterizam a qualificação da pessoa jurídica de direito privado externo, não lhe rompem os vínculos exigindo a *recriação*. Tal atividade não chega a determinar o funcionamento no Brasil, a ponto de estabelecer a criação de filiais, sucursais ou agências, necessitando que seus atos constitutivos sejam previamente aprovados pelo governo brasileiro. Nessa situação, ficariam sujeitos à lei brasileira como se brasileiras fossem, *submetidas* a qualquer fiscalização estabelecida pela lei local.

O reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira não é proclamado expressamente na nova Lei de Introdução. O fato de não ter reproduzido literalmente o art. 19 da Introdução de 1916 ("São reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras") não se conclui que o reconhecimento é inerente à condição jurídica do estrangeiro. Se admitida a existência, a personalidade e a capacidade geral de direito e de exercício, consoante as normas do Estado onde se constituiu, desnecessário novo reconhecimento (cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Tratado elementar do direito internacional privado*, v. 2, nº 171, p. 258). É o reconhecimento implícito.

Segundo a doutrina de Pillet, o reconhecimento das pessoas, naturais e jurídicas, é um direito adquirido onde se constituiram. A necessidade do comércio internacional é que justifica o reconhecimento (A. Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, 1914, nº 307, p. 420). O efeito mais importante de reconhecimento implícito é a extraterritorialidade. Se a fundação não se cobrisse de reconhecimento, expresso ou implícito, seria necessário, então, criar um novo direito para que a pessoa jurídica se movimentasse na comunidade internacional, para a realização de alguns de seus fins.

É a atividade, mesmo eventual ou episódica, de uma fundação que suscita dificuldades ao seu *reconhecimento internacional* e ao *exercício* de seus direitos, como adverte Loussouarn (*La condition des personnes morales en droit international, Rec. des Cours*, t. 96, 1959. v. 1, p. 508). Dificuldades existentes em alguns sistemas jurídicos, mas superadas no brasileiro.

E foi no sentido de evitar conflitos de leis, de colisão de normas pelo menos entre dois sistemas estatais, que a Convenção de Haia de 1951 estabeleceu que todas as associações, sociedades e fundações, regularmente constituídas no território de um dos Estados signatários, verão sua personalidade jurídica reconhecida de pleno direito no território dos outros Estados signatários. A norma convencional, apoiada em compromisso comum de certo número de Estados, tem, além de sua importância normativa, a doutrinária relevante. O preceito corresponde ao que dispunha o art. 11 da Introdução ao Código Civil (1916).

Subsiste, latente, a nacionalidade (afastada pelo legislador de 1944) para aplicação do disposto no art. 3º do Código

Civil: "A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis."

A existência de um elemento estrangeiro pode suscitar uma questão de direito internacional privado, gerando os chamados conflitos de leis. Cada país estabelece as regras de solução, as quais não são uniformes. Em relação à lei estrangeira, dois são os problemas a serem apresentados: o primeiro é o da interferência da regra estrangeira no nosso sistema; o segundo, o da exclusão ao direito estrangeiro.

É inerente à civilização contemporânea a aceitação do direito estrangeiro, por força de dispositivo interno. A lei do domicílio no exterior tem aplicação no Brasil por força de dispositivo legal brasileiro. Não se aplica o direito estrangeiro competente quando ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Problema dos mais árduos é o de conceituação da ordem pública (expressão que em alguns códigos traduz a regra), ou por sua indefinição ou pelo próprio caráter de mobilidade. Os códigos e as leis consagram a aplicação da ordem pública, sem defini-la, mas apenas como regra excludente de aplicação do direito estrangeiro. A norma estrangeira é aplicada ou respeitada no Brasil, segundo regra indicativa do nosso sistema, a não ser que contrarie a ordem pública. Um princípio de ordem pública contém-se no § 2º, art. 7º da Lei de Introdução, quando determina que a lei brasileira será aplicada quanto aos impedimentos dirimentes, realizando-se o casamento no Brasil. Ordem pública territorial, porque se ocorrer impedimentos dirimentes pela lei domiciliar estrangeira dos nubentes não se levará em conta regra alienígena.

Mas, na ordem pública internacional, o problema é complexo, por suas indefinições, porque as ordens jurídicas que compõem o mapa político-jurídico são variáveis, sobretudo na linha dos valores morais e políticos. A diversidade de sistemas jurídicos e o intuito de preservar alguns de seus princípios fundamentais explicam a regra de exceção. Regra restritiva, visa principalmente manter a organização da vida social, de acordo com os preceitos jurídicos.

Desvanecendo as dificuldades conceituais, as leis de ordem pública são (no dizer de Savigny) "leis duma natureza positiva rigorosamente obrigatória". Anula a eficácia da lei estrangeira competente para tornar imperativa e excludente a lei territorial. Os interesses fundamentais de ordem jurídica, numa nítida área de poder, devem ser preservados de maneira categórica. As palavras de Pillet são expressivas: "Leis de ordem pública são aquelas que se referem, sobretudo, à comunidade, que aproveitam igualmente a todos, que estão escritos no interesse de todos, e não apenas no interesse de cada um."

Elucidado, de maneira rápida, o conceito e a função da ordem pública, de expressões restritivas, cabe apreciar a matéria em relação particular às fundações, porque é da determinação de um e de outra que chegamos aos limites das ações excludentes da lei estrangeira ou da aplicação determinante da lei nacional, no relacionamento com a *lex fori.*

Banindo as várias doutrinas que autores ilustres sustentam, têm-se dois textos de direito positivo primordiais. O do Código Civil que considera as funções como pessoas jurídicas de direito privado (art. 16, I), embora silenciando sobre a especificação do fim a que se destina (v. art. 24). O art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, afastando-se do conceito de personalidade jurídica, abraçando a doutrina de Planiol e outros, refere-se às organizações destinadas a fins de interesse coletivo. O texto inovador não trouxe modificações. Mudaram-se apenas as pa-

lavras. A fundação particular consiste na constituição de um capital ou de uma renda, destinada pelo respectivo dono (pessoa física ou associação) a um fim de utilidade social (Eduardo Espínola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 3. ed. 1939. p. 438). A declaração do ato constitutivo, feita por escritura pública ou testamento, consigna o fim especial a que se destina a fundação.

A técnica jurídica adotada para a fundação não é a mesma, sendo de notar o sistema anglo-saxão dos *trustees* e o da Europa Continental e da América Latina, d- noção de "personalidade moral". Em qualquer dos sistemas, o organismo não está adstrito a fronteiras. No Brasil, a lei do lugar de sua constituição é que determina os limites e, em não havendo expressamente, os limites estabelecidos pelo direito internacional privado, reconhecido por todas as nações civilizadas. De duas maneiras pode interferir, de modo importante, no domínio dos conflitos de leis: ou para o exercício de atos acidentais num dado país, ou para o desempenho do seu próprio objetivo em outro país que não o de sua constituição ou de sua sede (Serpa Lopes, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, v. 3, 2. ed. 1959. nº 357).

O reconhecimento de uma fundação estrangeira não depende, no Brasil, de qualquer ato complementar. É o reconhecimento pleno. Somente as fundações aqui constituídas dependem de inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, nos termos do art. 115, I da Lei nº 6 015, de 31.12.73. Na atribuição do Ministério Público de velar pelas fundações, segundo o entendimento do art. 26 do Código Civil, está a de impugnar o registro ou requerer seu cancelamento.

O novo Código de Processo Civil adotou princípio expresso, ao dizer no art. 1 200 que o interessado submeterá o estatuto ao órgão do Ministério Público, que verificará se foram observadas as bases da Fundação. Não merece acolhida justa a crítica feita ao dispositivo. Estabelecer a competência do Ministério Público para a aprovação ou a denegação de aprovação dos estatutos é um princípio de coerência em relação ao Código Civil, desde que se ressalvou o suprimento de aprovação pelo juiz (v. José Olympio de Castro Filho, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10, 1975. nº 162. Sep.).

Aplicando-se a lei da constituição, é esta que dá personalidade e capacidade nos termos da lei competente, independendo, no território brasileiro, de ato especial de reconhecimento (cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Tratado elementar de direito internacional privado*, v. 2, nº 171).

A ação do Ministério Público está limitada a fundações brasileiras, devidamente inscritas, nos termos da lei. Órgão prestigiado pelas regras que a Constituição estabeleceu para a investidura e a carreira. Pelo novo direito constitucional brasileiro, de índole revolucionária, o Ministério Público é "uma instituição paralela a esta última (a *Magistratura judicante*) e, por isso, vinculada intimamente ao ordenamento judiciário, mas de caráter *independente e eminentemente ativo*, incumbida de velar pela observância das leis, representa a Sociedade e defende os interesses públicos" (Leopoldo Braga, Ministério Público, *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, ano I, nº 3. Set.-dez., 1967, p. 13 e 14).

A Lei nº 2 144, de 22.11.72, que reorganizou a Procuradoria-Geral da Justiça e dá outras providências, criou o Curador de Fundações a quem incumbe: I — examinar e aprovar os estatutos das Fundações e respectivas alterações, verificando se atendem aos requisitos legais e se bastam os bens aos fins a que se destinam, fiscalizando o seu registro;

II — fiscalizar o funcionamento das fundações e o cumprimento das portarias e demais atos baixados pelo Procurador-Geral; III — examinar e aprovar anualmente as contas das fundações, requerendo a prestação de contas quando se fizer necessário; IV — velar pelas fundações, promovendo, quando for o caso, a verificação a que se refere o art. 30, parágrafo único do Código Civil, e oficiar nos processos que lhe digam respeito; V — requerer a remoção dos administradores das fundações, nos casos de administração irregular ou ruinosa, e a nomeação de quem os substituam, respeitando o disposto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos; VI — promover a anulação dos atos praticados pelos administradores das fundações sem observância dos estatutos ou da lei, inclusive requerendo as providências assecuratórias necessárias; VII — requisitar informações e cópias autênticas de atos e demais documentos convenientes à fiscalização das fundações; VIII — manter em dia o arquivo, o fichário e o cadastro referentes aos seus serviços.

Ao reclamo de tantos juristas, no sentido de uma lei regulamentar das fundações para esclarecer imprecisões, não deu ouvidos o legislador federal, contendo-se a nova codificação processual civil em poucas normas, apenas desvanecendo dúvidas sobre a atuação do Ministério Público. Atento às preocupações da estilística lusitana, Rui Barbosa preferiu o uso do verbo *velar*, ainda repetido no art. 65 do Anteprojeto de Código Civil. Se comuns as origens dos verbos *inspecionar*, *fiscalizar* e *velar*, origens latinas, tem o último, nos vocabulários, um significado mais preciso, como o de proteger, patrocinar, zelar, interessar-se, preocupar-se (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1. ed.). O múltiplo sentido da ação no verbo indicado ajusta-se às múltiplas funções do Ministério Público.

Empenhou-se a Procuradoria-Geral da Justiça do Estado, através de duas Portarias, em estabelecer normas a respeito. A Portaria *E* nº 13-72, de 10.8.72, baixada pelo Procurador-Geral Clovis Paulo da Rocha, cogitou de normas para a aprovação de estatutos, contas e fiscalização das Fundações. A Portaria *E* nº 93/75, de 7.2.75, do Procurador Hermano Odilon dos Anjos, estabelece normas para a atuação de Curador de Fundações e dá outras providências.

Numa síntese, o Professor e Membro do Ministério Público, Dr. Sérgio de Andrea Ferreira, expressou-se nestas palavras: "*O Curador das Fundações* será órgão que funcionará, *administrativamente* (p. ex. exame e aprovação dos estatutos e das contas das fundações) e *judicialmente* (p. ex. promoção da anulação dos atos praticados pelos administradores das fundações sem observância dos estatutos ou da lei), na medida em que o Ministério Público fiscaliza a vida das fundações" (*Princípios institucionais do Ministério Público*, p. 47).

Quais as fundações sob as quais vela o Ministério Público? Se foram lidos e relidos os textos, a resposta é uma só: as fundações instituídas no Brasil, nos termos da lei brasileira. O art. 26 do Código Civil, o mais importante, diz: "Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, *onde situados*. Regra de *direito interno*, e como se adotou estranhamente uma regra antifederativa, o encargo se estenderá ao Ministério Público doutro Estado, se a este se estenderem a atividade de fundação" (art. 26, § 1º). O primeiro *consideranda* da Portaria *E* nº 13/72, do Procurador-Geral do Estado, diz que constitui incumbência do Ministério Público Estadual velar pelas Fundações, no *respectivo Estado onde se achem as mesmas situadas* (Código Civil, art. 26; Código de Processo Civil, art. 653). *Con-*

sideranda repetida na Portaria *E* nº 06, de 7.2.75.

A pretensão do zelo do Ministério Público excede os limites normais da territorialidade, numa insólita invasão das áreas de outros países. Nenhuma norma do Código Civil tem aplicação direta, exceto quando o direito estrangeiro manda dar aplicação através de uma regra de direito internacional privado, ou quando, por via indireta, a lei brasileira é obrigatória nos Estados estrangeiros (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 1º, § 6º). A Introdução de 1916 era mais *elucidativa*: "Art. 1º. A lei obriga em todo o território brasileiro, nas suas águas territoriais e, ainda, no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem extraterritorialidade os princípios e convenções internacionais."

A Lei de Introdução ao Código Civil contém regras de direito intertemporal e, principalmente, de direito internacional privado, além de regras de hermenêutica. Integram-se no sistema positivo brasileiro. O art. 11 completa a regra interna, ao dizer que as fundações obedecem à lei do Estado em que se constituirem, desvanecendo as dúvidas que o dispositivo de Introdução suscitava no exame da aceitação do reconhecimento das pessoas jurídicas estrangeiras (art. 19).

A subordinação do direito brasileiro só se admite no caso das pessoas jurídicas *funcionarem* no Brasil através de filiais, agências ou estabelecimentos, com aprovação do governo brasileiro e sujeitas à lei brasileira (art. 11, § 1º). Não é o caso da Fundação Elísio Ferreira Afonso. O recurso à doutrina estrangeira é, no caso, adequado e necessário. Léon-Julliot de la Morandière diz que, em princípio, as questões de direito internacional privado relativas às fundações se solucionam em direito francês com o recurso à lei do lugar onde a fundação tem sua sede administrativa, isto é, a lei do país onde, de acordo com os estatutos, estão situados os órgãos de direção e de gestão da fundação (Dalloz, *Répertoire de Droit International*, t. 2, 1960. p. 51).

A intervenção e o controle da fundação encontrariam apoio, em parte, nas fraudes que pudessem ocorrer, no interesse familiar e no fiscal sobretudo. São fatores de indiferença pela fundação, transformando-se em hostilidade. Os preconceitos históricos tentam ampliar a participação do Estado (v. Pietro Rescigno, *Fondazione, in Enciclopédia del diritto*, XVII). E daí a viva reação de Pontes de Miranda à subordinação das pessoas de direito privado, embora de interesse público, à intervenção do Estado, considerando-a absurda (*apud* Homero Senna e Clóvis Zobaran Monteiro, *Fundações no direito e na administração*, 1970. p. 149). Entretanto, torna-se absorvente a ação do Ministério Público tomar providências graves a pretexto de preservar o objeto da fundação. Extravasando a área territorial de sua jurisdição e competência, sem apoio em lei nem tampouco em portarias, o Curador das Fundações do Estado pretende colocar sob sua inspeção as fundações estrangeiras, de cujo estatuto não participou, de cujos interesses não há justificativa para preservar.

Se já se postula o *modus faciendi* da fiscalização e o processo sumário para apuração de irregularidade na área federal, de interesses preponderantes, adiantou-se o Ministério Público Estadual na indicação de seus encargos de velar. Pesa sobre a Fundação Elísio Ferreira Afonso ameaça de ilegalidade.

No direito internacional privado tem-se assinalado a incompatibilidade de uma instituição estrangeira com a ordem jurídica local, mediante esforços para uma razoável adaptação. Admiti-la como sujeita a um estatuto misto, conhecido do direito belga (v. François Rigaux, *Droit international privé*, 1968. nº 445), seria no Brasil o direito a constituir. No direito

convencional, a Convenção franco-belga de 1927 assegura o exercício de cada um dos Estados contratantes nas pessoas jurídicas que enuncia. No Brasil, não há texto relativo a matéria. Sendo assim depende do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, a da lei da instituição. Julliot de la Morandière, apoiado na doutrina de Pillet, La Pradelle, Niboyet, Batiffol e Souleau, escreve: "... *une fondation ayant son siège en France sera régie par la loi française, même si elle a pour but de s'occuper d'oeuvres d'assistance à l'étranger, e, reciproquement, une fondation secourant des Français sur le sol de France sera en principe régio par une loi étrangère, si elle a son siège administratif à l'étrangers*" (Dallez, op. cit. t. 2, p. 51). A transcrição não se ajusta exatamente aos princípios gerais do sistema brasileiro, mas contém a regra dos efeitos da fundação em país estrangeiro, de acordo com a lei do país onde se constituir.

Os Estatutos da Fundação Elísio Ferreira Afonso foram registrados em Portugal, tendo por objetivo na povoação de Avelal um hospital sub-regional e, se os seus rendimentos o permitirem, prestar assistência na invalidez e na velhice e, bem assim à maternidade e na primeira infância, de acordo e em colaboração com a Direção-Geral da Assistência e com os institutos Maternal e de Assistência aos Inválidos (art. 3º). Dentre as rendas da Fundação as mais relevantes são as dos bens imóveis, alguns situados no Rio de Janeiro (arts. 7º e 9º).

Pelo fato da fundação ser estrangeira não se encontra fiscalização possível nas funções que a portaria indica, pela própria impossibilidade material de atendimento a exigências porventura formuladas pelo Ministério Público. A Administração tem sede no exterior. Ao Conselho de Administração compete orientar, dirigir e administrar a Fundação (art. 13). As contas serão enviadas à Direção-Geral da Assistência para efeito de julgamento (art. 15).

A impossibilidade da adaptação, princípio quase igual ao da instituição desconhecida, em direito internacional privado, torna inócua, de um lado, e indevida do outro, a fiscalização do Curador de Fundações.

Não havendo na lei brasileira texto de coexistência ou de adaptação, preenche-se a omissão pelos princípios gerais de direito, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Os princípios gerais de direito internacional privado, já lembrados, desfavorecem a ação fiscalizadora.

A fiscalização das fundações atenderá aos fins sociais a que ela se dirige. Proteção, sobretudo, de uma obra cultural ou filantrópica, de conteúdo social, de estrangeiros que não fazem parte da coletividade brasileira. A que título e por que visa o Ministério Público a tentar velar por fundações que têm, no Brasil, apenas algumas fontes de suas rendas?

O interesse público será fiscal, se existir, sobretudo, na esfera do imposto de renda. À autoridade competente federal deverá acudir a Fundação para o controle, se for caso.

Concluindo, registro o seguinte: 1) O art. 26 do Código Civil e os arts. 1 200 a 1 203 do Código de Processo Civil não se aplicam às fundações estrangeiras. 2) O Ministério Público local vela apenas sobre as fundações brasileiras, nos termos do art. 17 da Portaria 06, de 7.2.75. Rio de Janeiro, 6 de janeiro de 1976. *Oscar Tlemi,* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.