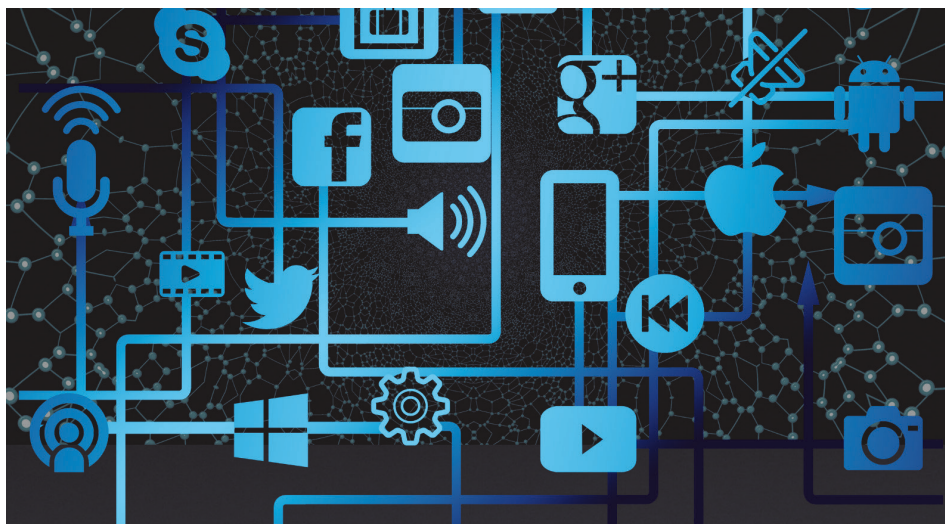




PARECER PA 41/2019

ACESSO À INFORMAÇÃO. TRANSPARÊNCIA. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Dúvida relativa à interpretação do artigo 2º, I, 'e', do Decreto estadual nº 62.528, de 31 de março de 2017, que determinou, na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846/98, a inclusão de cláusula prevendo que a organização social disponibilize, em seu sítio na rede mundial de computadores, a remuneração bruta e individual paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores. Superveniente edição do Decreto estadual nº 64.056, de 28 de dezembro de 2018, que revogou o Decreto nº 62.528/2017, porém veiculou regra com teor similar, relacionada à questão objeto da dúvida jurídica. Considerações relacionadas à transparência e publicidade aplicável aos contratos de gestão, tendo em vista a gestão de recursos públicos recebidos. Arts.

2º e 7º, VI, ambos da Lei nº 12.527/2011 (LAI). Organizações sociais que, conquanto sejam entidades privadas, efetuam a gestão de recursos públicos e são fiscalizadas pelos Tribunais de Contas. Entendimento do TCE/SP sobre a divulgação da remuneração de empregados e dirigentes das OSs expressamente manifestado no Comunicado SDG nº 16/2018.

PROCESSO: 16847-127302/2018

INTERESSADO: INSTITUTO BRASILEIRO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

PARECER: PA nº 41/2019

EMENTA: ACESSO À INFORMAÇÃO. TRANSPARÊNCIA. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. Dúvida relativa à interpretação do artigo 2º, I, 'e', do Decreto estadual nº 62.528, de 31 de março de 2017, que determinou, na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846/98, a inclusão de cláusula prevendo que a organização social disponibilize, em seu sítio na rede mundial de computadores, a remuneração bruta e individual paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores. Superveniente edição do Decreto estadual nº 64.056, de 28 de dezembro de 2018, que revogou o Decreto nº 62.528/2017, porém veiculou regra com teor similar, relacionada à questão objeto da dúvida jurídica. Considerações relacionadas à transparência e publicidade aplicável aos contratos de gestão, tendo em vista a gestão de recursos públicos recebidos. Arts. 2º e 7º, VI, ambos da Lei nº 12.527/2011 (LAI). Organizações sociais que, conquanto sejam entidades privadas, efetuam a gestão de recursos públicos e são fiscalizadas pelos Tribunais de Contas. Entendimento do TCE/SP sobre a divulgação da remuneração de empregados e dirigentes das OSs expressamente manifestado no Comunicado SDG nº 16/2018.

1. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa por determinação da subprocuradora-geral do estado, área da Consultoria-Geral, tendo em vista solicitação formulada pela Subsecretaria de Parcerias e Inovação da Secretaria de Governo, relativa à interpretação a ser conferida ao disposto na alínea 'e' do inciso I do artigo 2º do Decreto estadual nº 62.528/2017, que determinou que, na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846/1998, deverá ser inserida cláusula *“prevendo que a organização social disponibilizará, em seu sítio na rede mundial de computadores, a remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores”*.

2. Inicialmente, a Subprocuradoria-Geral da Área da Consultoria determinou a devolução dos autos à origem para complementação da instrução, com a juntada de

cópia do processo administrativo, no qual foi analisada a minuta que deu origem ao Decreto estadual nº 62.528/2017 (fl. 12).

3. Atendida a providência (fls. 13/121), manifestou-se, novamente, a Subprocuradoria-Geral da Área da Consultoria, que, ante a constatação da inexistência de divergência institucional a ser dirimida, visto que a juridicidade do aludido decreto fora examinada no Parecer AJG nº 77/17¹, determinou o retorno à origem. Observou ainda, na ocasião, que a publicidade dos salários foi objeto do Comunicado SDG nº 16/18, exarado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, na mesma linha fixada no Decreto estadual nº 62.528/2017 (fls. 124/126).

4. A fim de melhor delimitar o ponto controvertido, a Unidade de Parcerias com Organizações Sociais ressaltou que a dúvida suscitada não se refere à juridicidade do citado decreto, mas sim à interpretação do disposto na alínea ‘e’ do inciso I do seu artigo 2º. Nesse sentido, indaga se, para atendimento do aludido dispositivo, as organizações sociais deverão publicar a remuneração de seu pessoal com a nomenclatura dos cargos e nome completo dos respectivos ocupantes, ou se basta divulgar a citada nomenclatura de cargos, acompanhada das remunerações (fls. 127/128).

5. Diante de tais esclarecimentos, a subprocuradora-geral do estado da Área da Consultoria determinou o encaminhamento dos autos a esta Procuradoria Administrativa para análise, “*tendo em vista a possível implicação do Comunicado SDG nº 16/18 na interpretação do artigo 2º, I, ‘e’, do Decreto estadual nº 62.528/17*” (fls. 129).

É o relatório. Passamos a opinar.

6. Trata-se de dúvida jurídica relacionada à interpretação do artigo 2º, I, ‘e’, do Decreto estadual nº 62.528/2017, que estabelecia:

Artigo 2º - Na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública:

I – farão constar cláusulas:

(...)

e) prevendo que a organização social disponibilizará, em seu sítio na rede mundial de computadores, a remuneração bruta e individual, paga com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores;

(...) (g.n.)

1 De autoria do procurador do estado assessor FÁBIO TEIXEIRA REZENDE.

7. Ocorre, no entanto, que o Decreto estadual nº 62.528/2017 foi revogado pelo Decreto estadual nº 64.056, de 28 de dezembro de 2018, que estabeleceu novas diretrizes alusivas à celebração de contratos de gestão com organizações sociais de que trata a Lei Complementar nº 846/1998.

8. Vale registrar que a matéria disciplinada no inciso I do artigo 2º do diploma revogado, atinente a conteúdo obrigatório a ser inserido em cláusulas contratuais, passou a ser tratada no inciso I do artigo 3º do novo Decreto. Mais especificamente quanto à questão objeto da consulta, é importante consignar que redação muito semelhante à da alínea ‘e’ do inciso I do artigo 2º do Decreto nº 62.528/2017 foi incluída no artigo 3º, inciso I, alínea ‘d’, item 3, do Decreto nº 64.056/2018, *verbis*:

Artigo 3º – Na celebração dos contratos de gestão de que trata a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, os órgãos e entidades da Administração Pública:

I – farão constar cláusulas:

...

d) prevendo que a **organização social disponibilizará, em seu sítio na rede mundial de computadores:**

...

3. a remuneração bruta e individual mensal dos cargos pagos com recursos do contrato de gestão, de todos os seus empregados e diretores;

... (g.n.)

9. Releva destacar, inicialmente, que, a despeito de sua natureza privada (art. 1º, LC 846/98), as organizações sociais sujeitam-se a controle, inclusive pelos Tribunais de Contas (art. 1º, parágrafo único, LC 846/98²), e a regras de transparência mais próximas das aplicáveis aos entes da administração pública direta e indireta, tendo em vista o recebimento e a gestão de recursos públicos nas atividades que desenvolvem.

10. A esse respeito, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO destaca que o regime jurídico aplicável às entidades qualificadas como organizações sociais é de direito privado,

2 Artigo 1º – O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, à cultura, ao esporte, ao atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes, à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento, atendidos os requisitos previstos nesta lei complementar.

Parágrafo único – As pessoas jurídicas de direito privado a que se refere o *caput* deste artigo serão submetidas ao controle externo da Assembleia Legislativa, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ficando o controle interno a cargo do Poder Executivo.

ponderando, contudo, que tal regime privado é parcialmente derogado pelo direito público, tendo em vista o vínculo firmado com o poder público, a prestação de serviço público e a *administração de recursos públicos*. Ensina a autora:

O regime jurídico da entidade qualificada como organização social é de direito privado, não sendo razoável imprimir-lhe tratamento igual ao da Administração Pública, sob pena de perder qualquer justificativa a utilização do modelo. **No entanto, o regime privado é parcialmente derogado pelo direito público**, não só em decorrência do vínculo que se estabelece com o poder público, mas também pelo fato de envolver prestação de serviço público e **administração de recursos públicos**. Por isso, a entidade submete-se aos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição. Prestando serviço público, ela está sujeita à observância dos princípios que regem esse tipo de atividade, como o da continuidade, o da isonomia no atendimento dos usuários, o da mutabilidade do regime jurídico. **Administrando recursos públicos, está sujeita ao controle pelo Tribunal de Contas no que diz respeito à sua aplicação**. Pelo mesmo fato de receberem e administrarem recursos públicos, seus dirigentes são considerados agentes públicos para fins de improbidade administrativa; o art. 1º da Lei nº 8.429, de 2/6/1992, considera ato de improbidade, entre outros, os praticados por qualquer agente público contra entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. (...)³ (g.n.)

11. Relevante destacar que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, que impugnou dispositivos da Lei federal nº 9.637/98⁴, o Supremo Tribunal Federal fixou relevantes premissas acerca do modelo das organizações sociais. No que interessa à matéria em exame, em especial aos controles e princípios aplicáveis por força dos recursos públicos administrados por tais entidades, observou o voto vencedor, exarado pelo ministro Luiz Fux:

(...) As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput*), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública. No entanto, **o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*)**, dentre os quais se destaca a impessoalidade.

(...)

3 Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 348.

4 O diploma dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização e a extinção de órgãos e entidades na esfera federal.

Ao contrário do que aduzem os autores, também **não há afastamento do controle do Tribunal de Contas** pela lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos. O termo “privativo”, ao tratar, no art. 4º da lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, **sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, arts. 70, 71 e 74).** Além disso, **as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos.** A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos art. 2º, I, f, art. 4º, IX e X, art. 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9º e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do *parquet* no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal.

(...)

Ex positis, voto no sentido de *julgar parcialmente procedente o pedido*, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

(...)

(vi) **para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.**

(...) (g.n.)

12. A seu turno, a Lei federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) veiculou disposição específica, relativa às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, entre as quais se inserem as organizações sociais, determinando a aplicação de seus comandos, *no que couber*, a tais entes. Confira-se:

Art. 2º. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas. (g.n.)

13. Nota-se, desta forma, que, no que toca aos recursos públicos recebidos e geridos, as organizações sociais submetem-se ao regime da LAI, prevalecendo, como regra, a publicidade, em detrimento do sigilo (art. 3º, I, LAI⁵).

5 Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; (...)

14. Aliado a esse conjunto normativo, emerge o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, diretamente relacionado à dúvida jurídica submetida, que restou formalizado no Comunicado SDG nº 016/2018, nos seguintes termos:

COMUNICADO SDG Nº 016/2018

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, considerando as diretrizes das Leis reguladoras da Transparência e do Acesso à Informação e as disposições das Instruções Consolidadas do Tribunal, **COMUNICA aos órgãos públicos estaduais e municipais que adotem providências no sentido de que as entidades do terceiro setor (OS, Oscips, OSCS) destinatárias de recursos públicos cumpram os dispositivos legais relativos à transparência de seus atos consistentes na divulgação pela via eletrônica de todas as informações sobre suas atividades e resultados, dentre outros o estatuto social atualizado; termos de ajustes; planos de trabalho; relação nominal dos dirigentes, valores repassados; lista de prestadores de serviços (pessoas físicas e jurídicas) e os respectivos valores pagos; remuneração individualizada dos dirigentes e empregados com os respectivos nomes, cargos ou funções; balanços e demonstrações contábeis e os relatórios físico-financeiros de acompanhamentos, regulamento de compras e de contratação de pessoal.**

A verificação da implementação de tais medidas será incluída nas ações da fiscalização, cujo descumprimento poderá ensejar a adoção de medidas previstas em Lei.

15. Diante do entendimento manifestado pela Corte de Contas, que se harmoniza às regras de transparência e publicidade aplicáveis à gestão de recursos públicos, e dado que as Organizações Sociais se submetem à sua fiscalização, a interpretação do artigo 3º, inciso I, alínea 'd', item 3, do Decreto nº 64.056/2018 deverá orientar-se no sentido indicado no Comunicado SDG nº 016/2018, ou seja, com a divulgação da *“remuneração individualizada dos dirigentes e empregados com os respectivos nomes, cargos ou funções”*.

16. Acrescente-se, outrossim, que, ainda que os empregados e dirigentes de organizações sociais não se caracterizem como servidores públicos, é possível tecer uma analogia às posturas firmadas pelo Supremo Tribunal Federal⁶ quanto à divulgação da remuneração paga aos últimos, tendo em vista sua origem em recursos públicos, a configurar o interesse geral no controle da sua aplicação.

17. Por fim, vale mencionar que a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 1039193-16.2018.8.26.0053⁷,

6 Recurso Extraordinário com Agravo nº 652.777; Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902.

7 Relator desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. 28/2/2019.

reconheceu a legalidade da edição do Comunicado SDG nº 16/2018, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, tendo em vista disposto na Lei nº 12.257/2011, o dever de transparência que incumbe às organizações sociais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Consignou a ementa do acórdão:

Mandado de segurança – Comunicado SDG nº 16/2018 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Entidades do Terceiro Setor – Divulgação dos nomes completos dos servidores e respectivos salários na internet – Aplicação da Lei federal nº 12.517/2011 às entidades do terceiro setor – Exegese do art. 2º do referido diploma legal – Alegação de violação à privacidade, intimidade e segurança – Dever de informação e transparência dos gastos públicos que legitima a conduta da Administração – Sentença de denegação da ordem mantida – Recurso desprovido.

18. Por todo o exposto, concluímos que a interpretação a ser atribuída ao artigo 3º, inciso I, alínea ‘d’, item 3, do Decreto nº 64.056/2018 deverá orientar-se no sentido da divulgação da remuneração individualizada dos dirigentes e empregados das Organizações Sociais, pagas com recursos do contrato de gestão, contemplando os respectivos nomes, cargos ou funções.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 28 de junho de 2019.

LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 120.706

PROCESSO: 16847-127302/2018

INTERESSADO: INSTITUTO BRASILEIRO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

PARECER: PA nº 41/2019

De acordo com o **Parecer PA nº 41/2019**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral.

P.A., em 23 de julho de 2019.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: 16847-127302/2018

INTERESSADO: INSTITUTO BRASILEIRO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

ASSUNTO: RELATÓRIO DE ACOMP. DE CONVÊNIO DECRETO Nº 62.528/17.
PARCERIAS SECRETARIAS MUNICIPAIS E ESTADUAIS DE SAÚDE

PARECER: PA nº 41/2019

1. Mediante consulta formulada pela Unidade de Parcerias com Organizações Sociais, da Subsecretaria de Parcerias e Inovação da Secretaria de Governo, acerca de qual interpretação deveria ser dada ao artigo 2º, inciso I, do Decreto estadual nº 62.528, de 1º de abril de 2017, a d. Procuradoria Administrativa pronunciou-se por meio do **Parecer PA nº 41/2019**⁸ (fls. 131/138), aprovado pela i. Chefia da Especializada (fl. 139), que a meu ver analisou corretamente a matéria.

2. O opinativo principia destacando que a revogação do edito pelo subseqüente Decreto estadual nº 64.056, de 28 de dezembro de 2018, não prejudica o deslinde da consulta formulada, haja vista que regra com teor similar à revogada foi introduzida no artigo 3º, inciso I, “d”, “3”, do regramento vigente. Ademais, e considerando a aplicação expressa da Lei de Acesso à Informação às Organizações Sociais (artigo 2º da Lei federal nº 12.527/2011)⁹, o Parecer PA nº 41/2019 corretamente concluiu, em cotejo com o vigente regramento estadual, que a remuneração dos dirigentes e empregados das OS deve ser objeto de divulgação individualizada, com os respectivos nomes, cargos e funções, em consonância com o entendimento do egrégio Tribunal de Contas do Estado manifestado no Comunicado SDG nº 16/2018.

3. Dessa maneira, o opinativo em exame coloca-se em linha com outros precedentes desta Procuradoria-Geral do Estado em que se verificou a derrogação

8 Parecerista procuradora do estado Luciana Rita L. Saldanha Gasparini.

9 Art. 2º – Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

parcial do regime de direito privado das Organizações Sociais por algumas normas de direito público, tal como nos pareceres PA-3 nº 289/1999, PA nº 176/2007, PA nº 114/2009, GPG-Cons. nº 53/2014 e PA nº 104/2014.

4. Ante o exposto, na esteira da Chefia da Procuradoria Administrativa, proponho à senhora procuradora-geral do estado que aprove o Parecer PA nº 41/2019.

SubG-Consultoria, 17 de outubro de 2019.

EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA

Subprocuradora-Geral do Estado
Consultoria-Geral

PROCESSO: 16847-127302/2018

INTERESSADO: INSTITUTO BRASILEIRO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

ASSUNTO: RELATÓRIO DE ACOMP. DE CONVÊNIO DECRETO Nº 62.528/17.
PARCERIAS SECRETARIAS MUNICIPAIS E ESTADUAIS DE SAÚDE

1. Aprovo o **Parecer PA nº 41/2019**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral para prosseguimento.

GPG, em 24 de outubro de 2019.

MARIA LIA P. PORTO CORONA

Procuradora-Geral do Estado