

ANDREA LÚCIA DORINI DE OLIVEIRA CARVALHO ROSSI

**FUNDAÇÕES EDUCACIONAIS PÚBLICAS REGIDAS PELO DIREITO
PRIVADO: CONFLITOS EXISTENTES DIANTE DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Relatório de pesquisa apresentado ao Programa de Iniciação Científica (PIC) do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientanda: Andrea Lúcia Dorini de Oliveira Carvalho Rossi
Orientador: Eduardo Augusto Vella Gonçalves
Linha de Pesquisa: Ciências Sociais e Aplicadas

SUMÁRIO

1. Introdução/Contextualização.....	3
Capítulo I – As Fundações diante do ordenamento jurídico brasileiro....	4
1. O conceito doutrinário de Fundações.....	4
2. Sobre a legislação que regulamenta as Fundações.....	7
Capítulo II – Da distinção entre Fundações Públicas de Direito Público e Fundações Públicas de Direito Privado.....	15
1. Da Fundação Pública de Direito Público.....	16
2. Das Fundações Públicas de Direito Privado.....	21
Capítulo III – Da Natureza Jurídica da Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.....	25
Considerações Finais.....	36
Referências	39

1. Introdução

O presente relatório teve como proposta de análise, à luz dos ensinamentos e dos princípios do Direito Administrativo, a situação jurídica das fundações públicas fundadas antes do ano de 1988, ainda sob a égide da Constituição de 1946, e suas reformas constitucionais, e o Código Civil de 1916. Além destas preocupações, este projeto visa refletir especificamente sobre as condições das fundações educacionais que foram fundadas antes das referidas normas sob a denominação de “fundações públicas de direito privado”.

Neste sentido, o presente relatório será subdividido em três capítulos assim delineados:

O Capítulo I versará sobre a conceituação de fundações, sejam públicas ou privadas, e a discussão doutrinária e legal sobre a questão.

O Capítulo II versará especificamente sobre as características de fundações públicas de direito público e de direito privado, suas diferenças e seus *modi operandi*.

Finalmente, no Capítulo III, será analisado o caso concreto da FEMA – Fundação Educacional do Município de Assis.

Capítulo I – As Fundações diante do ordenamento jurídico brasileiro

Neste capítulo, serão analisadas as legislações que norteiam a conceituação e a constituição das fundações no Brasil.

1. O conceito doutrinário de Fundações

O conceito de fundação pode ser desmembrado em dois tipos segundo a doutrina, a fundação privada e a fundação pública. A gênese da fundação é um patrimônio personalizado, afetado a um fim. Este patrimônio, substrato econômico da fundação, é o complexo de relações jurídicas pertencentes a determinado sujeito que pode ser de natureza pública ou de natureza privada. Este patrimônio é personalizado, porque sobre ele incidem normas jurídicas, tornando-o sujeito de direito e obrigações. Ao ser afetado a um fim significa que este patrimônio deve ser destinado ou consagrado a perseguir um objetivo, quase sempre de natureza educacional, cultural ou científica de interesse público. Não pode haver fundação, ainda que instituída sob o figurino do Direito Privado, que legalmente possa buscar uma finalidade de interesse privado, quando instituída pela Administração Pública.

Segundo Knoplock (2010, p. 28)

A figura da fundação é, pois, originária do direito privado. O Estado, ao utilizar-se dos mesmos conceitos, passou a criar as chamadas fundações públicas, ou fundações governamentais; o que mais diferencia as fundações públicas das demais entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) é justamente o fato de se constituírem de um patrimônio que adquire personalidade jurídica. Podemos, portanto, apresentar o seguinte conceito para a fundação pública: patrimônio destinado pelo Estado ao desempenho de atividades sociais (saúde, educação, cultura...), dotado de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e vinculação à Administração Direta.

Como anunciado anteriormente, há alguns posicionamentos da doutrina que se contrapõe. Passar-se-á a apresentar estes posicionamentos.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2009, p. 352), a definição de fundações públicas se apresenta no Código Civil e na Constituição Federal da seguinte forma:

As fundações, como "universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade", ou como "um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado", sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado.

Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo, educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. - com a personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público" (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de "fundação pública" (arts. 37, XIX, e 19 das "Disposições Transitórias"), ora "fundações mantidas pelo Poder Público" (art. 37, XVII), ora, simplesmente, "fundação" (art. 163, II).

Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais.

As fundações públicas prestam-se, principalmente, à realização de atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público, mas de interesse coletivo, como a educação, cultura, pesquisa, sempre merecedoras do amparo estatal.

Depreende-se deste posicionamento de Meirelles que as fundações públicas são sempre de Direito Público, no preceito da Constituição, vinculadas aos princípios administrativos deste mesmo direito e compõem a Administração Indireta na estrutura atual adotada pelo Estado brasileiro.

Já Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 31), abordam a "fundação pública" da seguinte forma:

Conquanto seja patente que o constituinte derivado teve a intenção de que todas as fundações públicas passassem a ser criadas obrigatoriamente com personalidade jurídica de direito privado, nossa jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, e a doutrina pátria dominante admitem que as fundações públicas sejam criadas com personalidade jurídica de direito público, diretamente por lei específica. Nesse caso, todavia, elas serão uma "espécie do gênero autarquia".

Vale reforçar este ponto: as fundações públicas podem ser criadas da forma literalmente prevista na segunda parte do inciso XIX do artigo 37 da Carta Política, revestindo, então, personalidade jurídica de direito privado, mas podem também, alternativamente, ser criadas diretamente por lei específica, com personalidade jurídica de direito público, hipótese em que serão uma espécie de autarquia (usualmente chamadas de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais). A possibilidade de instituição de fundações públicas com personalidade jurídica de direito público é construção doutrinária e jurisprudencial. Não está expressamente prevista na Constituição.

Mais próximo de Alexandrino e Paulo, pode-se destacar o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Melo (2008, p. 183/4)

É absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contido. Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente o exercício de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada.

O que se passou, entretanto, no Direito brasileiro é que foram criadas inúmeras pessoas designadas como “fundações”, com atribuições nitidamente públicas, e que, sob este aspecto, em nada se distinguem das autarquias. O regime delas estaria inevitavelmente atrelando-as às limitações e controles próprios das pessoas de Direito Público. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado, apenas para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhe seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público.

Maria Sylvia Di Pietro (2011),

a fundação instituída pelo poder público caracteriza-se por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, a que a lei atribui personalidade jurídica de direito público ou privado, para consecução de fins públicos; quando tem personalidade pública, o seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamada de autarquia fundacional, em oposição à autarquia corporativa; outros preferem falar em fundações públicas ou de direito público, as fundações de direito privado regem-se pelo direito civil em tudo o que não for derogado pelo direito público;

Sobre a natureza da personalidade jurídica das fundações públicas, Di Pietro (*Idem*) esclarece:

De qualquer forma, como a Constituição não faz distinção quanto à personalidade jurídica, tem-se que entender que todos os seus dispositivos que se referem às fundações abrangem todas, independentemente da personalidade jurídica, pública ou privada.

Também é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade. Na esfera estadual, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os Estados, não podendo legislar sobre direito civil, não podem estabelecer normas que o deroguem.

Quanto à finalidade, as fundações instituídas pela Administração Pública destinam-se essencialmente à realização de **atividades não lucrativas e de interesse público**, a exemplo da **educação, da cultura e da pesquisa**. É o que estabelece o art. 2, alínea c, do Decreto-Lei federal n. 900/69, que alterou o Decreto-Lei, também federal, n. 200/67.

Essa orientação, hoje expressa, era inferida do art. 21 da Lei federal n. 4.204/61, que fixou as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e do art. 4 da Lei, também federal, n. 5.540/68, que organizou o funcionamento do ensino superior na seguinte redação:

Art. 4º As universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em **fundações de direito público** e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações.

Assim, qualquer que seja a natureza, pública ou privada, da fundação instituída pela Administração Pública, sua finalidade há de ser, sempre, de interesse público sem fins lucrativos.

2. Sobre a legislação que regulamenta as Fundações

Atualmente, o conceito de fundações públicas está diretamente vinculado às entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, sem fins lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades de **interesse público, como educação, cultura e pesquisa, sempre merecedoras de amparo legal**. A princípio, a criação das fundações públicas deve ser por lei específica e regulamentada por decreto, independentemente de qualquer registro. No entanto, nem sempre este conceito foi o adotado já que, historicamente, houve outros posicionamentos normativos quando às fundações. Nesta perspectiva, pode-se identificar três espécies de fundações:

- a) Fundações públicas;
- b) Fundações públicas de direito privado;

c) Fundações privadas.

Hoje, alguns doutrinadores entendem que o no nosso ordenamento jurídico não é mais admitida a instituição de uma “fundação pública de direito privado”. No entanto, muitas destas instituições, fundadas antes das alterações nas legislações, vivem impasses legais e administrativos.

Diante da questão inicialmente apresentada, é necessário resgatar as legislações que proporcionam a possibilidade de conceituação do presente objeto.

O Código Civil Brasileiro de 1916, e respectivas alterações, dispunha sobre a instituição, organização e registro das fundações no seu Livro I, Capítulo II, assim definia as pessoas jurídicas:

Art. 13. As pessoas jurídicas são de direito público, interno, ou externo, e de direito privado.

Art. 14. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I. A União.

II. Cada um dos seus Estados e o Distrito Federal.

III. Cada um dos Municípios legalmente constituídos.

(...)

Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado:

I. As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e **as fundações**.

(...)

§ 1º As sociedades mencionadas no n. I só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial.

(...)

Os dispositivos acima estabeleciam a criação de entidades “de direito público” assim como de “de direito privado”. Quanto à definição específica das fundações, pode-se verificar a seguinte determinação legal:

DAS FUNDAÇÕES

Art. 24. Para criar uma fundação, far-lhe-á seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Art. 25. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens doados serão convertidos em títulos da dívida pública, se outra coisa não dispuser o instituidor, até que, aumentados com os rendimentos ou novas dotações, perfaçam capital bastante.

Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.

§ 1º Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá em cada um deles ao Ministério Público esse encargo.

(...)

Art. 27. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 24), **os estatutos da fundação projetada, submetendo-os, em seguida, à aprovação da autoridade competente.**

(...)

Art. 28. Para se poderem **alterar os estatutos** da fundação, é mister:

I. **Que a reforma seja deliberada pela maioria absoluta dos competentes para gerir e representar a fundação.**

II. Que não contrarie o fim desta.

III. Que seja aprovada pela autoridade competente.

(...)

Art. 30. Verificado ser nociva, ou impossível a manutenção de uma fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes.

(...)

Além do Código Civil Brasileiro, há também que se evocar o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Este decreto dispõe sobre a organização da Administração Federal, assim como estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa.

Em seu artigo 4º, inicialmente, não incluía a entidade “fundação” como integrante da Administração Indireta. Estas redações do Decreto-Lei 200/67 foram dadas pela Lei nº 7.596/87, que incluiu as fundações públicas, na alínea ‘d’, entre as entidades da Administração.

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Assim, o artigo 5º, passou a ter a seguinte inclusão:

IV - **Fundação Pública** - a entidade **dotada de personalidade jurídica de direito privado**, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

(...)

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo **adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.**

Mesmo este decreto sendo direcionado à União, por interpretação extensiva pode ser aplicado a qualquer fundação pública que venha a compor a Administração Indireta dos entes federados (Estado, Município ou Distrito Federal).

Logo a seguir, há uma alteração legal com o Decreto Lei nº 900/69, de 29 de setembro de 1969, que retira a fundação pública da administração indireta, sujeitando-a apenas às regras gerais do Código Civil (sem supervisão ministerial e controle interno e externo), salvo nas seguintes condições:

Art . 2º **Não serão instituídas** pelo Poder Público **novas fundações que não satisfaçam cumulativamente** os seguintes requisitos e condições:

a) **dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação;**

b) participação de **recursos privados no patrimônio** e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, **um terço do total;**

c) **objetivos não lucrativos** e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta;

d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (artigos 24 e seguintes do Código Civil).

Neste histórico, há uma dança das cadeiras em relação às fundações e suas relações com o poder público. A Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987 reintegra a fundação pública de direito privado à administração indireta como foi visto na nova redação dada ao Decreto-Lei 200/67.

É justamente neste período que a Fundação Educacional do Município de Assis foi instituída pela Lei Municipal 2.374 de 19 de outubro de 1985 e aprovada pelos Decretos Municipais 1.557 de 1 de novembro de 1985 (abertura de crédito adicional) e 1.564 de 13 de novembro de 1985 (aprovação do estatuto).

Na sua redação original, Constituição Federal de 1988 não previa a fundação pública de direito privado e estendeu o regime jurídico único aos servidores das fundações públicas conforme o que estabelece no caput do art. 39 da Constituição.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, **regime jurídico único** e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, transformou os contratados sem concurso público das fundações públicas federais em estatutários, submetidos ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, abrindo prerrogativas sobre a interpretação a respeito da natureza jurídica das fundações públicas na medida em que pressupõe a incorporação dos servidores ao regime estatutário e não sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou a redação do art. 37, inciso XIX da Constituição e previu sua natureza pública de direito privado: criação autorizada pela lei como as empresas estatais.

No entanto, a análise e o deferimento da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI de nº 2.135-4 (2.8.2007) pelo Supremo Tribunal Federal, determinou o retorno do texto original do caput do artigo 39 da Constituição Federal que havia sido suprimido pela EC nº 19/1998, por irregularidades no rito de votação. Esta alteração levantou a polêmica jurídica sobre a possibilidade do Poder Público instituir fundações públicas de direito privado, no entendimento de que seria novamente obrigatória a adoção do regime estatutário para o seu pessoal.

Após o julgamento da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal analisou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, no. 191-4, onde se discutiu sobre o regime jurídico de servidores de fundação pública de direito privado, que pretendiam a equiparação ao regime estatutário, próprio das entidades de direito público. Em algumas manifestações de votos, como os votos da Ministra Carmén Lúcia e dos Ministros Menezes Direito e Eros Grau, é possível verificar a interpretação de que o regime jurídico das fundações depende do que estabelece a sua lei criadora mas que, pressupostamente, esta deve ser de regime jurídico privado.

A matéria chegou a suscitar muitas controvérsias na doutrina, mas, efetivamente, como disse a Ministra Cármen Lúcia, com a Emenda Constitucional nº 19, na realidade, restabeleceu-se a possibilidade da instituição de fundações sob o regime privatista, porque se retirou a expressão “fundações de direito público” e colocou-se as fundações ao lado da sociedade de economia mista e das empresas públicas. (Em voto do Ministro Menezes Direito, fl. 15).

Maria Sylvia Di Pietro (2011) esclarece que, embora as alterações nas legislações e suas várias interpretações tenham definido as fundações públicas como de direito privado,

Nem por isso se põe fim à discussão que se trava no direito brasileiro à respeito de sua natureza jurídica, pública ou privada. De todas as entidades da administração indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às conseqüências que daí decorrem.

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.

A Controladoria Geral da União, em documento sobre as fundações, assim as define:

Fundações Públicas são entidades dotadas de **personalidade jurídica de direito público**, sem fins lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades de interesse público, como educação, cultura e pesquisa, sempre merecedoras de amparo legal. São criadas por lei específica e regulamentadas por decreto, independentemente de qualquer registro.

Esta ambiguidade se dá justamente pelas lacunas presentes nas legislações já que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37,

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Ainda seguindo os preceitos de Maria Sylvia Di Pietro (2011), em relação à ambigüidade das fundações públicas,

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último

caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

(...)

O ato do poder público - como instituidor - não é irrevogável, ao contrário do que ocorre na fundação instituída por particular; o poder público pode extingui-la a qualquer momento, como, aliás, está previsto pelo artigo 178 do Decreto-lei nº. 200, com a redação dada pelo Decreto-lei nº. 2.299 de 21-11-86.

(...)

Portanto, enquanto no direito privado a fundação adquire vida própria, independente da vontade do instituidor (que não poderá nem mesmo fiscalizar o cumprimento de sua manifestação de vontade, já que essa função foi confiada ao Ministério Público), a fundação instituída pelo Estado constitui instrumento de ação da Administração Pública, que se cria, mantém ou extingue na medida em que sua atividade se revelar adequada à consecução dos fins que, se são públicos, são também próprios do ente que a instituiu e que deles não pode dispor.

Criou-se, assim, uma situação ambígua, na qual as fundações públicas teriam personalidade jurídica de direito privado, mas às quais não se aplicariam as regras de direito privado e sim de direito público. Esta aplicação estaria diretamente vinculada à vontade do ente criador, ou instituidor, relacionada ao fim a que se destina a fundação pública.

Desta forma, ainda citando Di Pietro (2011),

quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, que instituiu a entidade. Na esfera estadual, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os Estados, não podendo legislar sobre direito civil, não podem estabelecer normas que o deroguem.

Ao que se refere aos Estados, pode ser estendido aos Municípios no que diz respeito às suas fundações criadas antes ou depois da Constituição Federal de 1988.

Segundo Costa (2002), o art. 39, caput, da Constituição Federal, determina que as fundações públicas possuam regime jurídico único e planos de carreira instituídos pela autonomia que as criou. Tal artigo constitucional pode conduzir a uma interpretação de que a Constituição Federal apenas admite a existência de Fundações Públicas com personalidade de direito público. Porém, o § 1º do art. 173

da Constituição Federal admite, juntamente com as de economia mista e empresas públicas, a existência de outras entidades que explorem atividade econômica. E como é ressabido, tanto a educação, como a saúde, podem ser formas de atividade econômica, exploradas pela iniciativa privada (arts. 199 e 209 da CF/88); ou pelo Poder Público, através de suas paraestatais ou de entidades criadas a partir da organização da Administração Indireta assim como, também, é o caso das autarquias e das fundações públicas.

Capítulo II – Da distinção entre Fundações Públicas de Direito Público e Fundações Públicas de Direito Privado

Diante do processo de descentralização da Administração Pública desde a década de 60 como se pode ver nas referências legais, as fundações públicas foram se proliferando como forma do Estado, diante de uma perspectiva do bem estar social, Bem-estar social é o bem comum da coletividade, expresso na satisfação das necessidades fundamentais de seus administrados. Desta forma, o Estado passou a aplicar a descentralização.

Descentralizar, em sentido comum, é afastar do centro; descentralizar, em sentido jurídico-administrativo, é atribuir a outrem poderes da Administração. O detentor dos poderes da Administração é o Estado, pessoa única, embora constituída dos vários órgãos que integram sua estrutura. Despersonalizados, esses órgãos não agem em nome próprio, mas no do Estado, de que são instrumentos indispensáveis ao exercício de suas funções e atividades típicas. A descentralização administrativa pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou de utilidade pública.

O ente descentralizado age por outorga do serviço ou atividade, ou por delegação de sua execução, mas sempre em nome próprio. As formas de descentralização são as instituições das autarquias e das fundações públicas. A opção por um ou outro tipo de entidade é derivada do nível de autonomia que se quer atribuir ao ente.

As autarquias e as fundações públicas são modelos de descentralização que caracterizam, portanto, a Administração Indireta.

Para delinear as distinções entre as fundações públicas de direito público e as fundações públicas de direito privado, far-se-á uma análise a partir de alguns critérios que estabelecerão a distinção das duas naturezas jurídicas. Para sistematizar esta abordagem, adotar-se-á a seguinte estrutura: características, finalidades, formas de criação e extinção, regime jurídico, patrimônio, formas de contratação de pessoal, controle, foro de litígio, atos e contratos e responsabilidade civil. Neste sentido, serão usados os seguintes artigos de Antônio Coutinho de

Carvalho Júnior (2004), de Gil Braga de Castro Silva e Daniela Oliveira da Silva (2004) que auxiliam no processo de distinção e definição das fundações públicas de Direito Privado e de Direito Público.

Antes da definição, é mister apresentar alguns fundamentos indicados por

Para definir se a fundação é pública ou privada a análise da lei instituidora é imprescindível, tendo os doutrinadores fixado alguns critérios de diferenciação que nela podem ser identificados:

- a) inexigibilidade de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas para as de direito público, porque a sua personalidade já decorre da lei (Di Pietro);
- b) titularidade de poderes públicos e não meramente o exercício deles (Bandeira de Melo);
- c) origem dos recursos, serão de direito público aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orçamento da pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas, sendo de direito privado aquelas que sobreviverem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros (Carvalho Filho);
- d) natureza das atividades, para Justen Filho se a fundação "envolver um processo de **descentralização de competências próprias** e inerentes à Administração direta, o único regime jurídico admissível será o público".
- e) regime jurídico, titularidade de poderes e natureza dos serviços prestados (STF - ADI 191/RS: "A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados"). (FERREIRA, 2009)

1. Da Fundação Pública de Direito Público

Evocar-se-á a expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, que apregoa a definição da Fundação Pública com o seguinte teor:

Em rigor as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias às quais foi dado a designação correspondente à base estrutural que têm. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas sejam elas de direito público, sejam de direito privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao "substrato básico" sobre que assentam: pessoas de base corporativa (corporações, associações, sociedades) e pessoas de base fundacional (Fundações). Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, a personalização de uma finalidade. ...a Constituição referiu-se às Fundações Públicas em paralelismo com as Autarquias, portanto, como se fossem realidades distintas porque, simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no direito brasileiro para nominar pessoas estatais. Seus objetivos foram pragmáticos. Colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar. (2008, 160-163)

Já José Cretella Júnior (1976, p.30 e 31), define a fundação pública conforme os seguintes preceitos:

Desse modo, como em outras ocasiões o fizemos, a fundação de direito público pode ser definida como pessoa jurídica de direito público interno, de índole exclusivamente administrativa, criada pelo Estado, constituída de substrato patrimonial instituído pela entidade matriz criadora, para que o novo ente persiga os fins específicos que tem em mira, informada por princípios publicísticos, derogativos e exorbitantes do direito comum.

Assim, depreendemos que a fundação pública de direito público é uma criação do ente instituidor com a finalidade de continuar a prestar serviços inerentes a estes entes mas com uma autonomia relativa quanto às formas de execução de suas atividades.

1.1 Característica

Quanto às suas características, pouco se diferencia das autarquias e recebem as mesmas prerrogativas e as especificidades que a seguir serão arroladas.

1.2 Finalidade

As fundações devem ter como finalidades a prestação de serviços que, na sua origem, são obrigações do Estado. Ao instituir uma fundação, o ente atribui a esta a função de prestar estes serviços.

As fundações são naturalmente entidades sem fins lucrativos e que devem exercer as suas atividades mediante ou não uma cobrança por estes. No entanto, não se pode esquecer que se houver valores que ultrapassem os custos de execução, “tais valores não se configurarão tipicamente como lucro, mas sim como superávit, necessário ao pagamento de novos custos operacionais, sempre com o intuito de melhorar o atendimento dos fins sociais. Nelas, portanto, o aspecto social está acima do fator econômico” (SILVA, 2012).

1.3 Sobre a Criação e a Extinção

A fundação pública de direito público tem a sua natureza na forma autárquica, ou seja, é de direito público. A regra a ser aplicada na sua criação é a mesma que incide sobre as autarquias, vale dizer, que a própria lei dá nascimento à entidade, porque essa é a regra adotada para o nascimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas de direito público.

Há também a necessidade de que a lei instituidora que lhe atribui a existência jurídica defina conjuntamente a dotação patrimonial. Além disso, requer uma segunda lei que estabeleça o seu estatuto e a constituição de seus futuros administradores. Não se aplica a esta o registro de seu estatuto em escritura pública e sim aprovado por lei, dando o legislativo o rumo adequado que pretende imprimir à nova entidade jurídica de direito público.

Se a fundação pública de direito público, ou fundação autárquica, é instituída por lei, a sua extinção deve decorrer da mesma forma seguindo assim o princípio da legalidade estabelecido pelo *caput* do artigo 37 da constituição Federal.

1.4 Do Regime Jurídico

As fundações públicas de direito público são regidas, redundantemente, pelo Direito Público. Esta afirmação é determinante na sua comparação com as autarquias pois estas são caracterizadas pela *longa manus* do ente criador presente em sua administração. Nesta caracterização do regime jurídico, à fundação autárquica podem ser atribuídos o poder de império, o poder de polícia, privilégios tributários, prescrição quinquenal de suas dívidas passivas, além de sujeitarem-se ao duplo grau as sentenças que lhes forem desfavoráveis (SILVA, 2004).

1.5 Sobre o Patrimônio

Os bens do patrimônio das fundações públicas de direito público são caracterizados como bens públicos, protegidos por todas as prerrogativas que o ordenamento

jurídico contempla dentre elas a impenhorabilidade de seus bens. Se aplicam aos seus bens a definição do Código Civil Brasileiro:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

1.6 Sobre o Pessoal

Com a Emenda Constitucional 18 de 1998 e a conseqüente mudança do artigo 39 da Constituição Federal, o regime jurídico a ser adotado nas relações trabalhistas dos agentes públicos vinculados à fundação autárquica é definido pela sua lei instituidora. Assim, poderá ser adotado tanto o regime estatutário como o trabalhista, a exemplo, aliás, do que poderá ocorrer com a própria Administração direta e suas autarquias.

1.7 Controle

O controle sobre a fundação autárquica pode ser exercido tanto pelo ente criador, ou poder instituidor, que exercerá o controle político e administrativo; como pelo Ministério Público que exercerá o controle administrativo; e o Tribunal de Contas que exercerá o controle financeiro.

Com base no artigo 127 da CF, se estabelece a competência fiscalizadora do Ministério Público e a mesma se estende às fundações autárquicas. O controle judicial dos atos das fundações públicas de direito público pode se dar tanto nos atos de direito privado, como nos atos administrativos. No primeiro caso, o controle judicial se dará pelas vias comuns, ao passo que neste último poderá o controle ser exercido pelas vias específicas, como o mandado de segurança e a ação popular. (SILVA, 2004)

1.8 Sobre o Foro de Litígio

Sendo a fundação de direito público federal, seus litígios são dirimidos na Justiça Federal, inclusive aqueles que decorrem da relação estatutária entre a fundação e seus servidores. As fundações estaduais e municipais terão seus feitos processados no foro fixado no código de organização judiciário do Estado.

1.9 Sobre os atos e contratos

Como fundação pública de direito público, ou fundação autárquica, todos os atos de manifestação da vontade de seus agentes devem ser formalizados e regulados pelo Direito Público. O que não retira da realidade de funcionamento desta fundação os atos civis de natureza privada que devem ser regidos pelo Direito Civil.

Os contratos se caracterizam como administrativos e sua realização deve ser disciplinada pela Lei nº 8.666/93, inclusive quanto à obrigatoriedade de licitação prévia.

1.10 Sobre a Responsabilidade Civil

Conforme o art. 37, §6º, da CF, as pessoas de direito público e de direito privado são civilmente responsáveis pelos atos de seus agentes prestadores de serviços públicos. Sujeitam-se, portanto, à responsabilidade objetiva.

A responsabilidade das fundações é primária, já que a elas cabem responder pelos prejuízos que seus agentes causem a terceiros. A pessoa estatal instituidora tem

responsabilidade subsidiária, vale dizer, só se torna responsável se e quando a fundação for incapaz de reparar integralmente os prejuízos.

2. Das Fundações Públicas de Direito Privado

Segundo Silva (2004), os estudiosos apontam a Lei n.º 7.596/87 como marco na caracterização da fundação pública como entidade de direito privado, ao alterar, quanto as Fundações, o Decreto Lei n.º 200/67, e revogar dispositivos do Decreto-Lei n.º 900/69.

Para Maria Silva Di Pietro (apud SILVA, 2004):

a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das **sociedades de economia mista e empresas públicas**; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do estado para a consecução dos seus fins.

2.1 Características

Quanto às suas características, pouco se diferencia das sociedades de economia mista e empresas estatais assim como recebem as mesmas prerrogativas e as especificidades que a seguir serão arroladas.

2.2 Finalidade

As fundações devem ter como finalidades a prestação de serviços que, na sua origem, são obrigações do Estado. Ao instituir uma fundação, o ente atribui a esta a função de prestar estes serviços para o desenvolvimento de atividades de interesse público, como educação, cultura e pesquisa, sempre merecedoras de amparo legal. Neste aspecto, as finalidades não se diferenciam.

As fundações são naturalmente entidades sem fins lucrativos e que devem exercer as suas atividades mediante ou não uma cobrança por estes.

2.3 Sobre a Criação e a Extinção

A fundação pública de direito privado necessita apenas de uma lei **autorizadora** para que seja criada. Diante desta autorização do ente público criador, se constitui a pessoa jurídica a partir de uma escritura pública no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Portanto, a lei **autoriza** a criação enquanto o registro efetiva sua existência. Além disso, o estatuto deverá ser elaborado pela pessoa jurídica criada, sem a determinação da *longa manus* presente na fundação autárquica.

Quanto à sua extinção, se aplica o mesmo princípio de autorização por lei do ente criador.

2.4 Do Regime Jurídico

As fundações públicas de direito privado, para alguns doutrinadores, são identificadas pelo seu regime jurídico misto. Ou seja, ora respondem ao Direito Civil ora respondem ao Direito Público. Vale ressaltar no que se aplica à gestão administrativa, esta deve sempre estar vinculada ao artigo 37 da Constituição Federal.

2.5 Sobre o Patrimônio

Os bens das fundações públicas de direito privado constituem patrimônio de bens privados, incumbindo sua gestão aos órgãos dirigentes da entidade na forma definida no seu respectivo estatuto. Somente se houver na Lei autorizadora restrições e impedimentos quanto à gestão dos bens fundacionais, é que os órgãos dirigentes deverão obedecer.

2.6 Sobre o Pessoal

A despeito do regime trabalhista, aplicam-se aos empregados dessas fundações as restrições de nível constitucional, como, por exemplo, a vedação à acumulação de cargos e empregos (art. 37, XVII) e a necessidade de prévia aprovação em concurso

público de provas ou de provas e títulos antes da contratação dos empregados (art. 37, II).

2.7 Controle

O controle sobre a fundação pública de direito privado pode ser exercido tanto pelo ente criador, ou poder instituidor, que exercerá o controle político, administrativo e financeiro; como pelo Ministério Público que exercerá o controle de finalidade e administrativo assim como os de direito coletivos e difusos vinculados à esta entidade.

2.8 Sobre o Foro de Litígio

Sendo a fundação pública de direito privado, constituída como pessoa jurídica vinculada ao Direito Civil, a prerrogativa de foro é também a Justiça Comum. Em relação às questões trabalhistas, o foro é a Justiça do Trabalho.

2.9 Sobre os atos e contratos

Apenas os atos administrativos vinculados à sua finalidade, em sua função delegada, podem ser considerados atos administrativos de caráter público. Todos os outros atos assumem a natureza de ato civil.

Os contratos se caracterizam como administrativos e sua realização deve ser disciplinada pela Lei nº 8.666/93, inclusive quanto à obrigatoriedade de licitação prévia.

2.10 Sobre a Responsabilidade Civil

Conforme o art. 37, §6º, da CF, as pessoas de direito público e de direito privado são civilmente responsáveis pelos atos de seus agentes prestadores de serviços públicos. Sujeitam-se, portanto, à responsabilidade objetiva.

Tanto na fundação de Direito Público como de Direito Privado se aplicam a subsidiariedade em relação ao ente instituidor. Neste aspecto, também não se diferem.

Capítulo III – Da Natureza Jurídica da Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

Da mesma forma que há questionamentos e dúvidas quanto às fundações públicas, há também debates sobre as fundações educacionais.

Nilson Thomé (2011) alerta:

Não podemos deixar de mencionar aqui que as Instituições de Educação Superior mantidas por Fundações Educacionais Municipais (públicas) foram “autorizadas” a continuar cobrando mensalidades escolares dos seus alunos, assim obtendo junto a iniciativa privada os indispensáveis recursos financeiros para suas subsistências, com a Constituição Federal de 1988 quando, ao determinar a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais (art. 206 CF), destacou:

Art. 242. O princípio do art. 206, IV, **não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.**

Assim, está apresentado o objeto a ser analisado: identificar o regime jurídico das fundações educacionais criadas por entes públicos e suas ações perante a prestação de serviços, principalmente os de natureza vinculada aos fins a que se destinam. No caso, o fim é a Educação em seus vários níveis.

Mas antes de verificar a possibilidade de cobrança pelos serviços prestados, é necessário entender a natureza jurídica da FEMA.

Adotar-se-á a mesma estrutura do capítulo anterior para entender esta questão.

1. A Natureza Jurídica da FEMA

1.1 Característica

Quanto às suas características, pouco se diferencia das autarquias e recebem as mesmas prerrogativas e as especificidades que a seguir serão arroladas. As autarquias.

Segundo o Decreto-Lei 200/67, assim estão definidas:

Art. 5º - Para os fins desta lei, considera-se:

I - autarquia - o serviço autônomo, **criado por lei**, com personalidade jurídica, **patrimônio e receita próprios**, para executar **atividades típicas da administração pública**, que requeiram, para seu melhor funcionamento, **gestão administrativa e financeira descentralizada**;

Neste mesmo decreto, pode-se evocar a definição de fundações públicas:

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, **criada em virtude de autorização legislativa**, para o desenvolvimento de **atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público**, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e **funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes**.

Há uma séria confusão nas definições dos dois institutos quando se aplica a interpretação da Lei 2.374 de 19 de outubro de 1985.

Segundo Diógenes Gasparini (2002, p. 257), pode-se determinar um novo instituto quando há uma clara confusão entre as formas de criação da fundação e da autarquia, assim como no seu *modus operandi*:

É verdade que nesses casos são verdadeiras autarquias, consoante vêm decidindo nossos pretórios, e disso é exemplo o STF, que, ao julgar o CJ 6.728-3, considerou a Fundação Centro de Formação do Servidor Público (Funcep), fundação federal, como de natureza autárquica. Em razão disso, observam seu regime jurídico. São dessa natureza a Fundação da Casa Popular, a Fundação Brasil Central, a Fundação Nacional do Índio e a Fundação Mobral, no âmbito da União; a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo e a Fundação Padre Anchieta Rádio e TV Educativas, no campo do Estado de São Paulo.

Além desta definição, pode-se evocar ainda as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 183/4), reiteradamente citado pela jurisprudência no que tange às lides em que a FEMA tem participado como parte. Retomar-se-á assim citação anterior já feita para salientar o que se apresenta:

É absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as **fundações públicas são pessoas de Direito Privado**. Na verdade, são pessoas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contido. **Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente o exercício de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou.** (...)

O que se passou, entretanto, no Direito brasileiro é que **foram criadas inúmeras pessoas designadas como “fundações”, com atribuições nitidamente públicas, e que, sob este aspecto, em nada se distinguem**

das autarquias. O regime delas estaria inevitavelmente atrelando-as às limitações e controles próprios das pessoas de Direito Público. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado, apenas para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhe seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público.

Ao se atribuir à FEMA uma finalidade inerente ao Poder Público, conforme a Constituição de 1967, houve uma transferência de atividades inerentes Às atividades estatais à fundação:

Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

§ 1º - **O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.**

Esta transferência permanece na medida em que a Constituição de 1988 estabelece a seguinte obrigação quanto à Educação:

Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

1.2 Finalidade

As fundações devem ter como finalidades a prestação de serviços que, na sua origem, são obrigações do Estado. Ao instituir uma fundação, o ente atribui a esta a função de prestar estes serviços.

Segundo o texto da Lei instituidora da FEMA, assim está estabelecida sua finalidade:

Artigo 2º.: A FEMA terá por finalidade:

I – O ensino, a pesquisa e a difusão cultural em geral, visando a promoção das classes populares e a elevação do nível cultural e educacional da região e do País;

(...)

Artigo 11 – O ensino e a pesquisa na Fundação Educacional de Assis (*sic*), serão desenvolvidos nas unidades a serem criadas, dentre os seguintes cursos:

I – De Educação Infantil;

II – De Educação de Primeiro Grau;

III – De Educação de Segundo Grau;

IV – De Educação de Terceiro Grau;
V – De Educação de Adultos.

Sendo a Educação um dever do Estado, este assim está estabelecido na atual Carta Magna:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º **O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.**

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Mesmo atualmente a FEMA oferecendo apenas os cursos de Ensino Superior, já atuou no Ensino Médio e tem como finalidade o oferecimento de serviços essenciais de obrigação do Estado como assim estabelecido no artigo supra citado. Neste sentido, não há o que se questionar sobre a FEMA atuar nas obrigações inerentes a Poder Público. Vale ressaltar o grifado no texto sobre a comprovação legal da obrigatoriedade da prestação de serviços educacionais pelo Estado.

1.3 Sobre a Criação e a Extinção

A fundação pública de direito público tem a sua natureza na forma autárquica, ou seja, é de direito público. A regra a ser aplicada na sua criação é a mesma que incide sobre as autarquias, vale dizer, que a própria lei dá nascimento à entidade, porque essa é a regra adotada para o nascimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas de direito público.

Há também a necessidade de que a lei instituidora que lhe atribui a existência jurídica defina conjuntamente a dotação patrimonial. Além disso, requer uma segunda lei que estabeleça o seu estatuto e a constituição de seus futuros administradores.

Se a fundação pública de direito público, ou fundação autárquica, é instituída por lei, a sua extinção deve decorrer da mesma forma seguindo assim o princípio da legalidade estabelecido pelo *caput* do artigo 37 da constituição Federal.

Diante do já exposto e agora repetido, passemos a análise da Lei 2.374/85.

Em seu preâmbulo e artigo 1º, percebe-se a característica de fundação autárquica, embora segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 183/4) não a restrinja apenas a esta questão como podemos ver adiante:

Institui a Fundação Educacional do Município de Assis.

TÍTULO I DA FUNDAÇÃO E SEUS FINS

Artigo 1º. – Fica instituída a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, **entidade jurídica de direito privado**, com sede e foro nesta cidade, Estado de São Paulo.

Evocando assim Bandeira de Mello (2008) assim como as questões discutidas quanto à finalidade da FEMA, salienta-se:

Se [a lei] lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada.

1.4 Do Regime Jurídico

As fundações públicas de direito público são regidas, redundantemente, pelo Direito Público. Esta afirmação é determinante na sua comparação com as autarquias pois estas são caracterizadas pela *longa manus* do ente criador presente em sua administração. Nesta caracterização do regime jurídico, à fundação autárquica

podem ser atribuídos o poder de império, o poder de polícia, privilégios tributários, prescrição quinquenal de suas dívidas passivas, além de sujeitarem-se ao duplo grau as sentenças que lhes forem desfavoráveis (SILVA, 2004).

Deve-se ressaltar a questão do *longa manus* na definição do regime jurídico assim como o *modus operandi* da fundação.

Primeiro, é necessário salientar a constituição do Conselho Curador descrito nos artigos 6 e 7 da Lei 2.374/85, alterados pela Lei 2779/90 e agora estabelecido pelo Estatuto no. 10. Atualmente, este está assim constituído:

Artigo 6º. – O Conselho Curador, órgão soberano de deliberação da FEMA, é constituído pelos seguintes membros e seus respectivos suplentes:

I – Pelo Prefeito Municipal;

II – Pelo Secretário Municipal da Educação;

III – Pelo Delegado de Ensino;

IV – Por 4 (quatro) conselheiros e respectivos suplentes, de escolha do Senhor Prefeito;

V – Por 6 (seis) conselheiros e respectivos suplentes, de escolha da Câmara Municipal;

VI – Por 1 (um) professor e seu respectivo suplente, do corpo docente de qualquer das unidades da FEMA, eleito por seus pares em eleição direta e maioria simples de votos;

VII – Por 1 (um) funcionário e seu respectivo suplente pertencente ao quadro da FEMA, eleito por seus pares em eleição direta e maioria simples de votos;

VIII – Por 1 (um) estudante e seu respectivo suplente, do corpo docente de qualquer das unidades da FEMA, eleito por seus pares em eleição direta e maioria simples de votos;

IX. Por 1 (um) aluno e seu respectivo suplente que se encontrem frequentando regularmente qualquer dos Cursos ministrados pela FEMA, eleito por seus pares em eleição direta e por maioria simples de votos;

X. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pela Associação Comercial e Industrial de Assis (ACIA);

XI. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pela Associação dos Engenheiros e Arquitetos de Assis da Média Sorocabana;

XII. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pela Associação dos Agrônomos da Média Sorocabana;

XIII. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pelo Conselho Curador da Fundação Assisense de Cultura (FAC);

XIV. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, da Comunidade Geral, indicados pelo Conselho Curador da FEMA;

XV. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Sub-Secção de Assis;

XVI. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente indicados pela Associação Paulista de Medicina (APM) - Regional de Assis;

XVII. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pela Associação Paulista dos Cirurgiões Dentistas (APCD) - Regional de Assis;

XVIII. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pelas entidades representativas do magistério de Assis;

XIX. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pelos diversos Sindicatos de Trabalhadores de Assis;

XX. Por 1 (um) representante e seu respectivo suplente, indicados pela Faculdade de Ciências e Letras - Unesp – Campus de Assis.

§ 1º Os membros do Conselho Curador, mencionados nos itens I, II, III e IV serão membros “natos”.

§ 2º Os membros do Conselho Curador, mencionados nos itens V e VI, terão os mandatos coincidentes com o mandato do Executivo e do Legislativo Municipal.

§ 3º Os membros do Conselho Curador, mencionados nos itens VII a XX, terão mandato de 2 (dois) anos.

§ 4º Em caso de vacância de membro titular do Conselho, o suplente assumirá como titular e o segmento representado indicará um novo suplente.

§ 5º Perderá o mandato o Conselheiro que faltar a 3 (três) reuniões consecutivas ou a 4 (quatro) alternadas.

É possível verificar que dos 28 (vinte e oito) membros do Conselho Curador, 12 (doze) têm relação direta com o ente criador, o município de Assis. É importante salientar ainda que a exploração do patrimônio e as composições das receitas devem ser vinculadas às leis orçamentárias municipais para atender aos princípios da legalidade quanto às suas finanças. Desta forma, pode-se perceber a longa *manus* presente na instituição. Embora, dentro do estabelecimento do Estatuto, haja a eleição do Presidente e do Vice-Presidente pelo próprio conselho e não por indicação de cargos de confiança que caracteriza a gestão da autarquia e sua *longa manus*.

Artigo 12 - O Presidente e o Vice-Presidente do Conselho Curador serão eleitos pelo Conselho Curador acumulando essas funções com as de Presidente e Vice-Presidente da FEMA, com mandato de 2 (dois) anos, sendo permitida uma única recondução consecutiva por igual período.

1.5 Sobre o Patrimônio

Os bens do patrimônio das fundações públicas de direito público são caracterizados como bens públicos, protegidos por todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico contempla dentre elas a impenhorabilidade de seus bens. Conforme a Lei 2.374/85 e o Estatuto 10:

ARTIGO 17 O patrimônio da FEMA será constituído de:

- I. Bens móveis e imóveis;
- II. Subvenções Federais, Estaduais e Municipais;

- III. Doações particulares em bens imóveis ou em dinheiro, ações, títulos da dívida pública, fundos de investimento e outros;
- IV. Saldos das receitas advindas dos diversos serviços prestados pelos Estabelecimentos de Ensino, no que a FEMA instalar e mantiver.

1.6 Sobre o Pessoal

Com a Emenda Constitucional 19 de 1998 e a conseqüente mudança do artigo 39 da Constituição Federal, o regime jurídico a ser adotado nas relações trabalhistas dos agentes públicos vinculados à fundação autárquica é definido pela sua lei instituidora. Assim, poderá ser adotado tanto o regime estatutário como o trabalhista, a exemplo, aliás, do que poderá ocorrer com a própria Administração direta e suas autarquias.

Assim, de acordo com a lei de instituição da FEMA, pode ser realizada a contratação para o regime trabalhista:

Artigo 14 - O regime de trabalho dos membros do corpo docente de qualquer unidade de ensino, bem como o pessoal técnico e administrativo, será regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

No entanto, esta possibilidade gera uma ADI 191-4 que julga um conflito entre a Constituição do Rio Grande do Sul e as alterações decorrentes da Emenda 19 de 1998 sobre a equiparação entre servidores públicos e empregados públicos daquele estado, em sua ementa apresenta a seguinte prerrogativa:

Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inciso XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

Na justificativa de seu voto como relatora da referida ADI, a Ministra Carmén Lúcia esclarece:

Fiz referência à EC 19, Ministro Menezes Direito, mas é certo que, quando veio a Constituição de 1988, o constituinte encontrou um quadro, um retrato em que havia fundações de direito privado com servidores empregados, celetistas, e não se conseguiu destruir isso de uma hora para outra, até porque não havia como se fazer.

O retorno que a EC 19 fez foi exatamente porque continuavam existindo fundações que eram instituídas e não mantidas, pagas com dinheiro público e tinham empregados e tudo o mais. Existiam fundações instituídas, durante algum tempo, mantidas, e com servidores submetidos ao regime da CLT. Portanto, diferentes das fundações públicas. As fundações ditas de direito público são essas que o Hely Lopes Meirelles diz que, estranhamente, chamavam-se equiparadas às autarquias e que algumas Constituições estaduais até mantinham essa terminologia: fundações autárquicas. O que era uma *contradictio in terminis*.

De toda a sorte, isso continuou prevalecendo até que, em 1998, o constituinte reformador resolveu que não; era melhor verificar que, de fato, existiam essas diferenciações e era preciso mantê-las, porque não havia como submeter todas ao Regime Jurídico Único do servidor público, previsto inicialmente no caput do art. 39 da Constituição.

Ainda sobre o mesmo tema, o Ministro Carlos Britto esclarece:

(..) muito particularmente, entendo que o Estado somente pode instituir fundação para prestar atividade que constitua dever do Estado; dever dele, Estado instituidor. E o campo próprio, propício, adequado para o Estado atuar fundacionalmente é o da saúde, da educação e da cultura, ou seja, nesses três campos constitutivos de deveres estatais, porém franqueados à iniciativa privada, porque são atividades mistamente públicas e privadas: saúde, educação e cultura. Nesses campos mistamente públicos e privados, o Estado se faz presente não pelas suas autarquias, mas pelas suas fundações. Quando a atividade é pública, o Estado pode prestá-la ou pela administração direta ou pela autárquica. Quando a atividade é mistamente pública e privada, o Estado atua mediante as fundações. É a distinção que faço pessoalmente – claro que a doutrina não tem corroborado esse ponto de vista –, objeto de escritos e conferências da minha lavra.

(...)

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário (...)

Deixando claro que somente os servidores da administração direta, de uma banda, e, de outra banda, de autarquias e fundações são investidos em cargos de provimento efetivo.

Então, os servidores de fundação são investidos em cargos de provimento efetivo tanto quanto os servidores autárquicos e os da administração direta. A Constituição está cheia, recamada desse tipo de tratamento igualitário entre as fundações e as autarquias, sem que, em nenhuma passagem dela, se faça a distinção entre fundação de direito público e fundação de direito privado. Não existe isso na Constituição; não consigo ver.

Sendo assim, é possível entender que o STF acata a possibilidade de existência de dois regimes trabalhistas nas fundações mas que estes, por isonomia, devem ser equiparados aos servidores públicos. No entanto, no caso da FEMA, os agentes vinculados à fundação são entendidos como empregados públicos vinculados ao regime geral da previdência. Há que se amadurecer esta questão na medida em que a transferência destes agentes de cargos para funções está vinculado à criação de

cargos, transferências para um sistema próprio previdenciário que demanda um processo de alterações legais e vontade política local para o reconhecimento deste estatuto.

1.7 Controle

O controle sobre a fundação autárquica pode ser exercido tanto pelo ente criador, ou poder instituidor, que exercerá o controle político e administrativo; como pelo Ministério Público que exercerá o controle administrativo; e o Tribunal de Contas que exercerá o controle financeiro.

Com base no artigo 127 da CF, se estabelece a competência fiscalizadora do Ministério Público e a mesma se estende às fundações autárquicas. O controle judicial dos atos das fundações públicas de direito público pode se dar tanto nos atos de direito privado, como nos atos administrativos. No primeiro caso, o controle judicial se dará pelas vias comuns, ao passo que neste último poderá o controle ser exercido pelas vias específicas, como o mandado de segurança e a ação popular. (SILVA, 2004)

A FEMA está submetida ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no que tange ao controle financeiro, assim como está diretamente vinculada ao seu ente criador no que é pertinente às questões administrativas. Não se afasta a obrigação do Ministério Público no que diz respeito aos direitos coletivos e difusos.

1.8 Sobre o Foro de Litígio

As fundações estaduais e municipais terão seus feitos processados no foro fixado no código de organização judiciário do Estado. Assim, o foro da FEMA é o da justiça comum estadual no que diz respeito às lides civis e o foro da Justiça do Trabalho no que diz respeito às questões que tratam dos aspectos trabalhista. Há neste caso, uma mescla entre o seu caráter público e o privado.

1.9 Sobre os atos e contratos

Como fundação pública de direito público, todos os atos de manifestação da vontade de seus agentes devem ser formalizados e regulados pelo Direito Público. O que não retira da realidade de funcionamento desta fundação os atos civis de natureza privada que devem ser regidos pelo Direito Civil.

Os contratos se caracterizam como administrativos e sua realização deve ser disciplinada pela Lei nº 8.666/93, inclusive quanto à obrigatoriedade de licitação prévia.

Neste aspecto, a FEMA atende as características de fundação pública de direito público na maioria de seus atos e, principalmente, em relação aos contratos realizados.

1.10 Sobre a Responsabilidade Civil

Conforme o art. 37, §6º, da CF, as pessoas de direito público e de direito privado são civilmente responsáveis pelos atos de seus agentes prestadores de serviços públicos. Sujeitam-se, portanto, à responsabilidade objetiva.

A responsabilidade das fundações é primária, já que a elas cabem responder pelos prejuízos que seus agentes causem a terceiros. A pessoa estatal instituidora tem responsabilidade subsidiária, vale dizer, só se torna responsável se e quando a fundação for incapaz de reparar integralmente os prejuízos.

5. Considerações Finais

A problematização da presente pesquisa está assim lançada:

- Se a FEMA é públicas e regidas pelo regime jurídico público, não poderia cobrar por serviços prestados?

Segundo os elementos vinculados à sua finalidade e o artigo 206 da Constituição Federal apregoa, entendendo estas como “estabelecimentos oficiais”:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
(...)
IV - gratuidade do ensino público em **estabelecimentos oficiais**;

No entanto, o artigo 242 determina a exceção:

Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, **que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos**.

Segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9394/96), a definição de público e privado assim se apresenta:

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:
I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;
II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Assim, se a FEMA é caracterizada como fundação educacional de direito público, como já apresentado. É, desta forma, instituição de ensino pública e pode cobrar pelos serviços cobrados pois foi CRIADA antes da Constituição Federal de 1988 mesmo prestando serviços inerentes às atividades do Estado como é a Educação. Este elemento apenas se afastaria caso houvesse um efetivo repasse orçamentário do ente criador que, atualmente, em suas leis orçamentárias, não o faz. Nas leis orçamentárias onde consta a rubrica destinada à FEMA, esta apenas reconhece e legaliza, dentro dos princípios orçamentários, as receitas oriundas da exploração de seu próprio patrimônio e serviços prestados.

Dentre outras questões, a definição deste regime jurídico também determina a vinculação da instituição aos órgãos normatizadores da Educação. Como fundação pública de direito público, está vinculada ao órgão normatizador do Estado (Conselho Estadual da Educação).

Segundo Silva (2004),

as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como as fundações não-instituídas e mantidas pelo Poder Público sofrem dois tipos de fiscalização: o primeiro, do Ministério Público, que será responsável por realizar controle de todos os atos jurídicos constitutivos, modificativos e extintivos dessa espécie de pessoa jurídica de direito privado; e o segundo, por parte do Tribunal de Contas, atinente à fiscalização de seus registros contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, seja com fundamento no art. 71, II (instituídas e mantidas) ou no art. 70 (não-instituídas mas mantidas) da CF/88. (...)

As fundações instituídas e não-mantidas pelo Poder Público sujeitam-se sempre e exclusivamente à fiscalização do Ministério Público. (...)

As fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público sujeitam-se à fiscalização do Ministério Público no que diz com seus atos constitutivos, modificativos e extintivos; e ao Tribunal de Contas no que diz com a apreciação de suas contas.

Tendo a FEMA sido criada anteriormente à Constituição Federal e anteriormente ao novo Código Civil de 2002, algumas hipóteses podem ser arroladas:

- Quanto ao regime jurídico, adotou-se o da “fundação pública de direito privado” no momento de sua criação e, havendo lacuna legal e ambigüidade doutrinária sobre o tema posteriormente à 1988, houve a permanência deste regime;

- Quanto à possibilidade de cobrança pelos serviços prestados, sendo prevista na lei de instituição da FEMA, e não havendo mudança em seu regime jurídico inicial, houve a sua continuidade. Embora atualmente a legislação prescreva que nos estabelecimentos oficiais (leia-se públicos) o ensino deve ser ministrado de forma gratuita desde que não sejam “total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos” (artigo 242 da CF), elemento que exclui, portanto, a FEMA desta gratuidade.

Pode-se perceber que diante de toda a discussão, a FEMA é FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PÚBLICO como vem sendo reiteradamente reconhecida por vários acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o 15º. Tribunal Regional do Trabalho. O que é necessário é uma adequação das questões conflitantes em relação à essa sua natureza jurídica que foi sendo estabelecida por seu *modus*

operandi desde a sua instituição. Devido às várias alterações legais, as discussões doutrinárias e a jurisprudência é necessário que tanto os legisladores municipais como os responsáveis administrativos da Administração Direta e Indireta do município de Assis se empenhem em promover discussões e redefinições sobre a situação atual da FEMA.

Referências

ASSIS. Lei Municipal 2.374. Prefeito Municipal. 19 de outubro de 1985.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. São Paulo, Editora Método, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 200. Presidência da República. 25 de fevereiro de 1967.

_____. Decreto-Lei 900. Presidência da República. 29 de setembro de 1969.

_____. Decreto-Lei 2.299. Presidência da República. 21 de novembro de 1986.

_____. Lei 7.596. Presidência da República. 10 de abril de 1987.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional. 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.112. Presidência da República. 11 de dezembro de 1990

_____. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei 9.394. Presidência Nacional. 20 de dezembro de 1996.

_____. Emenda Constitucional no. 19. Congresso Nacional. 04 de junho de 1998.

_____. Balanço Geral da União. Controladoria Geral da União. <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BGU/2002/Volume1/014.pdf>> consulta feita em 25/01/2011.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 191 — RS. Revista trimestral de jurisprudência / Supremo Tribunal Federal, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. – v. 205-1. Brasília: Imprensa Nacional, 2007. pp. 15- 28.

COSTA, Adriano Soares da. Estudo sobre Fundações Públicas. www.seuconcurso.com.br/admintiradas/fundacoespublicas.htm. 2002. Acesso em 13 de dezembro de 2011.

CRETELLA JR., José. Direito administrativo brasileiro, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvania. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 4 ed. rev. e ampl., São Paulo, Atlas, 2002.

FERREIRA, Patrícia Viana. Fundação pública: personalidade jurídica de direito público ou privado?. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2368, 25 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14069>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo, 7 ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2002.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª. Edição. Rio de Janeiro, Editora Campus, 2010.

LIMA, Sídia Maria Porto. A Emenda Constitucional nº 19/98 e a administração gerencial no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/475/a-emenda-constitucional-no-19-98-e-a-administracao-gerencial-no-brasil>. Acesso em: 14/10/2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito administrativo. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

PAES, José Eduardo Sabo. "Fundação pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado". Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, número 4, páginas 97-128.

RIBEIRO, Ailton de Lima. "O papel contributivo das organizações sociais para a excelência da gestão em saúde". Site: <http://www.artigos.com/artigos/sociais/administracao/o-papel-contributivo-das-organizacoes-sociais-para-a-excelencia-da-gestao-em-saude-21346/artigo/> Acessado em 14 de outubro de 2012.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **Fiscalização das contas das fundações: Ministério Público ou Tribunal de Contas?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 518, 7 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6002>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

SILVA, Gil Braga de Castro; SILVA, Daniela Oliveira da. Fundações públicas: breves comentários. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 19, nov 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5001>. Acesso em out 2012.

THOMÉ, Nilson. **Fundações Municipais Públicas de Direito Privado: caracterização universitária catarinense em 2011**. 20 de Outubro de 2011. http://nilsonthome.jor.br/index.php?option=com_content&view=article&id=159:fundacoes-municipais-publicas-de-direito-privado-caracterizacao-universitaria-catarinense-em-2011&catid=44:cronicas-de-nilson-thome&Itemid=196. Acesso em 13 de dezembro de 2011.