

MARÍLIA 20 DE SETEMBRO DE 2017.

PARECER JURÍDICO – IMPLANTAÇÃO DO TETO ESTADUAL EM FACE DA DESÍDIA ESTATAL

AO PROF. DOUTOR DIRETOR VALDEIR FAGUNDES DE QUEIROZ (FACULDADE DE MEDICINA);
AO PROF. DOUTOR DIRETOR MARCELO JOSÉ DE ALMEIDA (FUMES);

E AO CONSELHO DE CURADORES DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE MARÍLIA.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRAJETÓRIA DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE MARÍLIA - FUMES

1. Sua instituição ocorreu em 22.12.1966, pela lei 1.371/1966, se caracteriza como sendo uma fundação municipal de ensino superior de Marília, **entidade civil**, com prazo indeterminado. Tem por finalidade organizar, instalar e manter a faculdade de medicina de Marília.
2. A fundação é administrada por uma diretoria e um conselho de curadores, que prestará contas ao prefeito que as encaminhará à câmara municipal para aprovação e apreciação, bem como, prestará conta ao tribunal de contas do estado de São Paulo.
3. O pessoal docente, técnico e administrativo será admitido no regime das leis trabalhistas - CLT, **sem quaisquer vinculações com os estatutos dos servidores municipais.**
4. Os quadros do pessoal docente, técnico e administrativo da fundação **serão organizados e fixados os respectivos salários pelo conselho de curadores**, com a aprovação do diretor-presidente.
5. O prefeito destinou R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros) para suas despesas e a lei entrou em vigor na data da publicação.
6. **Na escritura de fundação**, registrada junto ao primeiro cartório de notas de Marília, em 20.09.1983, consignou que pela subvenção a prefeitura consignará anualmente nos exercícios subseqüentes, em orçamentos a qual não poderá ser inferior a 4% (quatro por cento) do total dos impostos orçados.

Compete ao diretor contratar, dispensar e praticar os demais atos referentes ao pessoal docente e administrativo da fundação dentro das normas pertinentes.

Compete aos membros do conselho:

Art. 13, XVI – **fixar salários para seu pessoal administrativos e vencimentos para os docentes** bem como os preços de seus serviços e anuidades escolares;

Art. 19, - o regime do pessoal docente e de qualquer categoria da **fundação será o da legislação** trabalhista sem nenhuma vinculação com o estatuto dos servidores municipais. Todo pessoal **será admitido mediante contrato escrito** conforme minuta previamente aprovada pelo conselho;

Art. 20, - **o pessoal docente será contratado pelo regime previsto no artigo anterior...**;

Art. 22, - **os vencimentos vantagens e condições do contrato do pessoal docente e técnico da fundação serão fixadas por resolução do conselho.**

7. **A Faculdade de Medicina de Marília**, como órgão complementar da docência, pesquisa e prestação de assistência à saúde a população é **encampado e passa a ser mantido pela faculdade**, por convênio, conforme previsão do decreto estadual 39.877/1994. A faculdade assume então os serviços prestados pela então faculdade de medicina, com todo o seu acervo, patrimônio, direitos, obrigações e o corpo docente e técnico- administrativo, pertencentes até então à fundação municipal.

Assume então as funções de ensino, pesquisa e à prestação de serviços de assistência à saúde, atendendo a faculdade de medicina de Marília e hospital das clínicas.

8. **Posterior estatuto é datado de 07.07.2006 preleciona:**

Em seu artigo 1º - a fundação é **uma entidade de direito público, com personalidade jurídica de direito privado** e sem fins lucrativos.

§ único – a fundação é **entidade de utilidade pública federal, estadual e municipal**, tendo caráter beneficente de assistência social na área da saúde, **nos termos da legislação em vigor.**

9. A doação dos bens em favor da FAMEMA foi realizada e aprovada pelo Conselho de Administração, em 24.01.2013.
10. A autarquia HC FAMEMA, constituída em 2015 pelo governador, através da Lei Complementar 1.262, ainda não possui funcionários próprios, os quais só poderão ser contratados após a regulamentação das suas atividades e através de concurso público.
11. Em 22.05.2017, **ocorreu pedido de desvinculação da fundação, que tramita pela Casa Civil, sob o nº 406394/2017 – FUMES: Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília da administração municipal**, com o fundamento principal de que a fundação foi criada exclusivamente para manutenção da faculdade de medicina de Marília, que também fazia parte do município, depois com a encampação da faculdade além dos serviços para manutenção da faculdade que se modificou para estadual passou a prestar conjuntamente serviços de assistência médico-hospitalar, sendo inclusive atualmente a principal unidade hospitalar e referência em Marília e região.
12. Atualmente com 1221 funcionários, dos quais apenas 1,47 % percebem valores acima do teto Estadual, em razão de ausência de contratação, seja em forma celetista, seja em forma de concurso, praticamente metade dos funcionários

recebe diretamente do Estado de São Paulo e a outra metade por verbas de convênios Estaduais e Federais, cujo recebimento passa pela FAMAR que repassa os recursos.

A título informativo importa precisar que existem 1186 processos trabalhistas em face da FUMES.

13. Os plantões efetuado pelos funcionários representam uma reclamação recorrente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e oneram sobremaneira a Fundação, além de aumentar alguns pisos salariais em valores superiores ao teto estatal. A solução esbarra na contratação de novos funcionários não autorizados, seja para compor a Fundação, seja para laborar apenas como plantonistas.

EMENTA

O presente parecer apresenta primeiramente um breve histórico da FUMES para inseri-la no tempo/espaço de forma que haja acompanhamento de sua trajetória e imbricação legal/administrativa de sua constituição, destacando o objetivo, área de abrangência, delimitação das atividades e forma de administração. Tem destaque nesse contexto a encampação da FAMEMA em 1994 quando a FUMES necessita se adequar as mudanças nas atividades laborais, bem como adequação as novas atividades surgidas consubstanciadas na assistência médico-hospitalar. Daí decorre um estudo deontológico e teleológico para justificar precipuamente a intenção, fim e meio com que foi instituída e prosseguiu com suas atividades. Há o apontamento da desídia estatal na resolução final do problema, principalmente no que se refere a vinculação dos funcionários a esfera pública estadual, com lacunas interpretativas que se contrapõe entre a ampla gama de serviços médicos postos à disposição, salientando a excelência laborativa com que são realizados em Marília e região, sendo atualmente o maior polo da área da saúde na região. O prosseguimento do trabalho vem diagnosticar a urgência e importância da adequação dos funcionários que já deveriam ter sido "encampados" pelo ente Estatal juntamente com o órgão (FAMEMA em 1994) a que são destinadas suas atividades, ou ainda que sejam absorvidos pelo instituto de ciência e tecnologia ou até mesmo outro caminho a ser apontado para solucionar o impasse. Diante do ambiente demasiadamente inconsistente administrativamente alia-se a celeuma da administração e direção das 04 (quatro) pessoas jurídicas principais que fazem funcionar o hospital e a faculdade que são compostas pela FAMAR, FAMEMA, Hospital das Clínicas além da própria FUMES. Ao final, ocorre a justificativa para adoção do teto estadual, diante da necessidade premente de ajustamento de conduta por parte do Estado, da finalidade e vínculo jurídico dos funcionários no momento da instituição e sua composição estatutária com amplos poderes ao conselho de curador e diretor para a tomada da decisão.

O direito, no sentido objetivo, compreende os princípios jurídicos manipulados pelo Estado, ou seja, o ordenamento legal que determina atos e situações positivadas e que fazem parte do dia a dia e da própria existência do cidadão. O direito, no sentido subjetivo, representa a atuação e aplicação concreta da norma abstrata, que resulta na faculdade específica de determinada pessoa e de determina lei aplicável a espécie.

No caso sob exame os princípios objetivos manipulados pelo instituidor sempre foram cristalinos no sentido de desvinculação com os funcionários públicos municipais e autonomia da Fundação, para que por meio de seu conselho de curadores e diretores estabelecesse as atividades e o aferimento de vencimentos, mas como apontado, é certo que restou claro a desvinculação e liberdade do conselho no que diz respeito a forma de pagar, além do que no sentido subjetivo sempre houve o reconhecimento da desvinculação com o ente municipal, porque desde sua criação não recebeu sustentação a título de verba/subsídio da prefeitura e auxílio humano, bem como, ocorreu o total distanciamento quando da encampação tendo em vista que todo modelo anterior restou modificado, ampliado e os serviços foram incorporados à nível Estadual, para atender toda a região e prestar serviços em todos os setores da saúde, inclusive os mais complexos, o que vai desde atendimento emergencial até o uso de células tronco e transplantes com alta complexidade operacional, com utilização de equipes intimamente imbricadas para labor conjunto .

Nessa mesma tessitura se congrega o sentido deontológico que vem a ser “ciência ou tratado que cuida dos deveres e direitos dos operadores do direito (advogados, magistrados e promotores de justiça), utilizada para designar ética profissional ou a moral do exercício da profissão, resultado da reflexão dos profissionais sobre sua prática”.

Assim, o fim próprio da compreensão deontológica é responder ao problema de como usar e aplicar o Direito com ética, ou seja, com comportamento (moral) traduzido em ação humanitária, coerente e equitativa, que deve ser justa e verdadeira tanto quanto mais for possível, então no caso analisado há que se resolver inúmeras questões para adequação da conduta da Fundação com a lei e a ordem, principalmente eliminar alguns cargos comissionados de indicação e chefia, criar meios a curto, médio e definitivos para resolver o impasse de alguns salários que superam o piso Estatal, bem como criar um parâmetro ético e justo levando em conta a criação e a finalidade para estabelecer não só o piso condizente a categoria (piso estadual), mas criar condições legais a todos os funcionários, de ter estabilidade e segurança jurídica no labor e em suas carreiras.

Sem adentrar particularmente aos princípios do direito adquirido e ato jurídico perfeito que protegem os funcionários avaliados, mas que não servirão de supedâneo a Fundação propriamente dita, que se valerá de outros precisos conceitos e

princípios mais relacionados a amplitude da área administrativa para comprovar a adequação ao teto Estadual.

Partindo ainda desta premissa, a administração pode ser definida como *“a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e, subjetivamente, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”*, considerando então o direito de forma objetiva e subjetiva, bem como a administração não resta espaço que inviabiliza a adoção do piso Estatal, aliado também ao aspecto precursor deontológico que não só permite, como prescreve o poder discricionário do conselho de curadores e administrador no que diz respeito as contratações, tanto com relação a forma como valores.

O parâmetro Estatal para fixação do teto deve ser mantido, no entanto, a administração da Fundação tem um penoso e já reconhecido labor, que se caracteriza na extinção de inúmeros cargos de confiança e ajuste do teto a todas as situações que superam o mesmo, para a lisura e adequação legal da Fundação, valendo acrescer que medidas nesse sentido foram adotadas e serão incansavelmente perpetradas pelos membros do conselho e administrador.

Para a resolução não foi afastada nenhuma hipótese legal, ademais estudos e levantamentos, legais, contábeis e administrativos estão sendo analisados para atender aos fins da administração, seus princípios e para principalmente causar o menor impacto possível ao nível e a quantidade de serviços prestados à população, à primeira vista, além da admissão de funcionários, podem ser contratados novos funcionários para que haja uma distribuição equitativa dos plantões e conseqüentemente dos salários, há também a possibilidade de contratação de funcionários apenas para os plantões e outras saídas ainda em discussão.

Nesse panorama é imprescindível ressaltar que na Fundação não há cargo ou função em que o salário supera o teto Estadual, o que aconteceu de fato é que a maioria das funções estão com pisos salariais bem abaixo do mesmo, atendendo os preceitos administrativos e legais. Quanto a alguns casos que superaram o teto, é salutar salientar que eles são extremamente pontuais, tanto é que em análise do mês atual, ou seja, relativo a setembro de 2017, apenas 1,47% (um inteiro e quarenta e sete décimos de percentual) estão entre os funcionários que auferiram remuneração acima do teto, no plano prático corresponde a 18 (dezoito) funcionários de um universo com 1221, sendo que 02 (dois) deles requereram seu desligamento no mês de setembro e outros dois cargos por indicações também foram extintos. Outra solução que se busca para atender os apontamentos do TCE (Tribunal de Contas Estatal) vem estribada na preleção constitucional e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o teto estabelecido para o funcionalismo público deve ser aplicado para cada vínculo empregatício e não na soma de todos (Recurso Especial 602043 e 612975).

A Deontologia está insculpida em toda atividade laboral, principalmente no ramo do direito público, o sentido da justiça é estar intimamente ligado ao de ética. Só com ética é que se alcança decisões justas, sendo assim não há que se falar em advogados, magistrados e promotores se não de acordo com a Deontologia e aspecto teleológico, que nada mais é que os deveres inerentes a profissão, sob o ponto de vista ético e de fins.

Os artigos 5º e 6º trazem respectivamente:

No artigo "5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

O caso sob exame apresenta claramente aspectos peculiares a criação, natureza e aplicação da lei, perfazendo objeto *sui generis*, ou seja, desassemelhado de quaisquer outros.

Assim se considerados os aspectos mencionados, o teto estatual se mostra adequado, porque sob o ponto de vista ético os funcionários não podem ser enquadrados como municipais e a prestação de serviços, o tipo de serviços e a pessoa jurídica contemplada pelos serviços impõe o caminho estadual.

Então não é novidade que o Estado e principalmente a parte contábil do mesmo, aplique orientações e propostas segundo "suas cartilhas", ou seja, de um ponto de vista extremamente legalista e positivista, entre estas aplicações, está a aplicação do piso salarial municipal que é o menos oneroso, apesar da inadequação da aplicação no caso específico, seguindo até com certo grau de ingenuidade o que preleciona a carta magna, especialmente art. 37, e emenda constitucional 41/2003, porque quando foi formada a assembleia constituinte ou mesmo em suas modificações por meios de emendas, o legislador sempre confeccionou o texto legal considerando situações ideais e principalmente com o Estado cumprindo fielmente suas obrigações, no entanto, quando há uma series de situações que fogem ao controle e a catalogação de uma situação específica, surge a dúvida e celeuma na aplicação da lei àquele caso específico, em que a letra fria da lei não se adequa, desta situação decorre a obrigatoriedade de utilização de todos os institutos legais conhecidos, que forma-se por meio da doutrina, princípios e analogia.

DO PRÓPRIO CONCEITO E OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Muitas são as definições de direito administrativo, ademais, são uníssonas no sentido de ser um ramo do direito público que concentra os princípios e normas jurídicas regentes dos órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que

integram a administração pública, em todos os seus níveis – União, Estados, Distrito federal e municípios, bem como, a regência das atividades públicas voltadas a realizar os fins almejados pelo Estado. Tem seu objeto no estudo do estatuto dos órgãos públicos administrados do estado, bem como de toda a estruturação de suas atividades e serviços públicos, deve então cuidar da regulamentação dos serviços públicos e sua execução, bem como a regulamentação das relações existentes entre a administração pública e seus administrados.

A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do estado.

Em preceitos administrativos é proibido a extensão das normas estatutárias, todavia, há a autonomia constitucional das entidades estatais, para que sejam competentes para organizar e manter seu funcionalismo, criando cargos e funções, instituindo carreiras e classes, bem como provimento e lotações, estabelecendo vencimentos e vantagens, delimitando direitos e deveres dos servidores e fixando regras disciplinares, as disposições estatutárias dos entes federados não podem contrariar o estabelecido na constituição da república, porque são normas gerais de observância obrigatória pela federação, mas observando também que o caso se trata de situação peculiar e única a observância das normas é de rigor, ademais a interpretação à aplicação deve levar em conta todo o mencionado, melhor dizendo, a ética, a justiça, o aspecto deontológico e teleológico sem o pieguismo ao texto legal.

DA CRIAÇÃO DO LEGISLADOR NEGATIVO E NOVA FACETA INTERPRETATIVA

A própria constituição federal de 1988, ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da administração pública, permitiu um alargamento do conceito e descrição do direito na área administrativa.

Assim não cabe exclusivamente ao Poder Judiciário ou quaisquer outro moldar a administração pública discricionariamente, pois a finalidade do controle de constitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, assim não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto legal, para adequar ao alegado é necessário entender perfeitamente, do que requer vênha para trazer entendimento de doutrinadores:

Jorge Miranda: “o tribunal constitucional exerce um poder de controle negativo, um *pouvoir d’empêche*, não um poder por impulso, um poder positivo”;

Canotilho traz: "a contenção do controle da constitucionalidade dentro dos limites do controle negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania";

Kelsen aponta a diferença entre a elaboração das leis e sua anulação pela jurisdição constitucional. Assim, *"a anulação de uma lei consiste basicamente na aplicação das normas da constituição. A livre criação que caracteriza a atividade legislativa falta por completo nesse caso"*

Já Garcia de Enterría: em concreto, salienta extraordinariamente a função de interpretação constitucional realizada pelos nossos tribunais constitucionais,

A Constituição Federal de 1988, inovou em matéria de administração pública, consagrando os princípios e preceitos básicos referente à gestão de coisa pública.

A medida que as normas básicas do direito administrativo foram constitucionalizadas, alargou-se a possibilidade de interpretação judicial desses institutos, ampliando-se a ingerência do poder judiciário em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador, isto tudo caracteriza um método hermenêutico constitucional mais aberto e politizado.

Na atualidade, com a criação e aperfeiçoamento do Estado contemporâneo, atrelado a busca da obediência aos princípios da transparência, moralidade e probidade os poderes inerentes aos órgãos administrativos não veio acompanhado de aperfeiçoamento das garantias de proteção merecidas pelo individual, porque as Constituições anteriores não haviam detalhado e constitucionalizado os princípios e preceitos básicos, entre eles o teto salarial, não encontrando assim paralelo no direito comparado.

Sob esse prisma se pode afirmar que a atual Constituição da República codificou as principais normas do direito administrativo, que, como lembra Jean Rivero, é essencialmente não codificado, prevendo normas de gerência, contratação, publicidade, entre outras, além do estatuto do servidor público e de mecanismos de controle da administração.

Aqui não resta dúvida quanto a aplicação do que ensina Jean Rivero:

"O DIREITO ADMINISTRATIVO É LARGAMENTE JURISPRUDENCIAL. É UM TRAÇO FUNDAMENTAL. OBRIGADO A RESOLVER LITÍGIOS PARA OS QUAIS A LEI NÃO LHE FORNECIA QUALQUER PRINCÍPIO DE SOLUÇÃO, O JUIZ TEVE DE CONSTRUIR, MUITAS VEZES COMPLETAMENTE, A REGRA QUE IRIA APLICAR".

O exposto pode ser facilmente no campo fático do direito administrativo, porque é área do direito em constante transformação, adaptação e interpretação, o cenário nacional há muito tem provado sistematicamente essas características intrínsecas, tanto é, que na maior investigação pública nacional e atual operação "Lava Jato" deflagrada, as regras para delação e de acordo de leniência foram postas a cabo dos interesses Estatais e punições dos envolvidos, sucumbindo por reiteradas vezes ao texto legal para alcançar seu múnus. No campo prático foi analisado o contexto e objetivo da criação do benefício mencionado e aplicado levando em conta principalmente a ética e a justiça, que é exatamente o que se reclama no caso em tela.

FUNDAMENTAÇÃO

É indefensável a ideia de que o direito é algo dinâmico oposto ao estático que ganhou entendimento uníssono por ser importantíssimo para adequar-se e readequar-se o direito e a lei aplicável a cada caso, no tempo e lugar, como ocorre desde a instituição da Fundação. Naquela época existia uma outra realidade institucional, bem como, outra realidade a título funcional, porque a Faculdade no início das atividades também pertencia ao ente municipal, mas depois foi encampada, sendo que suas atividades foram modificadas e acrescidas de parcela substancial de novas funções.

Assim a ideia dinâmica de transformação e readequação está caracterizada principalmente na clássica obra de Rudolf Von Hiering de que *"o fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-la é a luta. Enquanto, o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos"*, e ainda *"o direito não é uma simples ideia, é uma força viva"*, e como força serve para dar supedâneo ao cidadão, principalmente ao que se refere aos direitos fundamentais, pessoais e inalienáveis".

Do ponto de vista interpretativo decorre inclusive orientação mais complexa do fim/finalidade, sendo precursor e representante o autor Norberto Bobbio que fez uma análise e separação do signo e do significado do próprio signo, sendo a relação truculenta entre a ética e o direito. Da polémica acutilante e contundente, de convicções e temores, professa em pensamento coerente e exigente que se estriba nos valores de uma sociedade livre, democrática e laica que seja capaz pela prática do diálogo e da tolerância de vencer as suas limitações utilizando de procedimentos lógicos usados na argumentação jurídica e aplicação do direito, ou seja, uma valorização ideológica da aplicação e interpretação do direito, no sentido da valorização crítica do direito positivo.

O que quer dizer que o direito é positivo e positivado no direito brasileiro, mas a deferência ao estudo ao argumento jurídico/lógico/sistemático também faz parte do mesmo direito trazendo ampla carga interpretativa, desde que sempre considerando o objeto (signo) e o sua interpretação e avaliação principalmente considerando a ética e a justiça (significado).

Assim no caso em exame o desmantelamento se faz necessário para os auspícios dos costumes, ética e senso de justiça e se possa apreciar a questão, com proposições e variações ligadas ao mais sublime e elevado nível de interpretação, que se faz com o porquê do porquê, o porquê do quando, o quando do porquê, a causa e fim do quando e porque etc, ou seja a análise não pode ser enfadonha e limitada ao direito positivado, se assim o fosse não haveria necessidade de seres pensantes na resolução de impasses humanos ligados ao direito que jamais tomou característica de ciência estática, contraposta diametralmente ao encontrado com sua magnânima transformação, totalmente aquiescida pelos operadores do direito.

No caso específico tem-se uma Fundação que quando da criação não foi limitada ou apontada com limitações municipais, até porque o teto propriamente analisado não existia e surgiu depois de seu surgimento com a Constituição Federal de 1988 e emenda constitucional 41/2003, além deste amplo grau de liberdade do servidor ocorreu sua ligação ao regime celetista, concedendo ainda mais liberdade a contratação, que restou submissa e legitimidade pelo conselho de curadores e diretores de modo intrínseco.

Apesar de por si só bastar para dar legitimidade ao pagamento do teto Estadual, esta não é a única justificativa porque tão importante quando ao apontado vem o fato da modificação na estrutura funcional da faculdade de medicina "FAMEMA" que é a maior beneficiada pelos serviços prestados pela Fundação. Nesta conjectura ela passou em 1994 para a esfera estadual e os funcionários não acompanharam a transformação e aqui se constata de forma cristalina a desídia estatal, porque tiveram que se adaptar aos serviços e fins sem o reconhecimento e encampação necessária, nesta seara várias promessas foram firmadas para atendimento, bem como, até o pedido do próprio ente municipal para a desvinculação e assunção pelo Governo do Estado. Sendo assim os funcionários atualmente só estão sujeitos ao ente municipal porque não foram recepcionados e conseqüentemente providenciada a devida transformação e vinculação ao ente Estatal.

Outro argumento derradeiro, mas nem por isso menos importante, vem dos dados contábeis, já que metade dos funcionários já recebem diretamente do Estado de São Paulo, porque em determinado momento proposto firmaram compromisso, ocorre que os demais funcionários ficaram apreensivos com relação aos efeitos jurídicos de tal vinculação que na ocasião não foi devidamente tratada e explicitada. Nessa seara de discussão não se pode olvidar da imprecisão jurídica/administrativa criada no caso sob análise, o que gera inclusive insatisfação

generalizada da classe que atualmente tem 1186 (um mil cento e oitenta e seis) processos trabalhistas em trâmite.

No campo Municipal pode-se concluir uma relação pedante e parasita onde a experiência comprova que o Município jamais cumpriu com seu dever de obediência ao envio de verbas a Fundação, conforme reza lei municipal, sendo assim na prática a desvinculação pretendida já ocorreu, neste prisma não há como realizar um pensamento de certa forma repristinatório apenas para prejudicar os funcionários, porque a Fundação desde a sua criação já não pertence mais a esfera municipal, aliado ao fato da modificação expressa e institucional da Faculdade que deveria também fomentar na época a modificação de vínculo e encampação dos funcionários.

A justificativa apresentada para a adoção do piso vinculado ao Município vem da gênese da pessoa jurídica e sua caracterização, como sendo uma fundação de direito público com personalidade jurídica de direito privado, evidente que a crasso modo a aplicação está atendendo aos requisitos legais.

Ocorre que no caso sob exame se deve estabelecer uma apreciação do piso "teto do servidor" levando em conta, a sua criação, o aspecto teleológico e deontológico, bem como, princípios e características sociais, de costume, legislação e entendimento jurisprudencial tanto ao caso quanto por analogia.

Na criação da fundação quis o legislador agraciar categoricamente e taxativamente o quadro de funcionários desvinculados do ente municipal e com remuneração a ser estipulada pela própria Fundação, por meio de seu diretor e conselho de curadores.

Vale observar que na época (da criação da fundação 1966) não havia a limitação do piso para o servidor público, porque foi instituído muito tempo depois por meio da CF de 1988 e emenda 41/2003, assim pretendeu o legislador deixar como poder discricionário do conselho de curadores da fundação tal mister, aliado a isto vem o fato da escolha do regime celetista aos funcionários dando total autonomia naquela época à remuneração dos servidores.

Então a primeira peculiaridade que deve ser considerada para a fixação do teto remuneratório vem da intenção e liberdade dada pelo legislador aos funcionários e diretores da fundação, que desde de sua criação não tiveram vinculação com o piso pré-determinado pela questão de liberdade e poder discricionário do conselho de curadores.

Asseverando assim que quando foi criada a Fundação - FUMES ela foi destinada a gerir a faculdade de medicina de Marília que também se caracterizava como instituição municipal, por isso foi criada pelo ente Municipal que também geria a

Faculdade, mas com o passar do tempo e a encampação da faculdade pelo Estado de São de Paulo, suas atividades também se modificaram porque passaram a prestar seus serviços a administração pública, mas na esfera Estadual. Considerando o enredo trazido a Fundação perdeu completamente sua característica e vinculação inicial; dado que seus funcionários também deveriam ter sido encampados naquele ato ao governo do Estado, porque suas atividades foram modificadas essencialmente.

Uma das principais e significativas mudanças está na forma de serviços ofertados a população que passaram a ser prestados nos 03 (três) setores da saúde, primário, secundário e terciário, além de expandirem sua atuação de atendimento para toda a Região. Serviços e mão de obra estritamente qualificada ligada a atividade Estadual ou Federal, mas não apenas a Municipal, onde os serviços abrangem o setor primário ou no máximo secundário e atende apenas essa ou àquela municipalidade.

O elo de ligação com o Estado é tão característico que a Fundação não recebe verba da fazenda Municipal, suas receitas vem do governo do Estado e do governo Federal, seja diretamente a Fundação e funcionários seja por meio de convênios, e a dotação municipal criada por lei para enviar verba e gerir a FUMES jamais passou do plano teórico ao prático, mas quando se fala de pagamento de vencimento não se pode ficar apenas no plano teórico porque são cidadãos que prestam serviços de saúde e merecem acolhimento e respeito máximo por parte do Governo do Estado.

Reiterando então, que os funcionários não possuem vínculos Estaduais de trabalho porque o Estado por muito tempo negligenciou tal situação, mas é indelével que todos os funcionários da FUMES passaram então a laborar para faculdade de medicina de Marília – FAMEMA e hospital das clínicas da faculdade de medicina de Marília, ambos agora autarquias Estaduais, ocorrendo assim uma transformação na natureza e na essência do serviço prestado, em favor desde 1994 exclusivamente aos entes Estaduais, que inclusive já se comprometeu e prometeu por diversas ocasiões solucionar o impasse, e absolver os funcionários.

Desta forma, a fundação só existe nessa formação irregular, com piso, labor Estadual e vinculação a órgão municipal em razão da desídia Estatal, por essa contextualização e sob quaisquer prisma que se vislumbre a situação, do ponto de vista administrativo, ela apresenta várias irregularidades, tanto é que a Prefeitura não repassa numerário para o desempenho de suas atividades e pagamentos dos funcionários, podendo ser facilmente ser caracterizada como ato ilícito, pois há lei que determina dotação orçamentária e repasse pela Prefeitura Municipal que jamais foi cumprida pela mesma a Fundação.

Sendo assim, a questão dever ser regularizada com a máxima brevidade e os funcionários incorporados à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência Tecnologia e Inovação do Estado de São Paulo ou outro órgão Estatal a ser designado, e considerando o exposto e apenas para reconhecer situação fática já

existente os funcionários devem ter como teto o piso Estadual, seja em razão da criação, seja em razão da função, ou pela querela da readequação obrigatória que deve ser efetuada aos funcionários haja vista a modificação da natureza da prestação dos serviços.

Porque os funcionários em verdade tem como características a excelente formação profissional, para o devido e merecido enquadramento que se deve considerar preambularmente ao sentido da finalidade e serviços postos à disposição. De acordo com esse método, ao se interpretar um dispositivo legal deve-se levar em conta as exigências econômicas e sociais que ele buscou atender e conformá-lo aos princípios da justiça e do bem comum, tanto é que o Município não é responsável pelo nível de atendimento nos setores aqui abrangidos, sendo assim o grau de excelência dos serviços prestados não encontra guarida no ente municipal que presta um serviço mais geral e singelo.

Expresso no art. 5º da lei de introdução ao código civil, art. 5º - na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O bem comum e os serviços de saúde a nível estadual e regional e com substancial carga de complexidade exige um serviço e profissional de excelência, tanto no critério de formação quanto na composição de equipe imprescindível ao desempenho dos trabalhos, até mesmo sobre o prisma positivista o direito ao teto deve seguir os fins sociais e as exigências do bem comum a ser analisadas estritamente pelo conselho de curadores e diretor e não sobre um aspecto estático, simplório e equivocado para definir o teto como municipal.

Não menos importante e viga mestre do direito administrativo está o princípio da segurança jurídica onde o administrador e administrados estão ligados visceralmente a exigência de estabilidade nas situações jurídicas, assim, desde a criação em 1966 o funcionário jamais teve a vinculação ao teto municipal, até porque lá este preceito sequer existia, e depois também não teve sua limitação porque entendeu o administrador que o profissional está estritamente ligado ao servidor Estadual, pois jamais recebeu verba Municipal e a instituição que atenderia passou também a esfera Estadual pela encampação, sendo assim o piso municipal jamais permeou a administração da FUMES.

CONCLUSÃO

O escopo da tese apresentada é não ser prolixa e procurar a lógica jurídica dentro do útil e o mais consentâneo com a realidade, para atender ao cidadão e a administração pública, o que ela pretende não é a desvirtuação do direito administrativo, mas sua aplicação a realidade material Brasileira, principalmente a diagnosticada no presente caso com 04 (quatro) pessoas jurídicas diferentes, com interesses comuns, administrações próprias, verbas nem sempre próprias e que deveriam acompanhar a natureza dos serviços prestados.

O Estado dentro desse panorama está buscando adequação legal e administrativa, mas por inúmeras vezes teve chance de solucionar o impasse e não o fez, partindo desse pressuposto, os atos omissivos Estatais criaram um paradigma administrativo esquizofrênico, patológico que só pode ser avaliado e solucionado considerando as peculiaridades do caso.

Vários traços do direito público devem ser considerado, o direito é então teoria, realidade e vivência e a lei um compendio de intenções (psíquicas, sociais e práticas), aspectos teleológicos, hermenêuticos e principalmente de fins, aqui se faz adequação e o operador do direito interpreta o justo que deve ser a imbricação exata do apontado.

Em uma visão superficial se pode aqui trazer à tona um verbete *“finalmente, existe o motivo ligado à interpretação kantiana: agir de forma justa é algo que desejamos fazer na qualidade de seres racionais livres e iguais. Quando um indivíduo tem convicções verdadeiras e um entendimento correto da teoria da justiça, esses dois desejos o movem na mesma direção”*, pag. 636, John Rawls, uma teoria da justiça.

A natureza da discussão é ousada, o desejo de fazer justiça impera e implica obrigatoriamente em uma discussão mais voltada a visão cosmopolita e humanista e menos focada apenas na denominação equivocada da instituição que ao longo do tempo sempre se compôs de forma divergente da instituída, postura exacerbada com a encampação da Faculdade a que está vinculada, por isso, há a necessidade de empenho dos profissionais do direito, principalmente os institutos relacionados ao controle e legalidade, mas não se pode olvidar e se afastar da justiça e do equilíbrio social o deslinde de qualquer questão administrativa, para não prejudicar o administrador e seus agentes, mas também e sobretudo, a rigidez extrema pode invariavelmente prejudicar aos cidadãos/administrativos, que são o elo mais fraco e hipossuficiente da balança.

Siamês de todos esses fatos vem o fato de que os serviços prestados estão caracterizados nos 03 (três) setores da saúde onde só é possível a prestação de serviço de qualidade e atendimento ao público se se olhar para além da esfera Municipal e adentrar na Estadual e Federal, porque caso ocupasse o espaço de Fundação apenas Municipal não consegue prestar os serviços nos 03 setores, até porque, sem supedâneo logístico e procedimental a ampará-lo, a título de qualidade de formação dos profissionais, de patrimônio físico e principalmente do volume de verbas destinadas a fazer funcionar tais serviços, o que é inconcebível as atividades serem desenvolvidas na esfera municipal, alhures seria como enviar um míssil para aniquilar uma formiga.

Conforme estabelece Hely *“o conceito de direito administrativo brasileiro, sintetiza-se como sendo um conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e*

imediatamente os fins desejados pelo estado", e aqui tem-se que o fim é o atendimento de excelência e em expressiva quantidade a população de forma gratuita aos 03 (três) setores da assistência a saúde não só da cidade de Marília, mas a toda região que compreende 62 municípios com uma população estimada em 1.200 000 habitantes, não havendo nenhum elo no cenário nacional a enquadrar o conjunto de serviços com o aspecto municipal. Então a regência do pessoal posto a serviço do Estado é o objeto da apreciação, que fatidicamente vem definido pelos serviços e pela simples incursão no aspecto teleológico já trazido anteriormente.

A conceituação pode ser facilmente entendida politicamente pela argúcia do observador e participante do controle administrativo, porque sem dúvida são conceitos inabaláveis e pétreos, a não rigidez científica e jurídica, e regência por princípios éticos comuns e pelas solicitações do bem coletivo, que tem como guia a conveniência e oportunidade do interesse público, que há de ser o seu supremo objetivo e não outro, qualquer que seja sua proposição.

Outra observação a se fazer ao administrador porque *"o fim, e não a vontade do administrador, domina todas as formas de administração"* e aqui o múnus público e o bem comum da coletividade, ou melhor, o aprimoramento dos bens, serviços e interesses deve dominar o administrador público, seguindo fielmente o direito e a moral, porque o compromisso é aquele visto pelo legislador na criação da Fundação que é a administração e prestação de serviços de excelência na área da saúde, desvinculados aos servidores municipais e submetidos a valoração do conselho de curadores e do diretor da fundação que pugnam irredutivelmente pela ausência de piso da categoria (o que foi instituído inicialmente) e atualmente defendem o piso vinculado à natureza dos serviços prestados e a evolução das instituições envolvidas, que não são devidamente respeitadas e legitimadas pela fazenda estatal, caso contrário já estariam a muito (na encampação da faculdade) também encampados ou terem sido absorvidos os funcionários ao ente Estadual.

Decerto que o administrador não pode dar destinação diversa daquela prevista legalmente, ademais, aqui se trata de caso demasiadamente individualizado onde a aplicação do texto literal da lei criaria um vácuo na administração e nos profissionais da saúde vinculados ao restante dos entes Estaduais (Faculdade e Hospital) além de macular severamente os serviços públicos prestados à população. A FUMES não tem verba destinada ao seu funcionamento pelo ente municipal ou por outro que seja, e respira atualmente com a imbricação administrativa e bizarra de orçamentos indiretos.

Os argumentos despendidos não configuram desculpas administrativas, mas justificativas legais e éticas a comprovar a desídia e irregularidade institucional, bem como para adequar demais situações para não se criar um caos administrativo, impossível de se ajustar aos serviços prestados.

ALEXANDRE DE ALMEIDA, JURISTA, OAB/SP 172438, AV. CARLOS GOMES, 167, SALA 11, 3454;5998.