



Aula do dia 05.02.2020 – Direito administrativo e transparência (Lei 12.527/2011)

Espelho base para correção das fichas de reação

A resposta deve abordar, de maneira objetiva e fundamentada, qual seria a decisão a ser proferida em relação ao recurso, enquanto autoridade competente da CGU para decidi-lo na situação hipotética abordada. Para alguns aspectos das respostas, não há uma decisão absolutamente correta ou errada, razão pela qual, em relação a elas, será avaliada a capacidade de construção argumentativa coerente e com respaldo no ordenamento.

Conforme o enunciado, expor ao menos dois dos seguintes aspectos suscitados no caso: (i) acesso à informação e privacidade dos candidatos do concurso; (ii) acesso à informação e atos preparatórios para a tomada de decisão da Administração Pública; e (iii) acesso à informação e direito autoral como hipótese de sigilo no contexto da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

Assim, em relação a cada um dos dois pontos abordados pelos alunos, será atribuída nota de 0 a 0,5. Na eventualidade de a resposta abordar os três pontos, serão considerados os dois mais bem respondidos para a formação da nota final do exercício, sendo o terceiro ponto abordado considerado para fins de nota complementar.

(i) acesso à informação e privacidade dos candidatos do concurso

A ideia do item não era ter uma linha de resposta correta, mas verificar a coerência e consistência argumentativa, bem como o grau de profundidade da resposta do aluno, dentro da linha adotada.

Do ponto de vista estrutural, relevante identificar que a questão de debate está no fato de se tratar de uma informação de interesse público, cuja potencialidade de restrição de acesso não está ligada às classificações de sigilo da Lei de Acesso à Informação, relacionadas às informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, mas sim no direito à privacidade, cuja disciplina legal é feita como “informações pessoais” (artigo 31, Lei 12.527/2011). Tal distinção estrutural da lei (informação sigilosa e informação pessoal) foi, inclusive, explorada pelo Professor durante a aula.

Deste modo, a solução adotada deverá girar em torno da configuração da preponderância do interesse público ou não da divulgação da informação em face de uma potencial informação pessoal, de modo a saber se o consentimento seria exigível ou não (artigo 31, §1º, inciso II c/c §3º, inciso V).

Além disso, também é perfeitamente possível explorar na resposta soluções conciliatórias, como a divulgação apenas do conteúdo das provas sem a identificação pessoal do candidato (dentro da ideia de que apenas parte da informação pode ser protegida), bem como é possível explorar questões como, em caso de considerar



informação pessoal, a possibilidade de acesso por órgãos de controle como o Ministério Público (hipótese de acesso legal à informação), ou a possibilidade ou não de o Edital estabelecer um consentimento geral presumido de divulgação no ato de inscrição no concurso, e o impacto de uma cláusula nesse sentido.

É fundamental ressaltar que o acesso à informação de interesse público independe do fato de o peticionário ser candidato inscrito no concurso público, seja em função do princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, CF), seja em razão de o acesso a tais informações independe de exigências em relação aos motivos determinantes da solicitação (artigo 10, §3º, Lei 12.527/2011). Caso o aluno elabore sua resposta compreendendo que o interesse público é predominante e a prova corrigida não configuraria informação de interesse pessoal nos termos da lei de acesso à informação, era recomendável afastar o argumento de que o interessado não teria interesse pessoal na demanda. Por outro lado, caso se adote a linha de negativa do acesso por se tratar de informação pessoal digna de proteção, é relevante reforçar que essa é a justificativa exclusiva da negativa de acesso, não havendo qualquer pertinência na alegação apresentada pela Autarquia relacionada ao motivo do acesso.

(ii) acesso à informação e atos preparatórios para a tomada de decisão da Administração Pública

Dispõe o artigo 7º, §3º, da Lei 12.527/2011 que “o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”. Por sua vez, o Decreto federal 7.724/2012, em seu artigo 20, *caput*, dispõe que “o acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão”.

Tais dispositivos já foram adotados, por exemplo, para que informações utilizadas como fundamento da tomada de decisão em órgãos colegiados somente fossem disponibilizadas ao público geral quando da publicação da decisão colegiada. O TCU, com base nessa noção entende que o ministro relator, em princípio, não está obrigado a permitir o acesso às informações de processo sob sua relatoria antes do julgamento pela Câmara respectiva ou pelo Plenário (Acórdão 1.050/2012, Plenário do TCU, j. 02.05.2012). Excetua-se a tal regra, é claro, o acesso pelas partes interessadas e seus advogados.

Também com base nesses dispositivos, a CGU já entendeu que a liberação de documentos internos de controle e de fiscalização – tais como pareceres, relatórios de auditoria interna, notas técnicas, que podem subsidiar determinada decisão administrativa, e que podem ser revistos e revogados por ação discricionária da Administração – poderão ser divulgadas apenas com a publicação da decisão para a qual serviram de subsídio. Todavia, o próprio órgão reconhece que a restrição de acesso a documentos preparatórios tem por objetivo a proteção da finalidade para qual o processo



foi criado, podendo a informação não ser divulgada quando, por exemplo, comprometer a decisão final ou ocasionar intervenção indevida (como no caso de uma investigação correcional em curso, de modo evitar interferências indevidas no processo).¹ Também já foi decidido que “a negativa de acesso a documentos preparatórios deve ser utilizada apenas nos casos em que a decisão final possa de alguma maneira ser comprometida, não havendo qualquer justificativa ou mesmo sentido em se negar acesso a documento preparatório quando a sua divulgação não indicar qualquer influência na decisão final, ou mesmo vier a trazer benefícios à própria decisão final, como no caso em tela”.²

Especificamente quanto à resposta, espera-se que aluno discorra analiticamente se os Manuais constituem, de fato, atos preparatórios para a decisão final em relação ao concurso. Serão consideradas corretas, em princípio, respostas motivadas no sentido de que não configurariam propriamente atos preparatórios.

Enfim, também será considerada abordagem acerca do papel do concurso público no que tange à impessoalidade e isonomia e o quanto a divulgação do material poderia contribuir para a objetividade do certame. Ademais, considerando a própria possibilidade de recursos e impugnações, também poderá ser ponderado se a divulgação não seria consentânea com tais objetivos.

Todavia, caso o aluno compreenda que tais documentos configurariam atos preparatórios, e construa resposta com argumentos consistentes para fundamentar tal posição, a resposta será considerada na avaliação. Sem prejuízo disso, espera-se que seja analisado – notadamente se o aluno compreender que o material configura documento preparatório nos termos do artigo 7º, §3º, da Lei de Acesso à Informação – se a divulgação do Manual traria algum prejuízo ao resultado final do concurso.

(iii) acesso à informação e direito autoral como hipótese de sigilo no contexto da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011)

Dois aspectos preliminares são relevantes para o enfrentamento da questão.

O primeiro refere-se ao fato de que a própria lei de acesso à informação, além de proteger as informações sigilosas relativas à segurança da sociedade e do Estado, bem como informações pessoais, também protege expressamente outras hipóteses legais de sigilo e segredo de justiça, conforme dispõe seu artigo 22. Desse modo, se o tratamento legal de um direito de propriedade intelectual (seja de propriedade industrial, seja de direito do autor) implicar, de alguma maneira, o direito de seu proprietário de não ter divulgada a informação ou obra, é possível que a Administração restrinja o acesso a informação sob esse fundamento do artigo 22.

¹ Vide, por exemplo, o Parecer 5017 de 14/06/2017, nos autos do recurso contra decisão denegatória ao pedido de acesso à informação sob referência 99937.000344/2016-91.

² Vide, por exemplo, o Parecer 697 de 14/03/2014, nos autos do recurso contra decisão denegatória ao pedido de acesso à informação sob referência 00077.000840/2013-10.



Já o segundo, refere-se à distinção entre os direitos autorais patrimoniais e morais. Os patrimoniais se relacionam ao aproveitamento econômico da obra intelectual (abrangendo a possibilidade de utilizar, usufruir e dispor da obra). Já os morais são tratados no *caput* do artigo 24 da Lei 9.610/1998:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Como regra geral, tanto os direitos morais como patrimoniais pertencem ao autor da obra (artigo 22, da Lei 9.610/1998).

Quanto aos direitos morais, embora pertençam ao autor, a simples divulgação do Manual, nos moldes do caso proposto, não parece provocar violações a tais direitos – desde que ela respeite os direitos morais acima elencados, como, por exemplo, a indicação da autoria com o anúncio do nome ou a preservação da integridade.

Já sob o ponto de vista patrimonial, há uma controvérsia que cerca o instituto quando o contratante é o Poder Público, em razão do que dispõe o artigo 111 da Lei 8.666/93,³ nas situações em que o contrato é silente em relação à transferência de tais direitos. Atualmente, prevalece nos Tribunais de Contas da União (Acórdão nº 2665/2015 – Plenário; Acórdão nº 1309/2014 – Plenário; Acórdão nº 883/2008 – Plenário) e do Estado de São Paulo (TC-001371/006/2012 - Segunda Câmara) que o silêncio no contrato administrativo, embora seja ato irregular (sob o ponto de vista do agente que autorizou a celebração da avença), não transfere automaticamente tais direitos – ao contrário do que

³ Importante destacar, conforme prevalece amplamente, que o dispositivo disciplina a transferência dos direitos patrimoniais do autor, mas não os morais.



ocorre, por exemplo, nas licitações no âmbito das estatais, conforme o artigo 80 da Lei 13.303/2016. Sem prejuízo disso, a posição de que a contratação com o Poder Público acarreta a transferência automática dos direitos autorais (patrimoniais) pode perfeitamente ser defendida na ficha de reação, tanto porque há respaldo doutrinário e por ela ser juridicamente plausível, como porque a própria CGU flexibiliza esse entendimento do TCU, compreendendo que a obrigatoriedade de indicação contratual da transferência de direito patrimonial é mera recomendação de boa prática, que não impede a transferência de direito patrimonial autoral ao Estado.⁴

Independentemente da controvérsia, os direitos patrimoniais seriam violados se a Administração utilizasse para outras finalidades distintas das quais contratou a elaboração do material. A utilização para fins do próprio concurso para qual foi elaborado não configura exploração econômica do material (ao menos distinta da finalidade para a qual foi contratada). Hipótese diversa seria se revendesse o material para outras organizadoras de concurso, sem autorização do autor. Assim, eventual impedimento de divulgação do material deveria estar expresso no contrato.

Por fim, também é perfeitamente cabível a discussão em torno da própria existência de um direito autoral tutelável pela autoria do Manual. Para tal, é possível trazer elementos e definições contidas na Lei 9.610/1998, notadamente seus artigos 7º e 8º, discutir a própria noção de originalidade ou qualquer outro elemento desse ramo do direito para fundamentar um eventual afastamento da própria existência de um direito autoral.

Indicação bibliográfica

Além da leitura de todas as decisões mencionadas ao longo do espelho de correção, recomenda-se, para aprofundamento na matéria, a breve bibliografia abaixo:

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei nº 12.527/2011*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montella; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Brasília: Livraria do Advogado, 2016.

⁴ Vide, por exemplo, o Parecer 4750 de 25/05/2017, nos autos do recurso contra decisão denegatória ao pedido de acesso à informação sob referência 23480.004356/2017-19.



Faculdade de Direito da USP
Departamento de Direito do Estado
Direito Administrativo Interdisciplinar I
Prof. Fernando Dias Menezes de Almeida

MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Teoria geral e princípios do direito administrativo, in DI PIETRO (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 439-482 (Capítulo 7).

SCHMIDT, Fernando Figueiredo Linhares Piva de Albuquerque. *Infraestrutura pública e direitos de autor*: soluções para o problema da alteração de projetos de arquitetura e engenharia. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. São Paulo. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28296/Disserta%20c3%a7%20c3%a3o%20para%20novo%20upload.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26/02/2020.

VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (*in memoriam*) (coord.). *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.