

Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional*

Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order

*Nico Krisch***

*Benedict Kingsbury****

RESUMO

A globalização e o surgimento da governança global estão transformando a estrutura do direito internacional, muito embora essas transformações ocorram num plano abaixo da ordem legal internacional e não sejam, frequentemente, noticiadas. Partindo de uma perspectiva do clássico direito internacional baseado no relacionamento entre Estados, a governança global pode, todavia, simplesmente aparecer como um aumento na quantidade de instrumentos legais internacionais, algumas vezes, combinada com

* Artigo recebido em 12 de janeiro de 2012 e aprovado em 22 de agosto de 2012. Publicado em inglês sob o título "Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order", originalmente em *The European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 1-13, Feb. 2006. Traduzido por Frederico Ramos.

** Professor de direito internacional e instituições internacionais no Hertie School of Governance, em Berlim, Alemanha. E-mail: krisch@hertie-school.org.

*** Professor de direito administrativo global na New York University, em Nova York, Estados Unidos. E-mail: benedict.kingsbury@nyu.edu.

fortes mecanismos de aplicação e acompanhada de algumas mudanças no procedimento de celebrar tratados. Neste artigo, primeiro esboçamos resumidamente as orientações das hipóteses subjacentes à ideia de direito administrativo global. Após, examinamos minuciosamente alguns temas nos vários artigos, para separar por semelhança as diferentes contribuições sobre potencial normativo e problemas do direito administrativo global. Por fim, procuramos aproximar, de acordo com as análises apresentadas pelos autores, que na maioria dos casos são especialistas na área do direito ou defendem posição diferente do tradicional direito internacional, alguns desafios que a regulamentação governamental dos mercados globais e a emergência de um espaço administrativo global podem apresentar para o padrão de relacionamento entre Estados, modelado com base no consenso do direito internacional.

PALAVRAS-CHAVE

Governança global — direito administrativo global — Estado — ordem jurídica internacional

ABSTRACT

Globalization and the rise of global governance are transforming the structure of international law, though much of this transformation takes place beneath the surface of the international legal order and often goes unnoticed. From the perspective of classical, inter-state, consent-based international law, global governance may still appear merely as a quantitative increase in international legal instruments, sometimes coupled with stronger enforcement mechanisms and accompanied by some changes in procedures of treaty-making. In this article, we first outline briefly the guiding assumptions underlying the idea of a global administrative law. Then, we canvass some themes in the various papers by distilling approaches the different contributors take to the normative potential and problems of global administrative law. Finally, we seek to draw from the analyses presented by the contributors, who in most cases are specialists in fields of law or politics other than traditional international law, some challenges that the regulatory governance of global markets and the emergence of a global administrative space may pose to standard inter-state, consent-based models of international law.

KEY-WORDS

Global governance — global administrative law — State — international legal order

A globalização e o surgimento da governança global estão transformando a estrutura do direito internacional, muito embora essas transformações se deem num plano abaixo da ordem legal internacional e não sejam, frequentemente, noticiadas. Partindo de uma perspectiva do clássico direito internacional baseado no consenso no relacionamento entre Estados, a governança global pode, todavia, simplesmente aparecer como um aumento na quantidade de instrumentos legais internacionais, algumas vezes, combinada com fortes mecanismos de aplicação e acompanhada por algumas mudanças no procedimento de celebrar tratados. Já os pilares centrais da ordem legal internacional são vistos, segundo uma perspectiva clássica, cada vez mais desafiados: a distinção entre direito interno e direito internacional está se tornando mais precária, formas flexíveis de se fazerem regras estão cada vez mais difundidas, a soberania dos Estados está se enfraquecendo gradualmente e a base da legitimidade do direito internacional está cada vez mais em dúvida.

O direito administrativo global, o foco da questão debatida neste simpósio, aborda transformações cognatas a partir de um ângulo particular. Começa pela observação de que muito da governança global pode ser entendida como regulação e administração, e assim estamos testemunhando a emergência de um “espaço administrativo global”: um espaço onde a estrita dicotomia entre direito interno e internacional está em amplo declínio, no qual as funções administrativas são realizadas em várias interações complexas, entre representantes dos governos e instituições de diferentes níveis, e onde a regulação pode ser amplamente efetiva, desprezando suas preponderantes formas não obrigatórias. Na prática, o crescente exercício do poder público nessas estruturas está dando origem a uma grande preocupação sobre legitimidade e *accountability*, instigando a procura de padrões de resposta dessas preocupações em várias áreas da governança global. Os problemas com *accountability* são tratados por meio de uma maior transparência, por procedimentos de *notice-and-comment* no processo de elaboração de normas e por uma maior possibilidade de revisão judicial e administrativa, num enorme conjunto de áreas distintas, como a regulação bancária global, sanções administrativas do Conselho de Segurança, a administração internacional de

refugiados ou a regulação interna de questões ambientais além das fronteiras. O direito administrativo global propõe uma aproximação dessas práticas dispersas, entendendo-as como parte de um todo, crescendo na busca de tipos de mecanismos de direito administrativo para realizar uma regulação global de governança responsável e para investigar, dentro dos desafios, este conjunto de questões que se apresentam tanto para o direito administrativo interno quanto para o direito internacional.

Os artigos deste simpósio dispõem, muitas vezes de forma crítica, sobre as possibilidades e os problemas do direito administrativo global numa governança global. Eles cobrem várias áreas da regulação, como as aquisições governamentais, os investimentos internacionais, a supervisão das relações comerciais entre os bancos, mercados para produtos da floresta, serviços urbanos de água e indústrias de exportação de artigos de vestuário; três artigos tratam da questão geral da teoria democrática, origens do direito administrativo e funções políticas ordenadas do direito administrativo global. Os artigos foram escritos como parte do principal projeto de pesquisa do Institute for International Law and Justice¹ da New York University Law School. As versões iniciais foram apresentadas na NYU, bem como na NYU-Oxford University workshop organizado no Merton College; o suporte dessas três instituições é de reconhecida gratidão. Como organizadores desse projeto (juntamente com Richard Stewart), nós não podemos invocar imparcialidade. Sem sermos surpreendidos, vimos várias formas de difusão, e crescimento, do engajamento com os princípios da transparência, participação, decisão racional e revisão na governança global. Não obstante, os padrões que emergem dos casos estudados no projeto estão longe de ser uniformes ou coerentes: os mecanismos do direito administrativo e os princípios funcionam em algumas áreas e não funcionam em outras, muitos não são mais do que embrionários e divergem bastante em suas formas. Num nível teórico, as perspectivas tomadas em vários artigos deste simpósio levantam importantes questões sobre o significado e as justificações normativas da essência do conceito de direito administrativo global que expusemos preliminarmente.

Nesta introdução, primeiro esboçamos resumidamente as orientações das hipóteses subjacentes à ideia de direito administrativo global (seção 1). Na

¹ Para ver todo o projeto, acesse <www.iilj.org/global_adlaw>, especialmente as Working Paper series. Outros exemplos do projeto são *Law & Contemporary Problems*, v. 68, p. 3-4, 2005 e *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 37, 2005 (próximo de ser publicado) disponível em: <www.iilj.org>.

seção 2, examinamos minuciosamente alguns temas nos vários artigos, para separar por semelhança as diferentes contribuições sobre potencial normativo e problemas do direito administrativo global. Na seção 3 procuramos aproximar, de acordo com as análises apresentadas pelos autores, que na maioria dos casos são especialistas na área do direito ou defendem posição diferente do tradicional direito internacional, alguns desafios que a regulamentação governamental dos mercados globais e a emergência de um espaço administrativo global podem apresentar para o padrão de relacionamento entre Estados, modelado com base no consenso, do direito internacional.

1. O conceito de direito administrativo global

O conceito de direito administrativo global começa a partir das ideias gêmeas de que muito da governança global pode ser entendida como administração e de que essa administração é frequentemente organizada e modelada por princípios característicos do direito administrativo.² Com a expansão da governança global, muitas funções administrativas e regulatórias são agora realizadas, num contexto global ao invés do contexto nacional, ainda que por meio de um grande número de diferentes formas, partindo de decisões obrigatórias das organizações internacionais para acordos não obrigatórios nas relações intergovernamentais, como também para ações administrativas internas, num contexto de regimes globais. Os exemplos incluem as decisões do Conselho de Segurança da ONU nas sanções individuais; a elaboração de normas do Banco Mundial para os países em desenvolvimento; o controle da prática de lavagem de dinheiro pelas ações da Financial Action Task Force; ou decisões administrativas internas no mercado de acesso, sobre os produtos estrangeiros, inseridas no regime da OMC. Muitas funções regulatórias na governança global também são realizadas sem tal formalidade pública das estruturas de governo, isto é, são realizadas por instituições público-privadas ou, simplesmente, por instituições privadas, como a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (Icann) ou a Organização Internacional de Padronização (ISO).

² Para uma exposição detalhada da lei administrativa global, ver KINGSBURY; KRISCH; STEWART. The emergence of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, n. 3, p. 15, 2005.

Apesar desta grande variedade de formas e instituições, podemos observar, em todos esses exemplos, reconhecidamente, o exercício das funções administrativas e regulatórias: o controle e a aplicação das regras por organismos que não fazem parte do Legislativo ou que, principalmente, não possuam características decisórias.³ Se ações similares forem praticadas por agências estatais, podem surgir pequenas dúvidas quanto às suas características administrativas (exceto, talvez, para os exemplos de regulação privada). Classicamente, entretanto, considerar esses organismos como administrativos tem sido difícil, por sua natureza internacional; o termo “administração” está intimamente relacionado com o sistema estatal e pode, no máximo, apontar para a adoção interna das normas internacionais.⁴ Essa distinção categórica, entretanto, tem se tornado problemática nos dias atuais, tamanho o entrelaçamento entre os elementos internos e internacionais nesse processo de regulação. Isso fica mais óbvio para as relações governamentais, onde os representantes dos países estão engajados tanto na elaboração de leis em escala global, quanto na aplicação dessas em nível interno, muitas vezes sem qualquer ato de intervenção. Desta forma, quando o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur) determina o *status* do indivíduo refugiado, a distinção apresentada de um nível internacional para relações entre Estados e um nível interno para a relação entre Estados e indivíduos se desfaz.⁵ Além disso, o órgão de solução de controvérsias da OMC pode, em muitos casos, ser considerado outra camada de *judicial review*, da atuação administrativa interna. E é esse entrelaçamento de diferentes esferas que nos leva a considerar o conglomerado de formas de regulação como parte de um muito variado, mas, reconhecidamente, espaço administrativo “global”.

O entrelaçamento do interno e internacional na governança também tem importante repercussão nos mecanismos, por meio do qual as ações administrativas podem ser responsabilizadas. Segundo a distinção clássica entre as esferas interna e internacional, as normas internacionais foram estabelecidas em nível internacional, reservando-se o direito aos Estados de concordarem ou não com elas, bem como suas características obrigatórias e

³Para similares tipificações, ver TIETJE, C. *Internationalisiertes Verwaltungshandeln* (2001); BATTINI, S. *Amministrazione senza stato* (2003); ALVAREZ, J. E. *International organizations as law-makers* (2005:244-245); SAROOSHI, D. *International organizations and their exercise of sovereign powers* (2005:14-17).

⁴Ver CASSESE. Global standards for national administrative procedure. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, n. 3, p. 112-113, 2005.

⁵Ver PALLIS. The operation of UNHCR's accountability mechanisms. *IILJ Working Paper 2005/12*. Disponível em: <www.iilj.org/papers/IILJ2005_12Pallis.htm>.

efeitos, que dependem de ratificação e aplicação interna. Em função dessa liberdade, os mecanismos internos de *accountability* foram pensados para ser (razoavelmente) eficazes: o processo parlamentar e o procedimento administrativo podem ter um significativo impacto.⁶ Contudo, quanto mais os processos, interno e internacional, estiverem entrelaçados, mais essa liberdade será desfeita e, com ela, a eficácia dos mecanismos clássicos de *accountability*. Decisões nas relações intergovernamentais, como as do Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, embora não formalmente obrigatórias, comprometem os representantes dos governos participantes a adotar internamente essas decisões, causando um grande impacto em qualquer procedimento administrativo futuro. Os posicionamentos do Acnur, no estatuto dos refugiados, determinam diretamente o destino dos indivíduos refugiados. E as decisões do órgão de solução de controvérsias da OMC são, na maioria dos casos, efetivamente decisivas para a atuação administrativa interna; os custos da falta de conformidade seriam, absolutamente, muito altos para permitir que os processos administrativos internos se desviem das decisões da OMC. No espaço administrativo global, a clássica distribuição de trabalho entre os diferentes níveis está amplamente em desuso, quando vem para garantir a regulação da participação e *accountability*.

Os problemas resultantes da *accountability* e da participação estão começando a ser conhecidos, em parte decorrentes do interesse das instituições globais de regulação, e dos atores, em reforçar sua legitimidade em face do crescimento dos desafios políticos. Em muitas áreas da governança global, e em suas mais variadas formas, mecanismos estão emergindo para procurar melhorar a participação da *accountability* no processo de tomada de decisões da regulação global. As similitudes estruturais entre muitos destes fenômenos distintos são impressionantes: eles testemunham a crescente tendência de mecanismos de criação análogos nos sistemas jurídicos internos de direito administrativo, assim como em nível global: transparência, participação e revisão são elementos centrais em todos eles. Essa tendência está refletida, por exemplo, no Painel de Inspeção, organizado pelo Banco Mundial para assegurar sua conformidade com as políticas internas; nos procedimentos de *notice-and-comment* adotados pelos padrões de controle internacionais, como os da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

⁶ Entretanto, veja também BENVENISTI. Exit and voice in the age of globalization. *Michigan Law Review*, v. 98, p. 167, 1999.

(OCDE);⁷ na inclusão das ONGs nos órgãos de regulação como a Comissão do Codex Alimentarius; ou em regras sobre a participação estrangeira nos procedimentos administrativos internos, como disposto na Convenção Aarhus.⁸ Nós arguimos que essa seja uma tendência geral dessa prática em direção a um direito administrativo global.

A busca da *accountability*, participação e transparência são desejáveis, em casos específicos, envolvendo questões que exercem grandes implicações (ver abaixo). *Accountability* pode dissipar a eficácia, participação pode resultar numa captação por interesses especiais, transparência pode significar o triunfo do populismo sobre a justiça. O *design* institucional é importante: pode robustecer a *accountability*, porém para as pessoas erradas ou para os tópicos errados. Enquadrando tais questões em termos descritivos, o direito administrativo global, como o entendemos, inclui mecanismos legais, princípios e práticas, além de suportar as crenças, que promove ou, do contrário, afeta a *accountability* dos organismos administrativos globais, em particular, porque assegura que esses órgãos encontrem padrões adequados de transparência, *consultation*,⁹ participação, racionalidade e legalidade, como também porque providencia a efetiva revisão das regras e decisões que esses organismos tomam. Descrevemos esse campo do direito como “global” tanto quanto “internacional” para refletir o entrelaçamento da regulação interna e internacional, a inclusão de uma série de acordos institucionais informais (muitos envolvendo proeminente participação de atores não estatais), bem como a fundação desse campo em práticas normativas, e fontes também normativas, que não estão totalmente incluídas num conceito padrão de direito internacional.

2. O potencial normativo e os problemas do direito administrativo global

Os artigos deste simpósio abordam a ideia de direito administrativo global, a partir das mais variadas perspectivas, porém todos eles lançam luz

⁷ Ver SALZMAN. Decentralized administrative law in the organization for economic cooperation and development. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, n. 3, p. 189, 2005.

⁸ Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisões e acesso à justiça em matéria de Ambiente, aprovada pela União Europeia. (N.T.)

⁹ Ato de troca de informações e opiniões sobre qualquer coisa para encontrar o melhor entendimento ou para tomar a melhor decisão, ou um encontro para esse propósito. (N.T.)

sobre questões normativas essenciais. O direito administrativo global produz, normativamente, resultados positivos e para quem? Quais são as bases normativas para as decisões, se a busca do direito administrativo global, em consonância com a governança global, é desejável ou indesejável em casos específicos? É desejável perseguir o direito administrativo global como uma agenda integrada, como abstração calculada para se alastrar e fazer conexões imprevisíveis entre um caso ou lugar e outro, aparentemente muito diferente daquele caso ou lugar? E é o modelo do direito administrativo adequado em circunstâncias de política e sociedade globais? Isso está além da nossa capacidade, nesse estágio, de dar respostas genéricas confiáveis; todas as contribuições para essas questões também contribuem para as respostas, entretanto, elas pintam um quadro complexo.

A. O melhoramento da *accountability* da governança global

Diversos artigos consideram o surgimento de mecanismos do direito administrativo global como geralmente promovendo importantes objetivos normativos, especialmente o melhoramento da *accountability* da governança global. No artigo sobre o Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, Michael Barr e Geoff Miller tomaram, essencialmente, uma posição utilitária ao acessar o trabalho do comitê.¹⁰ Na visão deles, a coordenação da regulação bancária nacional é necessária para evitar crise nos mais elevados sistemas financeiros globais integrados; essa coordenação não pode ser realisticamente entendida senão por negociações entre os líderes nacionais reguladores; e o processo da Basileia para o alcance desta coordenação tem sido aperfeiçoado pela adoção gradual dos mecanismos do direito administrativo global. Eles conhecem os problemas, porém argüem que o efeito geral desses mecanismos tem sido a formulação dos melhores padrões bancários e o bloqueio ou a modificação de algumas indesejáveis iniciativas normativas. Por enquanto, eles notam que os processos *notice-and-comment* nacionais e internacionais têm acarretado em modificação das propostas para o Acordo da Basileia II sobre adequação do capital, que pode sofrer danos ao emprestar para os pequenos empresários; e eles documentaram a eficiência funcional, em vários países, dos acordos, para variadas aplicabilidades, que no fim são concretizados no Acordo. Barr

¹⁰ BARR; MILLER. Global administrative law: the view from Basel. Nesse ponto, p. 15-46.

e Miller também veem a crescente informação e participação no Comitê da Basileia como inerentemente valiosas na sustentação da *accountability* e da legitimidade, e eles apontam, em especial, para os benefícios gerados pela interconexão entre os mecanismos de *accountability* nos planos interno e internacional. Ainda assim, eles reconhecem que a ampliação da participação, como tal, pode não levar a uma suficiente inclusão: no que se refere aos países em desenvolvimento, podem ser chamados mais do que meros procedimentos de *notice-and-comment*, sobretudo dado que os padrões da Basileia têm, particularmente, um grande impacto nesses países em conformidade com eles, pois é, muitas vezes, uma exigência para empréstimos das instituições financeiras internacionais.

Errol Meiding também vê, de um modo geral, um resultado positivo do uso do direito administrativo global em seu estudo sobre padrões de controle da silvicultura e certificação.¹¹ Ele localiza o processo iterativo, no desenvolvimento desse regime regulatório descentralizado, envolvendo campanhas de ONGs e boicotes de consumidores, a multiplicidade de padrões de controle de iniciativa privada desenvolvidos por grupos com um espectro orientado dos industrialistas para os ambientalistas, que se esforça em puxar, nessas diferentes direções, os reguladores estatais e os profissionais *experts* em silvicultura. Nesse caso, algumas convergências, como as que os grupos realizaram, necessitam de um acompanhamento mais detido no trabalho de cada um. Ele também notou a impressionante demora do equilíbrio entre padrões estabelecidos globalmente que trabalham para os mercados globais, mas que podem não estar atentos aos diferentes locais da floresta e as condições sociais, como padrões de nível empresarial ou padrões de nível nacional, que podem permitir muitas ações para o oportunismo e a dinâmica do poder local. Procedimentos de *notice-and-comment* no processo de elaboração das leis, assim como a contestação em particulares instâncias de certificação, têm contribuído para fortalecer a inclusão do complexo regime regulatório, e os acordos normativos de Meidinger, em termos de *accountability*, como uma tendência positiva, de um modo geral. Entretanto, atualmente, a sensibilidade para o grande aumento dos interesses está em grande parte relacionada mais com a competição entre os diferentes regimes do que com os procedimentos formais de participação, ponto alto do complexo de circunstâncias políticas para fazer o direito administrativo global efetivo.

¹¹ MEIDINGER. The administrative law of global private-public regulation: the case of forestry, nesta questão, p. 47-87.

Os maiores e mais explícitos defensores normativos e teóricos da elaboração do direito administrativo global podem ser encontrados no artigo de Terry Macdonald e Kate Macdonald, quem veem isso como uma parte da solução para os problemas da *accountability* democrática, onde os mecanismos eleitorais não estão disponíveis.¹² Eles identificam a necessidade por *accountability* em populações afetadas, em que o detentor do poder cause um impacto tão grande na autonomia e igualdade dos indivíduos que garanta a regulação democrática. Tanta *accountability* não pode ser eleitoral se o detentor do poder também não é diretamente eleito, em vez de delegado, por um ator eleito, com quem compartilha o mesmo eleitorado. Eles propõem dois requisitos essenciais para uma não eleitoral *accountability* democrática: transparência pública, pela qual estes importantes mecanismos possibilitem a pessoas interessadas saberem o que está sendo feito com o poder público; e a capacidade das pessoas afetadas em retirar poder de agentes políticos, com sanções, quando necessárias. Eles usaram esse critério tanto para interpretar as práticas existentes na indústria têxtil (focado, particularmente, nos trabalhadores, na Nicarágua, das indústrias adquiridas por empresários da Tailândia para marcas varejistas dos EUA), quanto para propor meios nos quais a *accountability* pode ser reformulada e amplamente desenvolvida. Eles pontuam que qualquer *accountability* depende tanto de uma clara especificação das atuações e responsabilidades quanto de modalidades industriais específicas, e que a retirada de poder de comércio dos agentes públicos, nessas indústrias, encontra sérios obstáculos, incluindo as lacunas entre as campanhas de sanções da ONG-led nos EUA e o conhecimento e interesses de atuais ou potenciais trabalhadores e sindicatos na Nicarágua. Assim, Macdonald e Macdonald veem o desenvolvimento não eleitoral da *accountability* como normativamente atraente e, quanto aos mecanismos dessa não eleitoral *accountability*, eles propõem sua adaptação para um maior número de controles institucionais; contudo, também apontam para os grandes desafios para sua realização no contexto específico da exportação na indústria têxtil.

¹²MACDONALD; MACDONALD. Non-electoral accountability in global politics: strengthening democratic control within the global garment industry, nesta questão, p. 89-119.

B. As fronteiras do direito administrativo global

O artigo de Macdonald e Macdonald também suscita sérias questões sobre as fronteiras do direito administrativo global. Por um lado, questiona se, em geral, qualquer distinção entre direito administrativo e direito público está garantida, num contexto em que a distinção entre governo (baseado diretamente na legitimidade eleitoral) e atores administrativos (apoiados nas mais indiretas bases de legitimidade) está obsoleta. Entretanto, com mais amplitude, o artigo sugere que essa distinção pode ter mais utilidade para o direito privado do que para o direito público, com a finalidade de inspiração. O direito privado pode ter grandes recursos para manter a responsabilidade dos atores privados descentralizada — atores que deveriam se manter responsáveis, porque no plano global são eles que exercem o “poder público”. Isso levanta a questão sobre se qualquer distinção entre direito público e privado deve ser mantida na ordem global, para espelhar debates similares na ordem jurídica interna dos países.

Gus Van Harten e Martin Loughlin, em seu artigo sobre arbitragem empresarial como direito administrativo global, insistem nessa distinção.¹³ Eles se mostram duvidosos de que “o poder de elaboração das normas ou práticas de regulação adotadas pelas organizações internacionais possuam tamanha autoridade para constituir sistemas distintos de direito administrativo”, porém veem valor em descrever, em termos de direito público, mecanismos internacionais que contenham ações administrativas estatais. Sendo desenvolvida rapidamente, desde os anos 1990, a arbitragem empresarial aparece como uma poderosa ferramenta para restringir a regulação interna, em particular, porque permite que indivíduos iniciem a revisão das ações estatais, sem a necessidade de esgotar os remédios internos, possibilitando a reivindicação de danos e, diretamente, fazer cumprir as decisões nos tribunais nacionais. Também se distingue da arbitragem comercial internacional, uma vez que se direciona mais para o exercício da autoridade pública dos Estados do que para um simples ato estatal sobre uma questão privada. Para Van Harten e Loughlin, ao usar a lente do direito administrativo, ressaltam a semelhança da arbitragem empresarial com os mecanismos internos de *judicial review*, revelando significativas tensões na estrutura dos procedimentos arbitrais,

¹³ VAN HARTEN; LOUGHLIN. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law, neste ponto, p. 121-150.

de origem privada, em contextos comerciais; por exemplo, suscita dúvidas quanto à adequação do sistema, que depende de árbitros com poucas salvaguardas de independência e imparcialidade. As lentes do direito administrativo não só permitem questões de direito público, genuinamente de primeiro plano, especialmente aquelas relacionadas com a justificação da revisão e a constituição de órgãos quase-judiciais envolvidos, como também questões relacionadas com o papel do interesse público em processos judiciais. Van Harten e Loughlin não assumem uma posição quanto à conveniência dos mecanismos de direito administrativo numa governança global, porém sua abordagem leva para potenciais *insights* ao adotar distintas perspectivas de direito administrativo.

C. Limites à universalidade

Algumas contribuições deste simpósio olham o crescimento do direito administrativo global com muito cuidado e estão particularmente cautelosas com a aplicação universal de alguns de seus elementos. Christopher McCrudden e Stuart Gross, por exemplo, veem uma complexidade considerável, no caso em que estudaram, quanto à interação entre as regras de aquisição governamentais da OMC e as dinâmicas internas na Malásia.¹⁴ A demanda do direito administrativo global por transparência nas aquisições governamentais e por mecanismos nos quais licitantes estrangeiros malsucedidos participem de contratos de concessão em tribunais locais ou cerimoniais administrativos tem sofrido resistência do governo malásio, que vê essas demandas como uma ameaça para sua política bumiputera,¹⁵ que manifestamente favorece a etnia malásia nas contratações do governo. Essa política tem sido parte de uma barganha social, na qual a etnia dos malásios chineses tem adquirido uma significativa posição econômica, mas não tem gozado de uma completa política de igualdade. Se as práticas contratuais do governo têm, de fato, beneficiado a maioria dos malásios, ou o país, não existe questionamento de que isto é um acordo feito “sob medida”, no qual se baseia a resposta. Tais contratações têm sido, em sua maioria, um sistema

¹⁴ MCCRUDDEN; GROSS. WTO government procurement rules and the local dynamics of procurement policies: a Malaysian case study, neste ponto, p. 151-185.

¹⁵ Bumiputera é um termo malaio, utilizado para denominar qualquer coisa original do arquipélago da Malásia. (N.T.)

de apadrinhamento político, associado à corrupção e ineficiência extrema; contudo, a península malásia também se beneficiou de substancial prosperidade generalizada, embora apareça desnivelada na maioria dos indicadores socioeconômicos e sem maiores recorrências dos aterrorizantes distúrbios raciais dos últimos anos 1960. Se os ganhos para a Malásia por abraçar a transparência e a revisão seriam alcançados, as possíveis perdas são questões de grande importância que não possuem respostas óbvias. O governo da Malásia insiste que a decisão está apoiada no sistema político interno, porém, como McCrudden e Gross pontuaram, a pressão internacional nesses países para mudar suas práticas de aquisição é enorme. Agora está muito difícil para um Estado integrar a OMC, como um novo membro, sem também ser requisitado a participar do “voluntário” plurilateral Acordo para Aquisições Governamentais da OMC, e a Malásia fez um duro *lobby* contra a negociação, bem como para o Acordo de “Transparência nas Aquisições Governamentais”, também da OMC, com medo de que o pacote de acordos requisitasse sua aderência. O caso é complexo, contudo, atesta que deve haver boas razões para rejeitar tais princípios, como transparência e revisão, em circunstâncias particulares, e que o direito administrativo global pode, no máximo, trazer as muitas limitadas alegações para um nível universal.

Carol Harlow analisa a exploração do potencial alcance do direito administrativo global com mais profundidade e procura descobrir as fontes e tradições subjacentes a ele.¹⁶ Ela identifica quatro potenciais fontes: princípios procedimentais e como eles emergem em sistemas de direito administrativo nacional; regras de valores legais e como elas são promovidas pelos proponentes do livre mercado e da economia liberal; bons valores governamentais, como os perseguidos pelas instituições de Bretton Woods; e valores de direitos humanos, em especial, *due process*. Dando ênfases diversas a esses diferentes tipos, bem como entre as tradições nacionais, ela acha difícil identificar elementos, suficientemente comuns dos princípios do direito administrativo, que formem o coração do direito administrativo global. Além disso, chama atenção para o direito administrativo, que nesta moderna forma é essencialmente uma construção ocidental, determinado por específicos fundamentos constitucionais, desdobrando para um nível universal os riscos não somente ao negligenciar outros valores sistêmicos, como também ao beneficiar poucos e fortes atores econômicos, em relação à população como um todo.

¹⁶HARLOW. Global administrative law: the quest for principles and values, neste ponto, p. 187-214.

Especialmente na situação socioeconômica dos países em desenvolvimento, os direitos que pedem revisão das ações governamentais podem eventualmente beneficiar somente aqueles que podem bancar os habilitados advogados, necessariamente para seu uso próprio.

D. Deixando espaço para a política?

O artigo de Harlow também levanta outro problema fundamental sobre o direito administrativo global, ou seja, que esse poderia diminuir o espaço da política em favor de mecanismos juridificados, limitando a democracia e estabelecendo uma “juristocracia” em troca. O mesmo ponto é retomado no artigo de Bronwen Morgan sobre a regulação dos serviços nas águas transnacionais.¹⁷ Morgan enxerga a regulação nessa área como formada por um iterativo processo de interações entre protesto ou política (o qual ela descreve como informal) e a esfera legal (o qual descreve como formal). Ela enfatiza que os serviços de águas das companhias multinacionais podem ser apontados ou utilizados por esse direito formal e por essas interações com a política; igualdade, consumidores de água e suas organizações misturam estratégias formais e informais para participação e voz. Companhias globais de água podem preferir fóruns administrativos, nos quais sua própria participação supera, e muito, a dos grupos de consumidores, tal como os tratados de arbitragem em negócios bilaterais, padrão de controle ISO, ou acordos de regulação-negociação com reguladores dos governos. Em contraposição, grupos de consumidores possuem grande dificuldade em circular entre os níveis interno e internacional; eles podem preferir processos de direitos econômicos e sociais, e ações coletivas, como os procedimentos de *amparo*, que poderiam fazer a balança pender para o seu lado. Tipos de direito administrativo possuem efeitos desiguais. E como ela notou: “o direito administrativo global está cada vez mais desafiando ou tornando rotineiro que o poder tenha a última palavra no controle das regras do jogo”. Assim, isto implica que o transtorno, mais do que a rotina, pode muitas vezes ser necessário para alcançar, normativamente, importantes objetivos, e que o processo de ordenação do direito administrativo, sozinho, pode não produzir

¹⁷ MORGAN. Turning off the tap: urban water service delivery and the social construction of global administrative law, nesta questão, p. 215-246.

resultados satisfatórios, mesmo que os resultados alcançados pelos transtornos, eventualmente, necessitem ser robustecidos por formas legais, a fim de que sejam equilibrados. Ela argumenta que este é o instável panorama do governo de regulação global e, em particular, segundo a perspectiva dos cidadãos de países em desenvolvimento, todos também muitas vezes marginalizados nestes fóruns, deixando espaço para uma política incontrolável, em vez de procedimentos fixos que podem continuar essenciais.

Espaço para política é também um tema central no artigo de conclusão deste simpósio, elaborado por Nico Krisch sobre o “pluralismo do direito administrativo global”.¹⁸ Krisch vê o formato dos mecanismos de *accountability* na governança global como determinado, de forma central, pelo concurso de diferentes eleitorados — nacional, internacional e cosmopolita — que, acima deles, deve permitir o controle regulatório de resultados. Esse concurso resulta num pluralismo de procedimentos e regimes que tenta estabilizar a *accountability* através de desafios mútuos, porém não constituindo um grande arco condensador sobre estes, num esquema hierarquicamente ordenado, como os sistemas internos de direito administrativo; em vez disso, nenhum dos eleitorados controla completamente os resultados da regulação, todavia, cada um pode, igualmente, concorrer com eles. Krisch descobre a origem da operação, de tal modelo pluralista, na governança do mercado internacional a partir dos organismos geneticamente modificados, examinando a interação entre a dinâmica e as regras da Organização Mundial do Comércio, o protocolo de Cartagena em Biossegurança e as leis da União Europeia. Ele argumenta que um modelo pluralista, “heterárquico”, pode ser mais adequado para o contexto da governança global do que um sistema de característica mais constitucionalista, onde é possível se abster de decidir importantes questões de princípios (quem deve ultimar a autoridade?), em vez de focar a prática acomodação e aproximação entre diferentes eleitorados em disputas e suas visões. Também nessa abordagem o espaço é mantido aberto e os procedimentos não são totalmente institucionalizados, a fim de refletir a abertura e a fluidez da hierarquia e da autoridade nas correntes políticas globais; ademais, a constitucionalização apareceria, provavelmente, para estabilizar e legitimar uma ordem, que é socialmente distante dessa estabilização e na qual as contínuas transformações ainda são uma questão central. Os mecanismos de *accountability*, modelados no direito administrativo

¹⁸ KRISCH. The pluralism of global administrative law, neste ponto, p. 247-278.

interno, podem ter dificuldades de encaixe nesses controles mais fluidos e, na construção de um direito administrativo global, com possibilidade de ter recursos para formas alternativas.

3. Desafios para os modelos clássicos de direito internacional

A governança global não se compatibiliza facilmente com as estruturas do clássico, entre Estados, modelo baseado no consenso do direito internacional: muito disto opera fora das tradicionais formas obrigatórias do direito. No entanto, a crescente institucionalização e o exercício de funções regulatórias num espaço global mudam o ambiente dessas formas tradicionais e, eventualmente, devem ter repercussões no momento de conceituar a ordem legal internacional. É cediço que os desafios colocados por elementos administrativos de cooperação internacional tenham atraído ondas de atenção em períodos anteriores, especialmente no século XX, senão, no final deste, transformando o entendimento geral sobre o direito internacional.¹⁹ Não obstante, as características da governança regulatória global e do direito administrativo global agora estimulam a reflexão de ideias ortodoxas da ordem legal internacional: a distinção entre direito interno e internacional, as bases da legitimidade do direito internacional, a igualdade soberana dos Estados e a doutrina das fontes.

A confusa distinção entre direito interno e internacional. No espaço administrativo global, a linha que separa as ordens interna e internacional é, muitas vezes, indistinta. Reguladores se juntam em instituições globais e definem padrões, que depois são adotados dentro de suas atribuições internas; e indivíduos ou entidades privadas que são, muitas vezes, os reais destinatários desses padrões globais os seguem, mesmo que o regulador que tenha se encarregado não pratique o ato formal de adoção legal desses padrões. Indivíduos ou entidades privadas são, em alguns casos, sujeitados diretamente às decisões internacionais obrigatórias; e os tribunais internos estão, talvez, começando a fazer valer grandes poderes de revisão em relação às ações de regulação global. Assim, as funções de ordem desempenhadas pela dicotomia entre interno/internacional, no direito internacional, podem se tornar mínimas.

¹⁹ Ver Kingsbury, Krisch e Stewart, *supra* nota 2, p. 19-20.

Os questionamentos sobre a legitimidade do direito internacional. A separação entre direito interno e internacional significou por muito tempo o limite da legitimidade demandada no direito internacional. Estados podiam organizar suas instituições internas de acordo com suas variadas e amplas visões divergentes sobre a ordem política; e a ordem internacional podia, em princípio, basear-se no consenso dos vários Estados.²⁰ Uma vez que o nacional e o transnacional ou internacional se entrelaçam, contudo, essa divisão de trabalho se torna difícil de se manter. O reduzido papel do consentimento, como a necessidade de ratificação e adoção interna, perdeu importância na regulação global.²¹ E, desde que a ordem global aumentou o desempenho de funções estatais tradicionais, os governos dos Estados, isoladamente e em grupos mobilizados, tentam ter o exercício dessas funções, governados por suas próprias ideias de justiça política. Em questões mais específicas, nenhum modelo interno, de forma isolada, poderá determinar completamente o formato da ordem global. A discussão de Carol Harlow sobre as diferenças entre tradições do direito administrativo leva para a provável luta em combinar abordagens híbridas, comparável, em termos técnicos, aos recentes esforços para habilitar direitos em tribunais criminais internacionais, porém com alcance muito mais profundo na vida socioeconômica e no engajamento com variados regimes de regulação.

A atenuação da igualdade soberana. O surgimento do direito administrativo global cria problemas para muitos países em desenvolvimento. Na tradicional elaboração do direito internacional por tratados e pelo costume, a igualdade soberana reconcilia o *status* de uma igualdade formal com a diversidade de poderes díspares. Quando as instituições globais exercem suas funções regulatórias de grande influência, contudo, essa reconciliação se torna precária; os mais poderosos atores são reflexos das formais, bem como informais, regras institucionais.²² Essa desigualdade é ampliada com a incorporação dessas regras, não obrigatórias, de uma instituição no regime interno da outra; e pela capacidade de muitas instituições irem além de seus próprios membros, tal como nos atos da Financial Action Task Force, dirigidos explicitamente para mudanças nas práticas dos Estados não

²⁰ Ver KINGSBURY. Sovereignty and inequality. 9 *EJIL*, v. 9, p. 599, 1998.

²¹ Ver também WEILER. The geology of international law — governance, democracy and legitimacy. *ZaöRV*, v. 64, p. 547, 2004.

²² Ver também CHIMNI. International institutions today: an imperial global state in the making. *EJIL*, v. 15, p. 1, 2004.

membros.²³ Essa desigualdade poderia ser mitigada, em certa medida, por direitos de participação e revisão adotados pelos Estados afetados, porém a real igualdade é improvável de ser garantida por estes métodos, como Barr e Miller notaram em relação ao Comitê da Basileia.²⁴

Novas fontes e sujeitos no direito internacional. As regras da regulação global e do direito administrativo global aumentaram de forma considerável, a partir de fontes que não são usualmente utilizadas como fontes de direito internacional. Transparência, participação e revisão são, muitas vezes, baseadas em princípios que se originam de forma ampla das práticas institucionais ou regras intrainstitucionais. Muitas regras e práticas relevantes são geradas, primariamente, em estruturas de regulação transnacional pública-privada ou puramente privadas, como mostra o trabalho de Errol Meidinger nos padrões da floresta. Combinada com outras fontes “não obrigatórias”, produzidas por processos intergovernamentais, tais regras e práticas podem, em muitos casos, ser um relevante material para os tribunais internacionais, quando são requisitados para tomar uma decisão. As agências administrativas nacionais e os órgãos jurisdicionais possuem um importante papel na articulação de novos princípios ou seu desdobramento, como ilustrado neste simpósio, na discussão de Nico Krisch sobre os desafios das listagens obrigatórias de indivíduos controladas por resoluções antiterrorismo do Conselho de Segurança da ONU, e na discussão de Bronwen Morgan sobre direitos dos consumidores em litígios com companhias de água.²⁵ A doutrina das fontes do direito internacional, centrada no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não trata muito bem desses tipos. Em raros casos, as práticas podem ser extensas o suficiente para formar as bases dos princípios gerais do direito; entretanto, na maioria dos casos, os advogados internacionais considerarão estas práticas como estando fora do âmbito do direito internacional. Porém, como tais formas não padronizadas de elaboração de normas têm se tornado muito influentes e, de fato, prevalecem em algumas áreas, tem-se por insatisfatória a falta de melhores análises sobre elas do que *non-law*.²⁶ Ao mesmo tempo,

²³ Ver também KRISCH. More equal than the Rest? Hierarchy, equality and US predominance in international law. In: BYERS, M.; NOLTE, G. (Ed.). *United States hegemony and the foundations of international law* (2003:149-159, 135).

²⁴ Sobre este ponto CHIMNI. Cooption and resistance: two faces of global administrative law. *IIIJ Working Paper* 2005/16, disponível em: <www.ijl.org/papers/2005.16Chimni.htm>.

²⁵ Para um enfoque inicial sobre a fundamentação do “direito internacional administrativo”, tanto no direito interno quanto no direito internacional, ver NÉGULESCO. *Principes du droit international administratif*. *RdC*, v. 51, p. 592-599, p. 579, 1935.

²⁶ Ver também Alvarez, supra nota 3, p. 588-601.

muitas questões sobre seus *status* emergem: podem elas ser incluídas num renovado conceito de *jus gentium*?²⁷ Importa que elas possam ter frágeis bases de legitimidade porque são baseadas em frágeis procedimentos internos e na sua frequente falta de aceitação geral? Desta forma, que posição deve ser acordada pelo *mélange* de atores para produzir tais normas? Essas dificilmente podem ser confinadas numa discussão formal de sua importância no direito internacional; nem podem ser consignadas, simplesmente, nas inexploráveis esferas do informal, relevante somente para a sociologia, a ciência política ou a economia.

Em direção a um direito público global? Dadas essas questões, é improvável que a visão tradicional do direito internacional, como essencialmente uma ordem contratual entre Estados iguais, seja até mesmo teoricamente viável; ainda mais se, sob o paradigma contratual, outras formas de elaboração de normas, que não os tratados e os costumes, somente possam ser tratadas como delegação ou *non-law*. Dada a diversidade de tipos de leis ou processos de elaboração de normas, a importância de vários tipos de instituições para essa diversidade e o agravamento da nebulosidade na linha entre direito interno e internacional são pontos necessários para se investigar se um novo direito público global está emergindo. Alguns argumentam que todas as formas de elaboração do direito e regulação, na governança global, são exercícios de direito público, e tentam teorizar seus *status*, efeitos e limites, com fundamento em que qualquer exercício de poder público demanda uma particular justificação pública, mesmo que isso não produza leis obrigatórias ou decisões. Outros duvidam que os conceitos essenciais de direito público sejam adequados para os complexos e variados regimes regulatórios globais dos tipos referidos em muitos desses artigos. Trabalhar no direito administrativo global, do estilo apresentado neste simpósio, pode providenciar uma fundação para esta vasta investigação.

²⁷ Ver KINGSBURY. Omnilateralism and partial international communities: contributions of the emerging global administrative law. *Journal of International Law and Diplomacy*, v. 104, p. 98, 2005. Ver também Kingsbury, Krisch and Stewart, *supra* nota 2, p. 29-31.