

PHILLIP GIL FRANÇA

Controle do Ato Administrativo e Consequencialismo Jurídico na era da IA

JUDICIALIZAÇÃO, DISCRICIONARIEDADE, *COMPLIANCE* E LGPD

5ª edição

revista, atualizada e ampliada

- Roteiro prático de consequencialismo jurídico;
- Técnicas judiciais humanizadas, proporcionais e sustentáveis;
- Caminhos para um adequado enfrentamento estatal da pandemia da Covid-19

PROF. DR. LUIZ RODRIGUES WAMBIER

PREFÁCIO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolína de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tox: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Bruna Mestriner e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Piastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paui Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourri

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Lucas Kfourri

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezzi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

França, Phillip Gil

Controle do ato administrativo e consequencialismo jurídico na era da IA : judicialização, discricionariedade, compliance e LGPD / Phillip Gil França. -- 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5991-901-7

1. Administração de risco 2. Atos administrativos - Brasil 3. Controle jurisdicional de atos administrativos 4. Direito administrativo - Brasil 5. Inteligência artificial - Direito 6. Programas de *compliance* 7. Proteção de dados I. Título.

21-68873

CDU-351.94

Índices para catálogo sistemático:

1. Atos administrativos : Controle judicial : Direito administrativo 351.94

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 5.^a EDIÇÃO – LUIZ RODRIGUES WAMBIER	7
PREFÁCIO À 4.^a EDIÇÃO – PROF. DR. INGO WOLFGANG SARLET	11
PREFÁCIO À 3.^a EDIÇÃO – LENIO LUIZ STRECK	13
PREFÁCIO À 2.^a EDIÇÃO – PROF.^a GISELA MARIA BESTER	15
PREFÁCIO À 1.^a EDIÇÃO – VASCO PEREIRA DA SILVA	19
APRESENTAÇÃO – ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA	21
NOTA À 5.^a EDIÇÃO	23
NOTA À 4.^a EDIÇÃO	27
NOTA À 3.^a EDIÇÃO	29
NOTA À 2.^a EDIÇÃO	31
NOTA À 1.^a EDIÇÃO	33
ÍNDICE DE VÍDEOS (PLAYLIST)	41
INTRODUÇÃO	43
1. ATO ADMINISTRATIVO	57
1.1 Traços iniciais de uma construção teórica do ato administrativo	58
1.2 Alargamentos para a estruturação do ato administrativo	64
1.2.1 Pressupostos do ato administrativo	64
1.2.2 Elementos do ato administrativo	67
1.2.2.1 Motivo (causa)	68
1.2.2.2 Competência	71
1.2.2.3 Objeto (conteúdo)	72
1.2.2.4 Finalidade	73
1.2.2.5 Forma	75
1.2.3 Atributos do ato administrativo	77
1.2.3.1 Validade	77
1.2.3.2 Veracidade e legitimidade	79
1.2.3.3 Imperatividade e exigibilidade	79

36 CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO NA ERA DA IA

1.2.3.4	Autoexecutoriedade	81
1.3	Atos administrativos em espécie	82
1.3.1	Autorização	83
1.3.2	Licença	85
1.3.3	Admissão	86
1.3.4	Permissão	86
1.3.5	Aprovação	87
1.3.6	Homologação	88
1.3.7	Parecer	88
1.3.8	Decreto	90
2.	REGIME JURÍDICO DO ATO ADMINISTRATIVO E O INTERESSE PÚBLICO	91
2.1	A busca do interesse público como base do regime jurídico do ato administrativo	100
2.2	A questão da supremacia (preponderância) do interesse público sobre o privado e os poderes da Administração Pública	103
2.2.1	Poder normativo ou regulamentar	104
2.2.2	Poder hierárquico	106
2.2.3	Poder disciplinar	108
2.2.4	Poder de Polícia	112
2.3	Inafastabilidade do alcance do interesse público pela Administração e os princípios da Administração Pública	115
2.3.1	Princípio da legalidade	118
2.3.2	Princípio da impessoalidade	122
2.3.3	Princípio da moralidade	124
2.3.4	Princípio da publicidade	126
2.3.5	Princípio da eficiência	130
2.3.6	Princípio da proporcionalidade	130
2.3.7	Princípio da sustentabilidade e a tutela jurisdicional necessária	133
3.	ATO ADMINISTRATIVO E INTERESSE PÚBLICO	141
3.1	Nexo causal entre a produção do ato administrativo e a realização de um interesse público a ser concretizado como novo elemento do ato administrativo	141
3.2	Interesse público	143
3.3	Nexo causal (causalidade)	145
3.4	Produção do ato administrativo	146
3.5	Realização do interesse público a ser concretizado	147
4.	ATO ADMINISTRATIVO, CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E A NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)	149
4.1	Premissas iniciais	153

4.2	Fundamentos e reflexos hermenêuticos consequencialistas.....	156
4.3	Uma teoria geral do consequencialismo jurídico (sugestões de aplicabilidade).....	159
4.4	Um roteiro de aplicação concreta do consequencialismo jurídico	163
4.5	Consequencialismo jurídico responsável e o dilema do sucesso estatal.....	171
4.6	Análise econômica do direito, assimetrias <i>inter-relacionais</i> e consequencialismo jurídico responsável	174
4.7	A realização dos objetivos fundamentais da República brasileira e os mecanismos mínimos de permanente desenvolvimento intersubjetivo de seus partícipes	186
4.8	Sinérgico sistema de controle de escolhas públicas consequencialistas para o sucesso estatal.....	191
4.9	Consequencialismo jurídico e a jurisprudência nacional – análise crítica de alguns julgados	195
4.10	Conclusões parciais	202
5.	ATO ADMINISTRATIVO, GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE E CONSEQUENCIALISMO ADMINISTRATIVO	203
5.1	Gestão pública.....	206
5.1.1	Princípio da eficiência	210
5.1.2	Questões acerca da Administração ótima	211
5.1.3	Adequado exercício administrativo	215
5.2	Desafios da boa gestão pública, escolhas estatais e consequencialismo responsável voltados ao desenvolvimento humano.....	217
5.2.1	Objetividade e subjetividade na Administração Pública	217
5.2.2	Regulação estatal eficiente e efetiva para a promoção do desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado.....	221
6.	CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO.....	227
6.1	Chancela, convalidação e invalidação do ato administrativo	230
6.2	Discricionariedade administrativa e ato administrativo.....	237
6.2.1	Mérito do ato administrativo: limites dos critérios de conveniência e oportunidade do Estado	243
6.3	Soluções consequencialistas para o efetivo controle judicial do ato administrativo	245
6.3.1	Ponderação racional dos valores constitucionais envolvidos na tutela jurisdicional do ato administrativo constitucional.....	245
6.3.2	O papel da motivação do ato administrativo para viabilização do seu controle judicial	250
6.3.2.1	Motivação e fundamentação do ato administrativo	251
6.3.3	Controle judicial da discricionariedade administrativa e sindicabilidade da conformação legal da motivação do ato administrativo... ..	256
6.3.3.1	Questões acerca da (suposta) insindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Estado-juiz.....	259

38	CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO NA ERA DA IA	
6.3.4	Barreiras a serem superadas para a efetiva tutela jurisdicional da discricionariedade administrativa.....	263
6.3.4.1	Integração da clássica teoria da tripartição dos poderes (funções) do Estado à realidade atual	264
6.3.4.2	Controle Judicial Necessário.....	273
6.3.4.3	A legitimação democrática do Estado-juiz	274
6.3.5	Insuficiência do modelo estabelecido para manutenção da sustentabilidade do sistema jurídico e o respectivo papel da informação nesse contexto.....	279
6.3.6	Perspectivas do controle judicial da atividade administrativa do Estado a partir da sua necessária legitimação constitucional	282
6.3.7	Ação Direta de Ilegalidade da Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional – um futuro possível?.....	287
6.3.7.1	Adequada tutela jurisdicional da discricionariedade administrativa de interesse nacional	289
6.3.7.2	Ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional	294
6.3.7.3	Estrutura da demanda jurisdicional.....	295
6.3.7.4	Conclusões parciais.....	300
7.	ATO ADMINISTRATIVO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO: ESTUDOS DE CASOS	301
7.1	O nepotismo no Poder Público e os agentes públicos	301
7.1.1	O nepotismo e a jurisprudência do STF e do STJ.....	302
7.1.1.1	Nepotismo póstumo.....	307
7.1.2	Conclusões parciais	308
7.2	As Parcerias Público-Privadas e os Tribunais de Contas.....	311
7.2.1	Tribunal de Contas	312
7.2.2	PPPs.....	316
7.2.3	O controle das PPPs pelos Tribunais de Contas Estaduais.....	317
7.2.4	Conclusões parciais	326
7.3	Os medicamentos de alto custo fornecidos pelo Estado e o direito fundamental à saúde	326
7.3.1	Perspectivas objetiva e subjetiva da tutela estatal da saúde.....	330
7.3.2	Evolução jurisprudencial do STF e do STJ sobre o fornecimento estatal de medicamentos de alto custo para pacientes economicamente hipossuficientes	334
7.3.3	Conclusões parciais	338
7.4	O adequado processo administrativo disciplinar (PAD), o <i>due process of law</i> e o consequencialismo administrativo no âmbito de instituições públicas e privadas.....	345
7.4.1	Fundamentos do adequado PAD	346
7.4.2	O devido processo legal e o adequado PAD.....	348

7.4.3	Consequencialismo e o adequado PAD	353
7.4.4	Conclusões parciais	354
7.5	O pacto federativo e a República – por uma atuação estatal responsável e responsabilizável	356
7.6	Concurso público e consequencialismo: o caso da garantia de oportunidade para gestantes realizarem teste de aptidão física, sem caracterizar violação do edital ou do princípio da isonomia	359
7.7	A aplicação e a abrangência consequencialista do princípio da legalidade: o caso da obrigatoriedade de vinculação à conselho profissional	369
7.8	O STF, o consequencialismo e a responsabilidade do Estado por morte de detentos sob a perspectiva dos direitos humanos	373
7.9.	Notas sobre a responsabilidade do Estado por mortes na pandemia da Covid-19.....	383
8.	COMPLIANCE, COMBATE À CORRUPÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)	389
8.1	<i>Compliance</i>	391
8.1.1	Combate à corrupção e os poderes do Estado	399
8.1.1.1	Lei Anticorrupção e acordos de leniência	412
8.2	Informação e tutela estatal de dados pessoais (sensíveis).....	422
8.2.1	A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a responsabilidade empresarial e estatal por atos no meio ambiente digital	433
8.2.2.	A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)	440
8.3	IA, inovações tecnológicas e <i>fake news</i> : em busca de uma regulação necessária	446
8.3.1	Da realidade concreta à realidade virtual e os Direitos Fundamentais.....	453
8.3.2	<i>Compliance</i> digital humanizado e a promoção dos Direitos Fundamentais.....	462
8.3.2.1	<i>Compliance</i> digital humanizado, o fim do direito e a revolução algorítmica.....	471
9.	APONTAMENTOS ESTRUTURAIS FINAIS	477
9.1	Tarefa do Estado	478
9.2	Interesse público.....	478
9.3	Ato administrativo	480
9.4	Discricionariedade administrativa	481
9.5	Limites discricionários do mérito administrativo	481
9.6	Controle estatal do Estado	482
9.7	Controle judicial da discricionariedade administrativa	483
9.8	Atual dimensão da harmonia entre as Funções do Estado.....	483
9.9	A legitimação democrática do Estado-juiz	484

40 | CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO NA ERA DA IA

9.10	Gestão pública e o adequado exercício da atividade administrativa estatal...	485
9.11	Objetividade e subjetividade na Administração Pública	486
9.12	Regulação e informação	486
9.13	Ponderação racional dos valores constitucionais envolvidos na tutela jurisdicional do ato administrativo e a respectiva interpretação consequencialista responsável	487
9.14	Insuficiência do modelo estabelecido para manutenção da sustentabilidade do sistema jurídico	490
9.15	Os objetivos fundamentais da República brasileira e os mecanismos mínimos de desenvolvimento dos partícipes do Estado	491
9.16	Perspectivas do controle judicial da atividade administrativa consequencialista do Estado a partir da sua necessária legitimação constitucional.....	492
9.17	Motivação do ato administrativo	493
9.18	Nexo causal entre a produção do ato administrativo e a realização do interesse público a ser concretizado	494
9.19	A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, conforme o sistema regulatório anticorrupção	495
9.20	<i>Compliance</i> digital	496
9.21	<i>Compliance</i> humanizado na era da IA	497
9.22	Considerações finais	498
PARA ALÉM DAS CONCLUSÕES – REFLEXÕES COMPLEMENTARES À OBRA		503
I.	Considerações sobre as consequências de um Estado suficiente para todos e para cada um: uma (possível) busca de paz para os cidadãos.....	503
II.	Novas tecnologias e o Homem: uma fábula de um fantástico Estado e o seu Cidadão de Madeira	506
III.	O Direito como um tributo aos Invisíveis (consequencialismo e deveres fundamentais de desenvolvimento).....	508
IV.	A reforma da previdência, consequencialismo e a teoria da formiga sem rosto na era da IA	510
V.	A raiz, o asfalto e a semente: o dever estatal de sustentabilidade desenvolvimentista e o sentido da flor	512
VI.	O Estado, navios negreiros e um convidado para o chá.....	514
VII.	Consequencialismo e <i>home office</i> em tempos da pandemia da Covid-19....	516
VIII.	Coronavírus: luta do ser humano ou da humanidade?.....	521
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		523
SOBRE O AUTOR		541