Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização*

*Transnational legal approaches to administrative law: conceptualizing public contracts in globalization***

Stephan W. Schill ***

* Artigo recebido em 2 de julho de 2014 e aprovado em 24 de julho de 2014. Publicado originalmente em inglês com o título "Transnational legal approaches to administrative law: conceptualizing public contracts in globalization" na *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, jan./mar. 2014. Traduzido por Thalia Cerqueira.

* Uma versão preliminar deste artigo foi apresentada no seminário conjunto do Instituto de Pesquisa sobre Administração Pública (Irpa) e da New York University's Jean Monnet Center "Toward A Multipolar Administrative Law" (Nova York, 9 a 10 set. 2012). O artigo foi escrito com apoio do subsídio European Research Council Starting Grant intitulado "Transnational Private-Public Arbitration as Global Regulatory Governance: Charting and Codifying the Lex Mercatoria Publica" (LexMercPub, Subsídio nº 313355).

* Professor de Direito Internacional e Econômico, e Governança, da Universidade de Amsterdã. Universidade de Amsterdã, Amesterdã, Holanda. Email: s.w.b.schill@uva.nl.

RESUMO

O advento da globalização confere desafios à teoria do direito administrativo. Esses desafios consistem na crescente incongruência entre o direito administrativo e o Estado-nação, na estrita interação contínua e, algumas vezes, fusão, de ações e leis administrativas domésticas e internacionais, além da ampla dissolução da divisão público-privada, da contribuição de atores privados junto à administração pública, e da migração de ideias do direito administrativo pelas ordens jurídicas. O direito administrativo é então colocado em um espaço jurídico transnacional e se torna sujeito a processos transnacionais jurídicos. Isso possui repercussões também na teoria do direito administrativo, caso a meta dessa teoria seja promover um quadro geral para reflexão sobre o direito administrativo, sempre e onde quer que a ação administrativa ocorra, incluindo momentos de crescente distanciamento do direito administrativo entre as fontes jurídicas domésticas e as instituições públicas. Essa teoria, argumenta o artigo, deveria ter uma perspectiva transnacional que abranja leis domésticas e internacionais, e envolvam a ideia de que, tanto os atores e instrumentos públicos, quanto os privados contribuem para a geração de normas no direito administrativo. O artigo ilustra a ideia de um direito administrativo transnacional por meio da observação da legislação e que provenha da cooperação entre administrações e atores privados através de contratos (públicos), tais como parcerias público-privadas, contratos de concessão ou contratos de Estado.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos públicos - parcerias público-privadas - globalização - direito transnacional

ABSTRACT

The advent of globalization poses challenges to the theory of administrative law. These challenges consist in the growing disconnect between administrative law and the nation-state and the continuously close interaction, and at times fusion, of domestic and international administrative law and action, but also in the incremental dissolution of the public-private divide, the contribution of private actors to public governance, and the migration of administrative law ideas across legal orders. Administrative

law is thereby placed in a transnational legal space and becomes subject to transnational legal processes. This also has repercussions for the theory of administrative law if the goal of such a theory is to provide an overarching framework for thinking about administrative law whenever and wherever administrative action occurs, including in times of increasing detachment of administrative law from domestic legal sources and domestic public institutions. Such a theory, the article argues, should take a transnational outlook that overarches domestic and international law and encompasses the idea that both public and private actors and instruments contribute to norm-generation in administrative law. The article illustrates the idea of a transnational administrative law by looking at the law governing, and emerging from, cooperation between administrations and private actors through (public) contracts, such as public-private partnerships, concession agreements, or state contracts.

KEYWORDS

Public contracts - private-public partnerships - globalization - transnational law

1. A ideia do Estado-nação como unidade exclusiva da governança perde espaço, enquanto o direito administrativo se torna cada vez mais presente na arena de debates. Em tempos de globalização, ele está expandindo suas fronteiras em diversos sentidos.[1] Em *primeiro lugar*, nas últimas décadas, o direito administrativo ampliou seu objeto de estudo para outras áreas,

---

[1] Para uma visão geral sobre as mudanças que o direito administrativo está passando, com base em uma perspectiva norte-americana, ver STEWART, R. B. Administrative law in the twenty-first century. *New York University Law Review*, v. 78, p. 437, 2003; para uma perspectiva alemã, GRIMM, D. *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012; SCHMIDT-AßMANN, E. Internationalisierung des Verwaltungsrechts — Einwirkungspfade und Rechtsprobleme. In: H. BAUER, H.; CZYBULKA, D.; KAHL, W.; VOßKUHLE, A. (Ed.). *Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat*. Festschrift für Reiner Schmidt. Munique: C. H. Beck, 2006. p. 149; Id. Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen. *Der Staat*, v. 45, p. 315, 2006; a partir da perspectiva francesa, ver AUBY, J.-B. La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. *L'actualité juridique — Droit administratif AJDA*, v. 57, p. 912, 2001; Id. Globalisation et droit public. In: ____. *Gouverner, administrer, juger*. Liber amicorum Jean Waline. Paris: Dalloz, 2002. p. 135; e a partir da perspectiva italiana, ver CASSESE, S. New paths for administrative law: a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, p. 603, 2012.

como regulação da energia, telecomunicações, segurança alimentar, saúde, migração, emprego, antitruste, concorrência e regulamentação do mercado financeiro; e continua a avançar conforme surgem as recentes discussões sobre *fracking*, captura e armazenamento de carbono ou geoengenharia. Em *segundo lugar*, o direito administrativo descobriu modos e instrumentos inéditos de governança, como informações, indicadores e incentivos fiscais,[2] além de arranjos contratuais, como as parcerias público-privadas (PPPs) e licitações.[3] E em *terceiro lugar*, o direito administrativo adentrou o espaço jurídico transnacional com as agências nacionais reguladoras do comportamento extraterritorial, lidando com a responsabilidade corporativa ou ambiental em investimentos e comércio estrangeiro;[4] com as agências nacionais de cooperação entre fronteiras, por meio do compartilhamento de informações ou da implementação de projetos conjuntos;[5] e com instituições internacionais e junto com o direito internacional, executando funções administrativas e submetendo-se à análise de ferramentas do direito administrativo, como acontece no Comitê da Basileia, na Agência Internacional de Energia Atômica (Aiea), no Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) ou nos bancos de desenvolvimento multilateral.[6] Tudo isso levou a uma expansão impressionante do direito administrativo, em parte, dentro, mas, acima de tudo, para além do Estado-nação.

Ao mesmo tempo, a teoria do direito administrativo vive uma crise.[7] O alargamento do objeto de estudo do direito administrativo, a utilização de novos instrumentos, a cooperação entre agentes públicos e privados, a ascensão de atores administrativos nos níveis supranacionais e internacionais, e a interação entre direito nacional e internacional começaram a corroer os

---

2 Ver *e.g.* DAVIS, K. E.; FISHER, A.; KINGSBURY, B.; MERRY, S.E. (Ed.). *Governance by indicators*: global power through quantification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012.

3 Ver *e.g.* HODGE, G. A.; GREVE, C.; BOARDMAN, A. E. (Ed.). *International handbook on public-private partnerships*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010; ARROWSMITH, S.; DAVIES, A. (Ed.). *Public procurement*: global revolution. Londres: Kluwer Law International, 1998.

4 Ver MUCHLINSKI, P. *Multinational enterprises and the law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 125 e ss.

5 Ver *e.g.* AUDIT, M. *Les conventions transnationales entre personnes publiques*. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 2002; KOTZUR, M. *Grenz-nachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa*. Berlim: Duncker & Humblot, 2004; KMENT, M. *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; GLASER, M. *Internationale Verwaltungsbeziehungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

6 Ver KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. B. The emergence of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, p. 15, 2005; MÖLLERS, C.; VOßKUHLE, A.; WALTER, C. (Ed.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007; TIETJE, C. *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*. Berlim: Duncker & Hum-blot, 2001.

7 Sobre os problemas identitários do direito público, ver Grimm, nota supra 1.

dois paradigmas fundamentais que tradicionalmente alicerçam o direito administrativo e sua teoria: *primeiro*, a hierarquia (ou comando e controle) como um modelo de ordenamento interno e externo para as relações do direito administrativo e um método de governança; e, o *segundo*, a ligação intrínseca entre a ação administrativa, o Estado e o direito nacional. Ambos os elementos estão se dissolvendo com o surgimento de formas não hierárquicas de governança e de ações administrativas que não estão vinculadas ao território e ao direito nacional de um determinado Estado. Isso põe em xeque os principais critérios que tradicionalmente definem o direito administrativo: sua diferença com o direito privado enquanto uma ordem horizontal pautada no consenso entre atores com os mesmos direitos; sua diferença com os ordenamentos jurídicos administrativos de outros Estados; e sua diferença com o direito internacional.[8]

Tal desenvolvimento suscita a dúvida sobre quais são as características típicas e particulares do direito administrativo hoje em dia. O que fica evidente é que o direito administrativo, de uma perspectiva global, não pode ser interpretado em torno da ideia de um centro monolítico ou de um ápice de uma estrutura piramidal; ao contrário, ele precisa ser dissociado de suas bases nacionalistas. Além disso, precisamos nos perguntar como uma disciplina do direito administrativo pode ser enquadrada de forma a não ser entendida como uma disciplina do direito administrativo inglês, francês, alemão, italiano ou norte-americano, mas que tenha uma visão global e que lide com a administração e com o direito administrativo como um fenômeno de diferentes níveis de governança, envolvendo atores multifacetados, dentro e fora do Estado-nação. Em outras palavras, qual é a identidade do direito administrativo quando a ação administrativa se dá em um espaço administrativo aparentemente fragmentado, porém global, com base em várias fontes jurídicas e instituídas, muitas vezes cruzando fronteiras, por atores que não estão coordenados verticalmente por meio de uma hierarquia, ou horizontalmente, mediante a compartimentação de sua autoridade em unidades territoriais definidas? Nessas circunstâncias, quais são as possíveis molduras disponíveis para enquadrar a identidade e a unidade do direito administrativo na era da globalização?

Certamente, o estudo comparativo das origens comuns dos direitos administrativos em diferentes países e a integração do direito internacional e

---

[8] Ibid., 28 e ss.

supranacional no pensamento sobre direito administrativo são cruciais para "reestabelecer algum tipo de perspectiva unitária e sistemática sobre o direito público como um todo".[9] Além disso, não devemos nos ater apenas ao exercício da autoridade pública pelos agentes públicos e às mudanças do direito administrativo nos processos jurídicos internacionais e supranacionais. Também é preciso levar em conta a dissolução gradual da divisão entre público e privado e a maior interação entre os agentes públicos e privados na governança pública. Acredito que uma nova teoria do direito administrativo que consiga enquadrá-lo como um objeto e disciplina globais deve adotar uma perspectiva jurídica transnacional, ou seja, deve estar aberta para o direito comparativo, para a evolução jurídica internacional e supranacional, da forma como ela é em relação ao impacto do direito privado, dos agentes privados e da sua ação na produção de normas na área das relações administrativas e do direito administrativo.[10] Dessa forma, o direito administrativo não é uma questão exclusiva da cultura e do direito nacional — e, portanto, não está compartimentado em diferentes setores territoriais —, mas se trata de uma disciplina voltada para a infraestrutura jurídica que viabiliza e restringe a ação da governança pública em um mundo onde as fronteiras tornaram-se cada vez mais permeáveis e onde a *accountability* perante os afetados se faz necessária.

Uma abordagem jurídica transnacional sobre o direito administrativo exige a elaboração de uma teoria do direito administrativo que supere tanto a divisão entre nacional e internacional quanto a divisão entre público e privado, e desenvolva o direito administrativo como uma disciplina que ultrapassa essas fronteiras disciplinares básicas. Tal abordagem jurídica transnacional explica o fato de que uma teoria do direito administrativo não pode mais ser vinculada ao Estado, além de esclarecer por que a natureza do direito administrativo não pode ser entendida apenas por suas fontes nacionais. Em vez disso, tal abordagem segue uma análise funcional das relações sociais e da interação entre público e privado sempre e a qualquer momento que a ação administrativa se realiza. Uma abordagem jurídica transnacional não coloca as fontes do direito administrativo ou de instituições específicas no centro de uma teoria do direito administrativo, mas concentra-se nas funções

---

9 CASINI, L.; CASSESE, S.; NAPOLITANO, G. The new Italian public law scholarship. *Int'l J. Const. L.*, v. 9, p. 301, 309, 2001.

10 De fato, nem todas as atividades dos agentes privados são relevantes nesse contexto (caso contrário, não haveria nenhuma diferença significativa em relação ao direito privado), mas elas importam conforme os agentes privados estão integrados através de mecanismos de cooperação na execução de funções públicas.

e nos instrumentos jurídicos utilizados para implementar a governança administrativa.

Uma abordagem transnacional para o direito administrativo não buscaria apenas a semelhança dos princípios e regras do direito administrativo por meio das fronteiras e em diversos níveis da administração, mas insistiria na necessidade de estudar e praticar o direito administrativo, mesmo em um cenário em aparência puramente nacional, considerando as interconexões dos diferentes espaços administrativos e a forma como as ideias e os conceitos do direito administrativo atravessam fronteiras e os níveis nacionais, regionais e internacionais, e como elas se desenvolvem na interação entre agentes públicos e privados.[11] Nessa perspectiva, o direito administrativo não é construído de forma completamente autônoma dentro dos limites de uma estrutura piramidal nacional, mas se desenvolve e é aplicado dentro de uma trama de pensamento do direito administrativo que está se tornando cada vez mais desterritorializada e voltada para a administração como um fenômeno social independentemente de fontes e instituições específicas. Assim, a identidade do direito administrativo não consiste em um centro ou ápice, um paradigma refletido no foco sobre as fontes, competências e organização administrativa nacionais, mas se trata de uma estrutura unificadora da pluralidade de fenômenos administrativos, sendo também um viés interpretativo dessa mesma pluralidade.

Para ilustrar tal abordagem jurídica transnacional sobre o direito administrativo, usarei como exemplo uma forma cada vez mais importante da ação administrativa: a cooperação entre as administrações e os agentes privados por meio de contratos (públicos), como as PPPs, contratos de concessão ou contratos estatais. Essa área é particularmente propícia para ilustrar o pensamento jurídico transnacional no direito administrativo, não apenas por evidenciar o impacto das instituições supranacionais e internacionais e suas respectivas leis sobre a legislação nacional dos contratos públicos; ela também revela dissolução da divisão entre público e privado, e o desafio concomitante à hierarquia como paradigma central de ordenação do direito administrativo, pois o direito dos contratos públicos e a contratação pública são profundamente influenciados por agentes privados que atuam como partes

---

[11] Sobre o conceito subjacente dos processos jurídicos transnacionais como "processos pelos quais essas normas são elaboradas, desenvolvidas e transmitidas, [e que] sempre enfrentam processos nacionais e locais que podem vetar, adaptar, traduzir ou apropriar uma norma jurídica transnacional e incentivar sua reavaliação", ver SHAFFER, G. Transnational legal process and State change. *Law & Social Inquiry*, v. 37, p. 229, 230, 2012. Ver também KOH, H. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 182, 1996.

contratantes, financiadores ou garantes, mas também como aqueles que elaboram normas.

Enquanto os instrumentos contratuais não recebem muita atenção na teoria do direito administrativo, que é construída basicamente sobre a ação administrativa unilateral,[12] uma teoria abrangente do direito administrativo precisa incluí-los de forma apropriada. Um dos objetivos deste artigo é mudar o foco tradicional sobre a ação unilateral, tendo em mente a importância prática, mas também estrutural, dos instrumentos de ordem horizontal no direito administrativo. Outro objetivo é entender que o direito administrativo não se desenvolve mais em um ambiente puramente nacional, mas que ele próprio e as ideias que o circundam são produzidos em processos que cada vez mais diminuem a distância entre as diferentes ordens jurídicas nacionais, entre o direito nacional e o direito internacional, e entre os agentes públicos e privados. Isso ilustra a necessidade de abordar o direito administrativo como parte de uma estrutura transnacional.

Nesse contexto, primeiro farei uma análise mais aprofundada dos desafios que o direito administrativo está enfrentando, que inviabilizam a elaboração de uma teoria unificadora do direito administrativo com base em um modelo centrado no Estado e na fonte. Em vez disso, pretendo argumentar que a nova estrutura e a amplitude do direito administrativo de hoje em dia são mais bem capturadas por uma abordagem jurídica transnacional sobre o direito administrativo voltada para os agentes e para os instrumentos que esses agentes usam (seção 2). Em seguida, me debruçarei sobre o exemplo dos contratos públicos como ilustração prática da necessidade dessa abordagem transnacional sobre o direito administrativo (seção 3). E na seção 4 concluirei minha argumentação.

2. Se a missão de uma teoria unificadora do direito administrativo é captar o direito administrativo em seu senso lato, ela deve começar, e

---

[12] Ver as obras clássicas sobre direito administrativo, por exemplo, MAURER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. ed. Munique: C. H. Beck, 2011 (os contratos públicos são abordados em aproximadamente 50 páginas, em comparação com mais de 160 páginas sobre atos administrativos unilaterais); CRAIG, P. *Administrative law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2012 (os contratos públicos são discutidos em apenas 39 páginas (cap. 5) em comparação com os atos administrativos unilaterais, discutidos na maioria do livro dentro do contexto de impugnação judicial (caps. 12 a 30)); LAWSON, G. *Federal administrative law*. 4. ed. Minnesota: Thomson/West, St. Paul, 2007 (trata apenas das funções legislativas (*rulemaking*) e judiciais (*adjudication*) e nada fala sobre os contratos aprovados pela administração). Uma possível exceção acontece na França, onde os contratos públicos são mais visitados na literatura jurídica; ver, por exemplo, WALINE, J. *Droit administratif*. 24. ed. Paris: Dalloz, 2012 (trata dos atos unilaterais em 47 páginas e dos contratos aprovados pela administração em 34 páginas; contudo, a discussão sobre impugnação judicial na França também se concentra principalmente na ação administrativa unilateral).

depois responder, por uma análise das mudanças estruturais que desafiam a conceituação tradicional do direito administrativo como algo vinculado ao Estado. Afinal, no início, era a abordagem sobre o direito administrativo pautada no Estado e em um direito estatal que conseguia assegurar a unidade do direito administrativo e circunscrever sua identidade a uma disciplina jurídica nacional. Essa orientação está desaparecendo devido à dissolução das fronteiras tradicionais do direito administrativo em um espaço jurídico transnacional (2.1). Ao mesmo tempo, novas abordagens teóricas e conceituais sobre o direito administrativo têm surgido, analisando esses desafios e desenvolvendo novas teorias (2.2). Enquanto todas as abordagens capturam facetas importantes do direito administrativo na era da globalização, elas não traduzem de forma abrangente todas as mudanças estruturais, como também não buscam elaborar uma teoria universal para o direito administrativo. Ao contrário, apenas uma abordagem jurídica transnacional sobre o direito administrativo é capaz de oferecer uma perspectiva abrangente e uma base sólida para esse tipo de teoria (2.3).

2.1 A globalização, a privatização e os novos instrumentos de governança estão trazendo mudanças essenciais de nível institucional e estrutural aos paradigmas de ordenação tradicional do direito administrativo, que são, por um lado, a hierarquia (ou comando e controle) como um princípio das relações do direito administrativo e um método de governança e, por outro lado, a conexão intrínseca entre direito administrativo e direito nacional. Nesse sentido, a globalização leva à dissolução das categorizações mais fundamentais utilizadas para estruturar e definir áreas do direito ou mesmo toda a ordem jurídica, especialmente as dicotomias do direito nacional e internacional, por um lado, e as do direito público e privado, por outro. Assim, a globalização insere o direito administrativo em um espaço jurídico transnacional. Esse processo pode ser observado por todos os advogados administrativos em todo o mundo, e pode ser descrito em três dimensões: a *primeira*, a dissolução das fronteiras verticais entre o direito nacional e o direito internacional; a *segunda*, a dissolução das fronteiras horizontais entre diferentes ordens jurídicas administrativas nacionais; e a *terceira*, a dissolução da fronteira entre direito público e direito privado, que cruza em diagonal as outras duas distinções ora mencionadas.[13]

---

[13] Entendo a fronteira entre público e privado como uma diagonal, pois o impacto dos agentes privados e do direito privado pode se dar a partir de dentro da ordem jurídica administrativa

Sobre a primeira dimensão, hoje o direito administrativo nacional se vê às voltas com a crescente influência de fontes jurídicas que não têm origens nacionais, mas que pressionam o direito nacional de fora.[14] Isso pode ser perceptível em uma mudança na legislação aplicável (do nacional para o não nacional), como na aplicação direta da legislação da União Europeia por parte das administrações nacionais.[15] Mas mesmo em um cenário que aparenta ser puramente nacional, é possível que haja aspectos transnacionais relacionados à linhagem da legislação aplicada. A legislação da União Europeia, por exemplo, exige que os processos administrativos nacionais sejam aplicados de forma indiscriminada aos casos nacionais e internos à UE de forma que o direito administrativo nacional não seja um obstáculo à aplicação efetiva do direito da União Europeia.[16] Da mesma forma, muitos tratados internacionais exigem a adaptação do direito administrativo nacional aos requisitos internacionais. Por exemplo, a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente transformou o direito e o processo administrativo ao conceder à sociedade direitos à informação, participação e acesso à justiça perante os processos de tomada de decisão relacionados a questões ambientais;[17] e o art. XVI:4 do Acordo da OMC exige que os membros

---

nacional em questão; ele pode resultar do direito privado de uma jurisdição interna estrangeira; mas também pode advir de agentes constituídos sob o direito internacional, que atuam como agentes privados e realizam funções tipicamente privadas, tais como as organizações internacionais que financiam ou dão garantia a projetos de infraestrutura, como bancos comerciais ou seguradoras, ou que atuam junto com agentes comerciais, como é o caso da Agência de Garantia de Investimento Multilateral ou da Corporação Financeira Internacional (IFC), ambas afiliadas do Grupo Banco Mundial. Por outro lado, os agentes nacionais ou internacionais podem utilizar instrumentos ou veículos do direito privado para realizar suas tarefas públicas, como acontece com o Fundo Global para a Aids. Todos esses exemplos mostram que a divisão entre público e privado perpassa o direito nacional, internacional e estrangeiro; é por isso que ela é entendida como uma diagonal para efeitos do presente artigo.

14 Ver, em geral, CASSESE, S. Global standards for national administrative procedures. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, p. 109, 2005.

15 Ver *Fratelli Costanzo* v. *Comune di Milano,* 22 jun. 1989, CJEU, Case 103/88, ECR 1989, 1839. 31 ("o indivíduo também precisa ter o direito de contar com uma diretiva aplicável diretamente às negociações com as autoridades administrativas do Estado"); *Kühne & Heitz*, 13 jan. 2004, Case C-453/00, ECR 2004, I-837. 20 ("todas as autoridades dos Estados-membros deverão garantir a observância das normas de direito comunitário no âmbito de sua competência").

16 Ver *Deutsche Milchkontor* v. *Germany,* 21 set. 1983, CJEU, joint cases 205-215/82, ECR 1983, 2633. 19. Ver também DANWITZ, T. von. *Europäisches Verwaltungsrecht*. Berlim: Springer, 2008. p. 483 e ss.

17 Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, aberta à assinatura em 25 de junho de 1998, 2161 U.N.T.S. 447. Ver também FISCHER-LESCANO, A. Transnationales Verwaltungsrecht. *Juristenzeitung*, v. 63, p. 373, 2008.

da OMC "assegurem a conformidade das suas disposições legislativas, regulamentares e procedimentos administrativos" com o direito da OMC.[18] Mas o direito público estrangeiro também pode impactar a forma como as administrações nacionais agem, por exemplo, quando o reconhecimento dos atos administrativos estrangeiros está em questão.[19]

Sobre a segunda dimensão, o direito administrativo enfrenta uma proliferação de agentes que assumem funções na governança administrativa. Em nível internacional, há um aumento na conduta por parte das instituições internacionais que pode ser traduzido na execução de tarefas administrativas. Por exemplo, a Organização para a Cooperação Econômica e o estudo sobre Desenvolvimento do Pisa podem ser entendidos como uma governança administrativa pela informação.[20] Os atos de administrações estrangeiras, ou os interesses daqueles que vivem no exterior, também se tornaram cada vez mais relevantes e penetraram a fronteira horizontal entre os diferentes ordenamentos jurídicos administrativos nacionais. Esse é o caso, por exemplo, se as avaliações de impacto ambiental têm que considerar os interesses das pessoas que vivem em jurisdição vizinha.[21] A concessão de direitos de mineração no território sob administração ou ocupação estrangeira pode ser mais um caso de atores estrangeiros que influenciaram a atividade administrativa e o direito administrativo nacional,[22] assim como a administração transfronteiriça conjunta de instalações de infraestrutura, como um aterro de resíduos ou uma estação de processamento de águas servidas. Por fim, a privatização é um exemplo de tarefas administrativas que estão sendo delegadas a agentes privados que, por sua vez, se tornam agentes engajados na execução de funções administrativas.

---

[18] Acordo de Marrakesh que criou a Organização Mundial do Comércio, 1867 U.N.T.S. 154. Ver também ALA'I, P. From the periphery to the center? The evolving WTO jurisprudence on transparency and good governance. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 779, 2008.

[19] Ver WENANDER, H. Recognition of foreign administrative decisions. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 71, p. 755, 2011.

[20] VON BOGDANDY, A.; GOLDMANN, M. Taming and framing indicators: a legal reconstruction of the OECD's Programme for International Student Assessment (Pisa). In: Davis et al., nota supra 2, p. 52. Ver também mais informações gerais sobre instituições internacionais que realizam tarefas administrativas nos estudos de caso apresentados em VON BOGDANDY, A. et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

[21] Ver, por exemplo, o caso que deu fundamentos à disputa em *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay)*, 20 abr. 2010, ICJ, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, 14. 203 e ss.

[22] Ver *e.g.* Case HCJ 2164/09, 26 dez. 2011, Israel Supreme Court. Tradução em inglês disponível em: <www.yesh-din.org/userfiles/file/%D7%94%D7%9B%D7%A8%D7%A2%D7%95%D7%AA%20%D7%93%D7%99%D7%9F/psak.pdf>.

Quanto à terceira dimensão, o direito administrativo não está apenas sujeito a um volume crescente de fontes e agentes não nacionais e não públicos. O direito administrativo também tem sido usado para analisar as áreas do direito e da atividade institucional que eram tradicionalmente vistas como fenômenos do direito internacional ou do direito privado. O projeto do direito administrativo global, por exemplo, usou os princípios do direito administrativo para reestruturar a *accountability* das instituições internacionais.[23] Da mesma forma, as áreas de atuação extraterritorial das administrações nacionais, como a concessão de ajuda pública ao desenvolvimento, foram avaliadas como atividades de relações administrativas e não estrangeiras.[24] Por fim, várias áreas da atividade social organizadas sob o direito privado e realizadas por agentes não governamentais foram analisadas por meio da perspectiva do direito administrativo. Essas áreas incluem códigos de conduta privados, como os Princípios do Equador, aplicáveis a atividades de empréstimos de bancos comerciais para projetos de desenvolvimento;[25] as atividades da Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (Icann);[26] ou as regras da Agência Mundial Antidoping, que coordena as iniciativas contra o *doping* no mundo dos eventos esportivos.[27]

Todos esses empreendimentos suscitam diversas, e em parte contraditórias, dinâmicas que afetam o direito administrativo. Algumas dessas dinâmicas levam a uma maior harmonização entre diferentes ordens jurídicas administrativas, como é o caso do direito da União Europeia. Outras fragmentam o direito administrativo, dissolvendo fronteiras bem estabelecidas, e criam menos homogeneidade em vez de mais. Além disso, essas dinâmicas levam a uma percepção modificada do que caracteriza a ação administrativa e o direito administrativo. Elas desterritorializam a administração e refletem uma crescente diferenciação funcional, bem como o crescimento do direito internacional, das instituições internacionais, mas também do direito e dos

---

[23] Ver Kingsbury, Krisch e Stewart, supra nota 6.

[24] DANN, P. *Entwicklungsverwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

[25] MEYERSTEIN, A. Global private regulation in development finance: the Equator principles and the transnationalization of public contracting. In: AUDIT, M.; SCHILL, S. (Ed.). *The transnational law of public contracts*. Bruxelas: Bruylant, previsto para 2014.

[26] CAROTTI, B. L'Icann e la governance di internet. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 57, p. 681, 2007; VON BERNSTORFF, J. The structural limitations of network governance: Icann as a case in point. In: JOERGES, C.; SAND, I.-J.; TEUBNER, G. (Ed.). *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 257; HARTWIG, M. Icann — governance by technical necessity. In: Von Bogdandy et al., nota supra 20, p. 575.

[27] CASINI, L. *Il diritto globale dello sport*. Milão: Giuffrè, 2010.

agentes privados. Esses desenvolvimentos questionam as fronteiras entre o direito internacional e o direito nacional, tanto do direito público quanto do privado. Além disso, os elementos de cooperação do direito administrativo crescem em nível nacional e internacional, tanto na cooperação público-privada quanto na cooperação público-público. Esses desenvolvimentos também existem na área da contratação pública, assunto da parte 3 deste artigo. Hoje, eles incorporam o direito administrativo em um espaço jurídico transnacional porque a ação administrativa é dispersa em todo o espectro do direito nacional e internacional, público e privado.

2.2 Diversas abordagens começaram a teorizar sobre as novas formas do direito administrativo dentro da constelação pós-nacional discutida anteriormente. Elas podem ser agrupadas em cinco categorias: 1) literatura que adota modelos de rede para analisar a interação cada vez mais informal entre as administrações; 2) literatura que adota o pensamento do conflito de direitos para coordenar os comandos normativos decorrentes de diferentes ordens jurídicas administrativas; 3) literatura que analisa a europeização e internacionalização do direito administrativo; 4) literatura sobre privatização e seu impacto sobre o direito administrativo; e 5) literatura que emprega o direito administrativo para analisar as instituições internacionais e os fenômenos de governança global. Vamos discutir essas abordagens e seus limites para serem utilizados como teorias abrangentes do direito administrativo.

Em primeiro lugar, os modelos de rede, como aquele proposto por Anne-Marie Slaugther, se concentram no surgimento das redes transnacionais administrativas, nas quais as administrações de diferentes países praticam a cooperação transfronteiriça, trocando informações e coordenando seu processo de tomada de decisão de maneira informal.[28] Dentre os exemplos de tais redes administrativas temos a Organização Internacional das Comissões de Valores (Iosco)[29] e o Comitê de Basileia,[30] onde os reguladores financeiros interagem no contexto de um ambiente intergovernamental sem tomar decisões compulsórias.[31] A vantagem da abordagem em rede sobre

---

[28] SLAUGHTER, A.-M. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004; MÖLLERS, C. Transnationale Behördenkooperation. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 65, p. 351, 2005.

[29] Disponível em: <www.iosco.org>.

[30] Disponível em: <www.bis.org/bcbs>.

[31] Ver também VERDIER, P.-H. Transnational regulatory networks and their limits. *Yale Journal of International Law*, v. 34, p. 113, 2009.

o direito administrativo é compreender as interações informais que geram efeitos reais sobre a governança, mas que seriam desconsiderados pelos princípios tradicionais do direito administrativo. No entanto, como base de uma teoria unificadora geral do direito administrativo, a lógica das redes é muito limitada como também muito abrangente: muito limitada porque se volta apenas à interação entre órgãos públicos, deixando de lado as interações público-privadas; e muito abrangente porque os fenômenos de rede não são exclusivos à coordenação administrativa, ocorrendo também em ambientes completamente privados.

Em segundo lugar, as abordagens que seguem o viés do conflito de direitos estão interessadas nos efeitos transnacionais e nos limites da ação administrativa clássica, por exemplo: o efeito dos atos administrativos unilaterais sobre as pessoas no exterior; a participação de residentes de outros países no planejamento administrativo; ou o reconhecimento de atos administrativos estrangeiros.[32] Além disso, as abordagens pautadas no conflito de direitos são empregadas para analisar a cooperação transnacional entre os agentes administrativos em diferentes Estados, por exemplo, na gestão de projetos de infraestrutura conjuntos.[33] Em termos analíticos, a estrutura e as categorias utilizadas para analisar esses fenômenos se assemelham ao pensamento do direito internacional privado e se concentram principalmente nas questões do direito aplicável e do reconhecimento dos atos administrativos estrangeiros.[34] Seu foco de atenção, no entanto, se restringe a adaptar o processo e o direito administrativo clássico às situações transnacionais e desenvolver modos de coordenação entre os direitos administrativos de diferentes ordens jurídicas nacionais.[35] Elas permanecem, em grande parte, na ordem nacional, inclusive em seu entendimento sobre a interação entre agentes públicos e privados, e muitas vezes ignoram a interação entre o direito nacional e o direito internacional. Isso acaba por limitar a função das abordagens pautadas nos conflitos de direito como base para uma teoria unificadora do direito administrativo.

---

[32] Kment, nota supra 5, p. 267 e ss.

[33] Ibid., p. 617 e ss.; NIEDOBITEK, M. *Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; Glaser, nota supra 5; Kotzur, nota supra 5, p. 461 e ss.

[34] NEUMEYER, K. *Verwaltungsrecht*. Munique: Schweitzer, 1910 a 1936; para abordagens semelhantes sobre direito administrativo internacional, ver também LINKE, C. E. *Europäisches Internationales Verwaltungsrecht*. Frankfurt am Main: Lang, 2001; OHLER, C. *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*: Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

[35] Kment, nota supra 5, p. 7.

Em terceiro lugar, boa parte da literatura sobre direito administrativo analisa a influência do direito supranacional ou do direito internacional sobre o direito administrativo nacional, tal como a influência do direito da União Europeia ou da Convenção de Aarhus sobre o direito nacional. Títulos como a "transformação do direito administrativo na Europa", a "europeização do direito administrativo" ou a "internacionalização das relações administrativas" são indícios dessa perspectiva.[36] Ao perceberem um aspecto importante da mudança no direito administrativo, esses estudos mantêm uma perspectiva nacional e entendem o direito internacional como um fator externo, e não como uma peça própria da disciplina do direito administrativo.[37] Ademais, eles não tratam do fenômeno do direito administrativo de instituições regionais ou internacionais, permanecendo tão limitados quanto as teorias genéricas sobre direito administrativo.

A quarta vertente da literatura lida com o papel dos agentes privados na administração, especialmente no contexto da privatização de funções anteriormente públicas e da cooperação contratual, por exemplo, através das PPPs.[38] Embora trate da divisão entre público e privado, o ponto cego dessa literatura é seu enfoque nacional, assim como acontece com a vertente que versa sobre europeização e internacionalização. Os estudos sobre a privatização do direito administrativo geralmente estão interessados em saber como o direito nacional se privatiza e quais são seus limites para a privatização, e como a cooperação público-privada é implementada, supervisionada e controlada por

---

[36] RUFFERT, M. (Ed.). *The transformation of administrative law in Europe/La mutation du droit administratif en Europe*. Munique: Sellier, 2007; JANS, J. H. et al. (Ed.). *Europeanisation of public law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2007; SNYDER, F. (Ed.). *The Europeanisation of law*: the legal effects of European integration. Oxford: Hart Publishing, 2000; HILSON, C. The Europeanization of English administrative law: judicial review and convergence. *European Public Law*, v. 9, p. 125, 2003; LADEUR, K.-H. (Ed.). *The Europeanisation of administrative law*. Aldershot: Ashgate, 2002; SCHMIDT-AßMANN, E. The internationalization of administrative relations as a challenge for administrative law scholarship. In: Von Bogdandy et al., nota supra 20, p. 943.

[37] Isso se dá mesmo que a crescente influência do direito supranacional e internacional sobre o direito administrativo possa, no final das contas, fazer com que seus advogados administrativos entendam sua identidade em um contexto mais amplo, não nacional. Ver VON BOGDANDY, A. Verwal-tungsrecht im europäischen Rechtsraum — Perspektiven einer Disziplin. In: VON BOGDANDY, A.; CASSESE, S.; HUBER, M. (Ed.). *Handbuch Ius Publicum Europaeum IV*: Verwaltungsrecht in Europa. Heidelberg: C. F. Müller, 2010. p. 10; Id. National legal scholarship in the European legal area — a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, p. 614, 2012.

[38] Ver, por exemplo, VERKUIL, P. Public law limitations on privatization of government functions. *North Carolina Law Review*, v. 84, p. 397, 2004; BURGI, M. *Priva-tisierung öffentlicher Aufgaben*: Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf. Munique: C. H. Beck, 2008 (com outras referências).

agentes públicos. Por outro lado, os efeitos da interação público-privado sobre a teoria do direito administrativo não costumam ser analisados em termos mais gerais. A interação entre o direito nacional e o direito internacional na privatização também não ocupa um lugar central nesse ramo da literatura.

Por fim, uma crescente linha da literatura se debruça sobre os temas do direito administrativo global,[39] do direito administrativo internacional[40] e da autoridade pública internacional.[41] Esses projetos reagem ao fenômeno de que há cada vez mais instituições internacionais cujas atividades se parecem com aquelas das administrações nacionais, no que tange a seus modos de operação e seus efeitos em relação aos cidadãos privados. Em vez de fazer uso dos conceitos e métodos clássicos do direito administrativo público, eles recorrem ao pensamento do direito administrativo (nacional) e a analogias para analisar os problemas decorrentes da *accountability* quando instituições internacionais tomam decisões que impactam diretamente a vida de cidadãos comuns. No entanto, como teoria geral do direito administrativo, eles também são limitados porque excluem a área onde o direito administrativo ainda é mais praticado e enraizado, ou seja, a área nacional.[42] Além disso, a distinção entre público e privado continua a ser crucial para eles,[43] excluindo, assim, uma análise da influência dos agentes privados na governança pública.

Em suma, apesar de não faltarem reflexões teóricas sobre a influência da globalização sobre o direito administrativo e sobre a dissolução das fronteiras

---

[39] Ver Kingsbury, Krisch e Stewart, nota supra 6; KRISCH, N.; KINGSBURY, B. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European Journal of International Law*, v. 17, p. 1, 2006; KINGSBURY, B.; CASINI, L. Global administrative law dimensions of international organizations law. *International Organizations Law Review*, v. 6, p. 319, 2009; DELLA CANANEA, G. Procedural due process of law beyond the State. In: Von Bogdandy et al., nota supra 20, p. 965; Cassese, nota supra 14.

[40] Ver *e.g.* EHLERS, D. Internationales Verwaltungsrecht. In: ERICHSEN, H.-U.; EHLERS, D. (Ed.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. ed. Berlim: De Gruyter, 2010. §4º; ver também Tietje, nota supra 6.

[41] Von Bogdandy et al., nota supra 20.

[42] Kingsbury, Krisch e Stewart, nota supra 6, p. 17 (restringindo sua análise das situações transnacionais, incluindo "órgãos regulatórios intergovernamentais formais, redes regulatórias informais intergovernamentais e acordos de coordenação, órgãos regulatórios nacionais que operam com referência a um regime intergovernamental internacional, órgãos regulatórios público-privados híbridos, e alguns órgãos regulatórios privados que exercem funções de governança transnacionais de especial relevância pública"); VON BOGDANDY, A.; DANN, P.; GOLDMANN, M. Developing the publicness of public international law: towards a legal framework for global governance activities. In: Von Bogdandy et al., nota supra 20, p. 3, 13 (em relação às "instituições [que] exercem autoridade a elas conferida por coletivos políticos com base em atos internacionais vinculativos ou não").

[43] Isso procede especialmente para o projeto de Autoridade Pública Internacional. Ver ibid., p. 14 (onde se afirma que "distinguir o que é poder público e o que é poder privado [é] indispensável para a pesquisa jurídica").

fundamentais da teoria do direito administrativo centrada no Estado e na fonte, nenhuma abordagem engloba todas as mudanças estruturais em curso. Cada abordagem explica uma parte da história sobre como o direito administrativo muda em um mundo globalizado. No entanto, nenhuma fornece uma estrutura teórica abrangente para o direito administrativo de hoje como um todo. É possível que apenas uma abordagem jurídica transnacional sobre o direito administrativo seja capaz de oferecer tal perspectiva abrangente como uma teoria unificadora para o direito administrativo no espaço jurídico transnacional. Essa abordagem será esmiuçada na próxima seção deste artigo.

2.3 Diferentemente das diversas abordagens discutidas anteriormente, uma abordagem transnacional sobre o direito administrativo não está apenas interessada em entender como o direito administrativo se altera, como o direito internacional e o direito nacional interagem nesse contexto, como os projetos de privatização são implementados e quais critérios de legitimidade que o exercício de poderes regulamentares globais e a autoridade pública internacional têm que cumprir. Ela está interessada de forma mais geral em mapear como o direito administrativo hoje transcende o direito nacional e internacional, público e privado, e pergunta como podemos desenvolver uma estrutura sobre a qual se pode construir uma teoria do direito administrativo que esculpe a identidade global desse direito administrativo de forma independente de onde, por quem e sobre qual base jurídica a ação administrativa se dá. Essa identidade do direito administrativo teria uma função dupla: primeiro, designar as especificidades do direito administrativo em comparação com outras disciplinas jurídicas; e, segundo, garantir que os advogados administrativos possam se comunicar por meio das fronteiras, discutindo soluções para os problemas das relações administrativas, independentemente do direito nacional ou internacional que governe determinados casos.

Uma abordagem transnacional sobre o direito administrativo prevê uma estrutura de pensamento sobre o direito administrativo que não apenas transcende a divisão nacional-internacional e público-privado; ela pretende abolir a noção de que essas categorizações delimitam disciplinas distintas. Em vez disso, uma abordagem transnacional visa esculpir a identidade, a essência e as características do direito administrativo não obstante o direito aplicável. Embora tenhamos o direito administrativo inglês, francês, alemão, italiano, norte-americano, dentre outros, além de um direito administrativo das instituições internacionais, essas disciplinas não são autossuficientes e autônomas; como demonstrado anteriormente e como ilustrado na parte 3

em relação aos contratos públicos, elas estão cada vez mais interligadas. O direito internacional influencia o direito administrativo nacional; o direito nacional retroalimenta os regimes internacionais; as ideias sobre o direito administrativo nacional ultrapassam as fronteiras dos países e são influenciadas pelas atividades de elaboração de normas dos agentes públicos e privados. Todos esses processos integram o direito administrativo em um espaço jurídico transnacional.

Uma abordagem jurídica transnacional, por sua vez, rompe com as perspectivas clássicas de que internacional e nacional são "duas esferas que, na melhor das hipóteses, entram em contato uma com a outra, mas nunca se entrelaçam" (Triepel)[44] e que "*le droit administrative et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis, ni assez ennemis pour se bien connaître*" (Alexis de Tocqueville).[45] Além disso, ela não pressupõe hierarquias entre direito nacional e internacional, público e privado, mas aceita que diferentes agentes assumam posições independentes e potencialmente divergentes.

A perspectiva adotada aqui também é mais ampla que a definição clássica de Philip Jessup para direito transnacional como "todo o direito que regulamenta as ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais",[46] pois não abarca apenas as relações administrativas transfronteiriças em sentido estrito, como o envolvimento de interesses ou leis estrangeiras, mas também o direito administrativo e as relações administrativas em geral, no contexto nacional, inclusive. Essa perspectiva ampla reside na premissa de que a quantidade de áreas completamente autônomas do direito administrativo está gradativamente perdendo espaço, enquanto os processos jurídicos transnacionais entendidos como "processos pelos quais (...) normas são elaboradas, desenvolvidas e transmitidas, [e que] sempre enfrentam processos nacionais e locais que podem vetar, adaptar, traduzir ou apropriar

---

44 TRIEPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Hirschfeldt, 1899. p. 111 ("zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden" — Tradução para o inglês feita pelo autor).

45 TOCQUEVILLE, A. de (1831) (citado a partir de CASINI, L. Down the rabbit-hole: the projection of the public/private distinction beyond the State. *Jean Monnet Working Paper*, n. 8, 2013).

46 JESSUP, P. C. Transnational law. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2; ver também ZUMBANSEN, P. Transnational law. In: SMITS, J. M. (Ed.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham: Elgar, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/ab-stract=1105576>. Sobre a recomendação para associar direito administrativo e direito transnacional, ver Fischer-Lescano, nota supra 17.

uma norma jurídica transnacional e incentivar sua reavaliação"[47] estão em ascensão. Independentemente do quanto do direito internacional e regional que afeta o direito administrativo nacional, um elemento transnacional frequente será que o direito administrativo nacional é visto em comparação com, e é desenvolvido ou interpretado em relação, a experiência do direito administrativo realizada em outro lugar. Essa tendência insere até situações puramente nacionais em um quadro transnacional.

Na verdade, observar o estrangeiro para fazer comparações e, portanto, adotar uma perspectiva transnacional tem sido uma característica recorrente desde os primórdios do direito administrativo e da sua teoria. Conforme descreveu Giacinto della Cananea, para Alexis de Tocqueville, por exemplo,

> [a] ideia de que a análise comparativa é essencial para entender a evolução das instituições políticas e administrativas não era nova (...). Mais jovem, quando tentara estudar as novas instituições dos Estados Unidos, ele não estava interessado em simplesmente entender suas lógicas subjacentes, ou seja, a igualdade e a democracia, apenas por estudá-las. Em vez disso, ele comparou essas instituições com as instituições administrativas da Europa, principalmente com as francesas, que ele conhecia melhor sendo membro do *Conseil d'Etat*. Ao criticar a estrutura constitucional francesa de sua época, ele não estava simplesmente motivado por intenções polêmicas contra a patente arbitrariedade da justiça administrativa, que mais tarde foi destacada por Albert Venn Dicey. Seu objetivo era intelectualmente mais desafiador: consistia em buscar leis invariáveis ou, mais precisamente, *les régles invariables qui régissent les societés*.[48]

Além disso, uma abordagem transnacional do direito administrativo tem um foco diferente das demais na busca da unidade, ou de semelhanças, entre diferentes leis administrativas. Ela se pauta na análise funcional das relações administrativas e não constrói uma teoria do direito administrativo com base

---

[47] Shaffer, nota supra 11, p. 230.

[48] DELLA CANANEA, G. Minimum standards of procedural justice in administrative adjudication. In: SCHILL, S. (Ed.). *International investment law and comparative public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 39, 53 (citando A. de Tocqueville. *De la démocratie en Amérique* (1835). Parte I, cap. IV — notas de rodapé omitidas).

nas fontes do direito como peça central. Em vez disso, ela reconhece que o direito administrativo em um espaço transnacional provém de diferentes fontes, nacionais e internacionais, mas que também surge da conduta dos agentes públicos e privados. Essa vertente estrutura o direito administrativo ao voltar sua atenção para os agentes administrativos e os instrumentos que eles usam.[49] Além disso, ela busca desenvolver os princípios subjacentes à ação administrativa independentemente de base jurídica específica e, assim, procura marcos do direito material e processual que aplaquem as ambições universalistas e a proteção das especificidades dos sistemas nacionais. Tais princípios podem estruturar o direito administrativo independentemente da fonte aplicável ou do agente pertinente.[50]

No que diz respeito ao método, o conteúdo dos princípios do direito administrativo transnacional não pode ser relacionado a qualquer sistema jurídico específico, seja ele nacional ou internacional. Em vez disso, os princípios do direito administrativo transnacional devem ser desenvolvidos por meio de uma análise comparativa do direito que englobe ambos os ordenamentos jurídicos administrativos nacionais, bem como os regimes jurídicos internacionais, e considere as fontes pertinentes do direito privado. Além disso, as fontes e os processos tanto formais quanto informais são importantes para entender como o direito administrativo configura as relações sociais. Tudo isso não exclui o fato de que pode haver conflitos entre os diferentes agentes administrativos e entre as exigências das diferentes fontes do direito administrativo. No entanto, uma abordagem transnacional sobre o direito administrativo não enfatiza os conflitos; em vez disso, ela observa os pontos em comum e os esforços conjuntos dos agentes administrativos em diferentes níveis e lugares para se comprometerem na tarefa da governança administrativa. Para ilustrar a necessidade de uma estrutura transnacional em termos mais práticos, a parte 3 fará uma análise dos contratos públicos, que são uma forma de ação do direito administrativo transnacional.

3. Após apresentarmos um quadro abstrato para pensar o direito administrativo de uma perspectiva transnacional, esta seção se dedicará à análise do direito que rege os contratos públicos. Assim, queremos ilustrar os desafios

---

[49] Da mesma forma GOLDMANN, M. Inside relative normativity: from sources to standard instruments for the exercise of international public authority. In: Von Bogdandy et al., nota supra 20, p. 661.

[50] Ver VON BOGDANDY, A. General principles of international public authority: sketching a research field. In: Von Bogdandy et al., nota supra 20, p. 727.

que o direito administrativo enfrenta no espaço jurídico transnacional, mas também oferecer um exemplo prático para o desenvolvimento de uma teoria transnacional do direito administrativo. Com isso, a análise a seguir sobre a interação contratual público-privado retoma o enfoque básico suscitado por uma abordagem transnacional sobre o direito administrativo, conforme discutida anteriormente: ela se dá a partir das fontes para os agentes, instrumentos e processos. Essa vertente ressalta como uma teoria uniforme do direito administrativo pode ser criada sem se basear na ideia da ordenação hierárquica entre os agentes, e que defina o direito administrativo sem colocar o Estado no centro da questão.

Tendo isso em mente, pretendo discutir, em *primeiro* lugar, que as formas cooperativas de administração estão se tornando instrumentos de governança administrativa cada vez mais importantes, e que elas não são um fenômeno marginal (3.1); em *segundo* lugar, que o direito da contratação pública se desenvolve por meio de uma interação entre o direito internacional e o direito nacional (3.2); e, em *terceiro* lugar, que uma compreensão abrangente dos processos que determinam como e por que a contratação pública se afasta do direito público nacional não é suficiente caso se volte apenas para as fontes jurídicas internacionais; ela precisa endossar uma visão mais ampla que englobe tanto os agentes públicos quanto privados, os instrumentos que eles usam e as influências que exercem na transformação de contratos públicos em instrumentos de governança global (3.3). Tudo isso mostra que os processos de governança administrativa por meio do contrato são mais bem compreendidos por uma abordagem transnacional que integra as perspectivas nacional e internacional, pública e privada. Processos judiciais transnacionais similares também ocorrem em outras áreas do direito administrativo, mas estudá-los é tarefa para outro momento.

3.1 A ação administrativa foi tradicionalmente entendida no contexto de uma relação hierárquica de superioridade e subordinação entre o Estado e a sociedade. Assim, o direito administrativo atuava com base no comando e no controle. Os contratos entre a administração e os agentes privados, pelo contrário, eram de pouca relevância para teorizar sobre o direito administrativo (sendo a França uma notável exceção).[51] Ainda mais para os puristas como Otto Mayer, fundador do direito administrativo alemão, que

[51] Ver, por exemplo, Waline, nota supra 12, p. 446 e ss. (com muitas outras referências à literatura francesa sobre contratos públicos).

escreve em 1888 que "contratos verdadeiros do Estado no campo do direito público são impensáveis".[52] Para ele, a cooperação no direito administrativo era um paradigma de ordenação inexistente. Ainda hoje, a hierarquia está tão profundamente entranhada no pensamento do direito administrativo que a cooperação ainda é vista pela erudição administrativa, em muitas tradições nacionais, como uma forma excepcional de ação administrativa.[53] Assim, os contratos como forma de ação administrativa não são colocados em pé de igualdade com a ação administrativa unilateral na elaboração de uma teoria sobre o direito administrativo e sua identidade.

No entanto, o foco sobre a ação unilateral na teorização do direito administrativo está cada vez mais em dissonância com a realidade da ação administrativa. Hoje, os contratos públicos (e outras formas de cooperação) estão se tornando instrumentos de governança administrativa cada vez mais importantes, levando alguns estudiosos a qualificar o Estado moderno como um "Estado Contratante".[54] A privatização das funções públicas e a ascensão das empresas estatais, o aumento significativo das PPPs e dos contratos de concessão, o financiamento privado das entidades públicas, incluindo, por exemplo, empréstimos soberanos, e a elaboração de regras e padronização por órgãos puramente privados e órgãos público-privados híbridos refletem a ascensão do paradigma da cooperação nas relações entre Estado e mercado.[55] No Reino Unido, por exemplo, no final de março de 2011, o valor contábil líquido de projetos de iniciativa financeira privada (PFI), uma forma de PPP, foi de £ 34,9 bilhões, e o valor das futuras obrigações PFI ficou estimado em £ 144,6 bilhões.[56]

Esse fenômeno é acelerado não só pela disseminação do consenso de Washington favorável à economia de mercado e pela retração voluntária do Estado, mas também pela crescente dependência dos órgãos públicos do financiamento e da experiência privada na prestação de bens públicos nas

---

52 MAYER, O. Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 3, n. 3, p. 42, 1888.

53 Ver KIRCHHOF, P. Mittel staatlichen Handelns. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. v. V, §99. 159.

54 HARDEN, I. *The contracting State*. Buckingham: Open University Press, 1992.

55 Ver LADEUR, K.-H. The changing role of the private in public governance — the erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation: a comparative approach. *EUI Working Paper*, n. 2002/9.

56 TREASURY, H. M. Whole of Government Accounts year ended 31 March 2011. out. 2012. 3.83. Disponível em: <www.gov.uk/government/uploads /system/uploads/attachment_data/file/185537/whole_of_government_accounts_31-03-2011.pdf>.

áreas de infraestrutura, energia, saúde, educação etc. Ademais, a mudança subjacente do paradigma na ação administrativa deve-se à dinâmica da globalização e às mudanças no que é considerado como o objeto e a finalidade do Estado e da sua administração de forma mais geral, ou seja, a ascensão do Estado de bem-estar social moderno que leva ao Estado fornecedor de bens públicos em áreas que antes estavam fora da sua alçada de responsabilidade. Ambos os fatores são responsáveis pelos Estados e entidades estatais estarem cada vez mais dependentes da cooperação com os agentes da economia privada para atender as metas da política pública.

As respostas políticas à crise financeira e monetária talvez consigam ilustrar melhor a importância do paradigma cooperativo. Assim, o crescimento da cooperação público-privada é um dos objetivos centrais da política da União Europeia e de seus Estados-membros em resposta à crise, tal como expresso no projeto Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.[57] Uma das principais respostas à Estratégia é que

> a Europa também deve fazer todo o possível para alavancar seus recursos financeiros, buscar novos caminhos no uso de uma combinação de financiamento público e privado, e criar instrumentos inovadores para financiar os investimentos necessários, incluindo parcerias público-privadas (PPPs).[58]

Da mesma forma, a União Inovação, outra famosa Iniciativa Emblemática da agenda Europa 2020, salienta a importância do financiamento privado na pesquisa e no desenvolvimento, e observa o efeito inibidor que processos administrativos de baixa qualidade têm sobre as iniciativas privadas, levando, em parte, à terceirização da pesquisa e desenvolvimento para países fora da União Europeia.[59] Portanto, um compromisso no âmbito da iniciativa União Inovação é estabelecer laços mais estreitos com o setor privado.[60] Segundo a Iniciativa Emblemática da Europa 2020, isso "exige o uso inteligente de

---

[57] Comunicação da Comissão, Europe 2020 — Estratégia para um crescimento, inteligente, sustentável e inclusivo, COM (2010) 2020.

[58] Ibid., p. 20.

[59] Comunicação da Comissão para o Parlamento Europeu, o Conselho, o Comitê Econômico e Social Europeu e o Comitê das Regiões, Iniciativa Emblemática Europa 2020 — União Inovação, SEC (2010) 1161, COM (2010) 546 final, p. 6-7.

[60] Ibid., p. 13.

parcerias público-privadas, bem como alterações da estrutura regulamentar".[61] Com isso, as PPPs tornam-se um instrumento fundamental para mobilizar o investimento público e privado em prol da recuperação e da mudança estrutural de longo prazo.[62] De forma semelhante, aumentar os investimentos é uma estratégia enfatizada e buscada por muitas organizações internacionais que se propõem a enfrentar o subdesenvolvimento. As Nações Unidas, para citar apenas um dos diversos exemplos, enxergam o investimento privado como um meio importante para atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de acabar com a fome e a miséria, universalizar a educação, promover a igualdade de gênero, reduzir a mortalidade infantil, promover o desenvolvimento sustentável etc.[63] Tudo isso reforça a importância da cooperação público-privada à custa da governança baseada no comando e no controle.

No entanto, o declínio da hierarquia como paradigma de ordenação não se restringe aos contratos públicos como uma forma de ação administrativa. Ele também atua em áreas mais tradicionais do direito e da ação administrativa, embora de maneira mais discreta. Afinal, a dependência dos governos pelos agentes privados também afeta a forma como as administrações governam em contextos unilaterais, e como as leis administrativas são feitas e implementadas por agências administrativas, já que os agentes privados contemporâneos, incluindo empresas multinacionais, como também investidores institucionais e privados, podem facilmente realocar seus recursos financeiros de uma jurisdição para outra. Isso reforça a concorrência das legislações entre diferentes jurisdições que são representadas tanto no contexto do direito societário, onde esse fenômeno tem sido amplamente descrito como o chamado "efeito Delaware",[64] quanto no contexto do direito administrativo e da governança pública.[65] Assim, a concorrência entre os diferentes direitos administrativos

---

[61] Ibid., p. 14.

[62] Ver Comunicação da Comissão para o Parlamento Europeu, o Conselho, o Comitê Econômico e Social Europeu e o Comitê das Regiões, Mobilizar o investimento privado e público com vista ao relançamento da economia e à mudança estrutural em longo prazo: desenvolver parcerias público-privadas, COM (2009) 615 final.

[63] Ver Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Investir no Desenvolvimento: Um Plano Prático para Alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, Relatório para o secretário-geral da ONU. 2005. Disponível em: <www.unric.org/html/portuguese/uninfo/MDGs/MDGReport-Overview-pt.pdf>.

[64] Mas ver SUBRAMANIAN, G. The disappearing delaware effect. *Journal of Law, Economics & Organization*, v. 20, p. 32, 2004.

[65] Ver sobre concorrência internacional na área das regras de investimento GUZMAN, A. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties.

também dissolve a noção da hierarquia como paradigma de ordenação tradicional do direito administrativo, mesmo para além do contexto estrito da ação administrativa cooperativa.

Assim, a teoria do direito administrativo deve admitir que, em setores importantes, o Estado não governa mais de forma completamente unilateral pelo comando e controle, mas cada vez mais tende a seguir a vertente cooperativa, inclusive por meio da cooperação com os agentes públicos e privados estrangeiros. Isso também deve ser refletido na teoria do direito administrativo ao se evitar colocar o exercício unilateral da autoridade pública no centro da discussão, buscando englobar as formas cooperativas de governança administrativa, e reconhecer que até mesmo o exercício unilateral da autoridade pública está sujeito a restrições de cooperação, entre outros, pois o capital pode fluir cada vez mais livremente entre jurisdições em busca de investimentos mais eficientes, ora influenciando a forma de governar e administrar dos Estados. Tudo isso expõe o direito administrativo ao direito internacional e estrangeiro e seus respectivos conceitos, conforme discutido na próxima seção deste artigo, dissolvendo, portanto, as fronteiras do direito administrativo na perspectiva transnacional descrita na parte 2.

3.2 Uma das descontinuidades fundamentais com o clássico direito administrativo centrado no Estado, dentro do contexto dos contratos públicos, diz respeito às fontes jurídicas que regem as formas cooperativas de ação administrativa. Os contratos públicos, como demonstrarei nesta seção, devem ser definidos como instrumentos de governança global, e não como é feito tradicionalmente, como instrumentos do direito público nacional, empregados em mercados restritos ao território de um determinado Estado. Esse foco no território nacional, nos agentes nacionais e no direito nacional ignora muitos dos processos modernos que se dão em nível supranacional e internacional, e que têm impacto significativo na contratação pública. Esses empreendimentos representam a dissolução da divisão entre o que é nacional e o que é internacional, discutida na parte 2 como um elemento de uma abordagem jurídica transnacional.

Hoje, a contratação pública está internacionalizada, não apenas no que diz respeito aos agentes envolvidos, mas também em termos das fontes jurídicas que abrangem os níveis nacionais, supranacionais e internacionais.

Virginia Journal of International Law, v. 38, p. 639, 1998. Da mesma forma, há forte concorrência entre os países no que diz respeito à legislação fiscal.

Elas afetam todas as fases da contratação pública, incluindo a seleção de empreiteiros, a celebração e a execução dos contratos públicos, bem como a solução de litígios. Elas podem afetar a elegibilidade pessoal dos empreiteiros; a elegibilidade substantiva dos projetos que são implementados por meio dos contratos públicos; os procedimentos aplicáveis à seleção, conclusão e execução dos contratos públicos; os direitos materiais e a obrigação que regem a execução dos contratos públicos; a proteção processual contra má conduta governamental e mecanismos de *accountability* relacionados; e as instituições envolvidas no acompanhamento e na fiscalização da conduta das partes dos contratos públicos.

Os contratos que contam com uma empreiteira privada estrangeira exercem um papel determinante na redução da lacuna entre o direito nacional e o direito internacional no campo da contratação pública e na internacionalização do direito dos contratos públicos. Isso coloca em jogo o direito internacional relacionado à proteção dos investidores estrangeiros,[66] incluindo o direito internacional consuetudinário e os mais de 3 mil tratados de investimentos bilaterais, multilaterais e setoriais existentes, incluindo o capítulo 11 do Acordo de Livre Comércio Norte-Americano e o Tratado da Carta de Energia.

Os direitos concedidos aos investidores estrangeiros nesses instrumentos afetam o direito material e processual aplicável aos contratos públicos, independentemente do direito nacional que rege o Estado da parte do contrato. Os tratados de investimento estipulam requisitos independentes para o procedimento administrativo, como o direito de ser ouvido e o dever de fundamentação (*reason-giving*), o condicionamento do exercício da discricionariedade administrativa e a exigência da não discriminação de empreiteiros nacionais. Eles também podem limitar os poderes contratuais regulatórios ou especiais do Estado da parte contratada para alterar ou rescindir contratos públicos. Por fim, os tratados de investimento concedem aos investidores estrangeiros acesso a um fórum de solução de litígios específico, ou seja, a arbitragem internacional. Dado que as entidades estrangeiras estão envolvidas como partes de um contrato público, o direito internacional complementa o direito nacional dos contratos públicos (em parte complementando-o, em parte substituindo-o).

---

[66] Para um breve panorama do impacto do direito sobre investimentos internacionais na contratação pública, ver SCHILL, S. Contracting with foreigners: international investment law implications. In: NOGUELLOU, R.; STELKENS, U. (Ed.). *Droit comparé des contrats publics/ Comparative law on public contracts*. Bruxelas: Bruylant, 2010. p. 63 (com outras referências).

No entanto, a participação de entidades estrangeiras, muitas vezes, não é resultado do acaso, mas de planejamento internacional deliberado. Os Estados deliberadamente fazem uso do direito internacional para romper com o foco nacional da contratação pública por meio da implementação de procedimentos de adjudicação contratual que estendem sistematicamente o mercado de contratos públicos para além do Estado. As regras internacionais para contratos públicos, incluindo o Acordo da OMC sobre Contratos Público,[67] os acordos bilaterais de livre-comércio com capítulos sobre contratos públicos,[68] ou as diretivas sobre contratos públicos da União Europeia,[69] ditam o anúncio internacional de determinados contratos públicos e padronizam os processos de licitação, adjudicação e avaliação dos mesmos. Assim, os respectivos instrumentos internacionais visam romper com as barreiras territoriais dos mercados de contratos públicos. Além disso, os contratos internacionais não afetam apenas os contratos públicos estrangeiros (ou seja, contratos públicos internacionais, em sentido estrito), mas também os contratos que normalmente seriam classificados como essencialmente nacionais. Portanto, o direito internacional e supranacional sobre o direito dos contratos públicos torna-se um fenômeno de impacto global sobre o direito nacional dos contratos públicos.

Por fim, há ainda casos em que o direito internacional é usado para harmonizar o direito nacional dos contratos públicos em diversas jurisdições. Esse é o caso, por exemplo, com as diretivas da União Europeia relacionadas aos contratos públicos, que conciliam o processo de adjudicação e a legislação referente à celebração de contratos públicos pelos Estados-membros da União Europeia. Mas também há casos em que o direito internacional é usado de

---

[67] Acordo sobre Contratos Públicos, em vigor desde 1º de janeiro de 1996, alterado em 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm>.

[68] Ver ANDERSON, R. et al. Government procurement provisions in regional trade agreements: a stepping stone to GPA accession? In: ARROWSMITH, S.; ANDERSON, R. D. (Ed.). *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 567.

[69] Ver a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 31 de março de 2004, referente à coordenação dos processos de adjudicação de contratos de obras públicas, contratos de fornecimento público e contratos de serviços públicos, OJ L 134, de 30 abril de 2004, p. 114; Diretiva 2004/17/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 31 de março 2004, referente à coordenação dos processos de licitação nos setores de serviços de água, energia, transportes e correios, OJ L 134, de 30 de abril de 2004, p. 1; Diretiva 2009/81/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de operações, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades na área da defesa e segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, OJ L 216, de 20 de agosto de 2009, p. 76.

forma mais geral para conciliar os sistemas de contratação pública dos Estados. No setor da mineração, por exemplo, a União Econômica e Monetária do Oeste Africano começou, com base em um tratado internacional, a conciliar as leis sobre mineração, incluindo a adjudicação de concessões de mineração.[70] Isso afeta o direito dos contratos públicos nacionais e internacionais do setor e põe um fim à rigorosa separação entre direito nacional e direito internacional.

Embora os processos autônomos do direito administrativo nacional que internacionalizam a contratação pública possam existir (por exemplo, leis nacionais de contratação pública que exigem licitações internacionais, independentemente de qualquer obrigação legal internacional para esse fim), é o direito supranacional e internacional que cada vez mais impacta a ação administrativa nacional nas fases de celebração, execução e solução de litígios dos contratos públicos. Na fase de licitação, os processos internacionais levam a uma internacionalização da contratação pública ao expandirem os limites do mercado onde os contratos públicos são obtidos. Na fase de implementação, assim como nas fases de resolução de litígios, o direito internacional e supranacional internacionaliza os contratos públicos mediante a modificação ou adaptação das regras materiais e processuais aplicáveis, incluindo no processo outras instituições, tais como tribunais de tratados de investimento ou o Órgão de Resolução de Litígios da OMC, que resolvem as questões jurídicas relacionadas aos contratos públicos.

Em tese, esses empreendimentos consideram tanto as fontes jurídicas internacionais e supranacionais quanto as fontes nacionais para ter uma visão geral das fontes jurídicas que atuam na transformação dos contratos públicos, instrumentos de governança nacional, em instrumentos de governança global. Só é possível explicar o direito regente dos contratos públicos e seu impacto social geral se analisarmos essas fontes em conjunto. Consequentemente, como ilustrado pelo exemplo dos contratos públicos, o estudo do direito administrativo e de sua teoria deve ser dissociado do direito nacional e das perspectivas nacionais, conforme postulado pela abordagem jurídica transnacional sobre o direito administrativo descrita na parte 2. Para teorizar sobre o direito administrativo hoje em dia, precisamos perceber a crescente interação entre o direito nacional e o direito internacional e integrá-los em uma perspectiva transnacional.

---

[70] Ver Comunidade Económica dos Estados do Oeste Africano, Diretiva C/DIR.3/05/09 sobre a Harmonização dos Princípios e Políticas que regem o Setor da Mineração, de 27 de maio de 2009. Disponível em: <www.comm.ecowas.int/sec/en/directives/ECOWAS_Mining-_Directives.pdf>.

3.3 Entretanto, a transnacionalização da contratação pública e do direito dos contratos públicos não se resume a alterações feitas às fontes jurídicas aplicáveis. Em vez disso, existem outros processos menos óbvios e mais discretos que afetam a contratação pública e que exigem que o foco sobre as fontes formais do direito público seja deixado de lado. Na verdade, muitas vezes a contratação pública é influenciada por processos que não alteram o direito aplicável aos contratos públicos como tal, e que não fazem uso de recursos jurídicos para influenciar a contratação pública. Ao contrário, em muitos casos, os instrumentos não vinculativos do *soft law* desempenham um papel cada vez mais importante na influência sobre a contratação pública. Ademais, a cooperação público-privada traz outras peças ao jogo além das autoridades públicas nacionais e internacionais. Os agentes privados, de forma particular, incluindo financiadores, garantes e suas associações de juros, além das próprias empreiteiras, influenciam a forma como a contratação pública é feita hoje em dia. Da mesma forma, os árbitros, como novos solucionadores de litígios, preferidos aos tribunais nacionais ou internacionais, também começaram a atuar como instituições de governança que influenciam a contratação pública. Em suma, hoje os espaços de fabricação de normas para o direito dos contratos públicos abrangem as autoridades públicas em nível nacional e internacional, bem como agentes e instituições privadas. A seguir tentarei ilustrar esses desenvolvimentos, evitando ser generalista em minha análise.

Em primeiro lugar, a contratação pública não é determinada apenas pelo direito nacional, supranacional e internacional puro e simples. Há também um conjunto significativo do *soft law* criado por organismos públicos internacionais que influencia o direito nacional sobre contratos públicos e a contratação pública. Conciliar a ação administrativa cooperativa e o respectivo direito nacional é seu principal objetivo. Um exemplo desse tipo de instrumento do *soft law* é a Lei Modelo da Uncitral sobre Contratação Pública, que foi desenvolvida por uma organização internacional e pode ser promulgada de forma autônoma pelos legisladores nacionais para reger os contratos públicos.[71] É válido ressaltar que o objetivo em elaborar essa lei modelo não reside apenas no intento de compensar a falta de legislação e conhecimentos técnicos jurídicos em nível nacional. Sua finalidade é também dar espaço para a conciliação autônoma do direito nacional sobre contratos

[71] Ver o texto em *Official Records of the General Assembly, Sixty-sixth Session, Supplement n. 17* (A/66/17), Annex I. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/ML_Public_Procurement_A_66_17_E.pdf>.

na ausência de obrigações decorrentes de tratados internacionais, e para a ampliação do mercado nacional para a contratação pública, permitindo que licitantes estrangeiros participem das licitações regidas por procedimentos padronizados.[72] Assim, apesar de qualquer lei promulgada com base nesse modelo conservar seu caráter nacional e estar sujeita à jurisdição dos tribunais nacionais, sua interpretação e aplicação está intrinsecamente ligada ao processo legislativo em nível internacional. Entender esse contexto é o segredo para enxergar o panorama geral do direito administrativo derivado da aplicação dessa, ou de qualquer outra, lei modelo.

Outro exemplo de como o *soft law* desenvolvido por organizações internacionais pode influenciar e conciliar a contratação pública nacional são os Princípios da Unctad sobre Empréstimos Soberanos Responsáveis, que estabelecem os princípios materiais e processuais de como os Estados devem estruturar e reestruturar a dívida soberana (incluindo dívida subscrita em contratos com financiadores privados).[73] Mais uma vez, o objetivo desse instrumento não é apenas influenciar a forma como o direito nacional estrutura os direitos materiais e as obrigações em contratos de dívida soberana e na sua reestruturação. Os princípios também visam a harmonização, facilitando assim as transações público-privadas em um mercado global para a dívida soberana, logo contribuindo para a gestão de um bem público global. Neste caso, o *soft law* internacional tem a importante função de reduzir a distância entre o direito nacional e o direito internacional, e de ilustrar a influência de agentes internacionais sobre a contratação pública na ausência de normas vinculativas.

Em segundo lugar, a contratação pública é influenciada de forma significativa pelas expectativas criadas e pelas exigências estipuladas, em nível transnacional, que são transmitidas para o nível nacional por meio do envolvimento de financiadores ou garantes dos contratos celebrados entre os Estados e os agentes privados. Por exemplo, as Políticas de Proteção Socioambiental do Banco Mundial que se aplicam às atividades de concessão de empréstimos do Banco Mundial,[74] ou as Políticas de Proteção Socioambiental da Agência de

---

[72] Ver Guia para promulgação da lei modelo da Uncitral sobre contratação pública, adotado em 28 de junho de 2012. p. 2. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/texts/ procurem/ml-procurement-2011/pre-guide-2012.pdf>.

[73] Ver Princípios da Unctad sobre Empréstimos Soberanos Responsáveis, alterados e reconsolidados em 10 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://unctad.org/ meetings/en/ Miscellaneous%20Documents/Principles_Sovereign.pdf>.

[74] Ver, por exemplo, a Política Operacional 4.01 sobre Avaliação Ambiental do Banco Mundial.

Garantia de Investimentos Multilaterais que regem a emissão de garantias de investimento:[75] são políticas que afetam a contratação pública porque, dentre outros motivos, elas influenciam a elegibilidade dos projetos. No entanto, isso também pode motivar os governos a adaptar, de forma mais geral, as leis e políticas administrativas nacionais às normas internacionais que são, por sua vez, definidas por financiadores e garantes de projetos relevantes. Além disso, o financiamento internacional de contratos públicos pode introduzir novos mecanismos de monitoramento também vantajosos para as populações afetadas, como o Painel de Inspeção do Banco Mundial.[76] Da mesma forma, o financiamento internacional pode afetar o processo administrativo nacional e a legislação que rege os projetos que estão em jogo.

Em terceiro lugar, não é só o *soft law* criado por financiadores públicos que influencia a contratação pública nacional. Os sistemas autorregulatórios puramente privados, como os Princípios do Equador, que contêm os requisitos para a gestão de riscos socioambientais no financiamento privado de projetos de desenvolvimento,[77] também influenciam a contratação pública nacional. Ademais, os agentes privados estão desenvolvendo o *soft law* para os contratos públicos em diversos segmentos, mediante contratos-modelo que servem de base para a celebração de contratos vinculativos entre agentes públicos e privados. A indústria do petróleo é um exemplo particularmente notável porque muitos dos contratos entre governos e diversas petrolíferas são celebrados com base em modelos desenvolvidos, por exemplo, pela Associação Internacional de Negociadores de Petróleo (AIPN), uma associação do setor privado.[78] Da mesma forma, os contratos-modelo de bancos privados desempenham um papel importante[79] no financiamento soberano. Esses exemplos ilustram a necessidade de ampliar a perspectiva para além dos sistemas públicos (nacionais e internacionais), a fim de entender quais

---

Disponível em: <http://go.worldbank.org/K7F3DCUDD0>; e a Política Operacional 4.10 sobre Povos Indígenas. Disponível em: <http://go.worldbank.org/UBJJIRUDP0>.

75 Ver Política sobre Sustentabilidade Socioambiental da Agência de Garantia de Investimentos Multilaterais, de 1º de outubro de 2007 (Anexo B dos Regulamentos Operacionais).

76 Ver SHIHATA, I. F. I. *The World Bank inspection panel in practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

77 Disponível em: <www.equator-principles.com/>. Ver também Meyerstein, nota supra 25.

78 Ver TALUS, K.; LOOPER, S.; OTILLAR, S. *Lex petrolea* and the internationalization of petroleum agreements: focus on host government contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 5, p. 181, 2012.

79 Ver, por exemplo, CHOI, S. J.; GULATI, M.; POSNER, E. A. Political risk and sovereign debt contracts. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 583. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1962788>.

processos, agentes e instrumentos influenciam contratação público-privada, conforme sugerido pela abordagem transnacional descrita na parte 2.

Por fim, os novos judicantes em níveis nacional e internacional desempenham um papel importante como elaboradores de normas para contratos públicos, principalmente os árbitros que são convocados para dirimir litígios decorrentes de contratos públicos. Sua autoridade deriva das cláusulas de arbitragem dos próprios contratos ou das disposições contidas nos tratados de investimento. Um exemplo de arbitragem público-privada nas relações administrativas são as arbitragens envolvendo as concessões de água na Bolívia, Argentina e Tanzânia.[80] Mais importante ainda é que os árbitros desses casos não apenas resolvem litígios individuais, mas também desenvolvem a legislação relativa às relações subjacentes, inclusive em áreas tão importantes como os setores de energia, serviços públicos e infraestrutura. Nesses casos, eles de fato fazem a lei porque as sentenças arbitrais se tornam públicas e influenciam posteriores tomadas de decisão enquanto jurisprudência.[81] O direito então elaborado tem a probabilidade de se tornar cada vez mais independente dos contextos nacionais específicos, considerando que empreendimentos semelhantes também ocorreram em arbitragens público-privadas com o surgimento da chamada *lex mercatória*.[82] Assim, os árbitros tornam-se legisladores e contribuem para a elaboração de um direito administrativo transnacional.

Em suma, a ação administrativa cooperativa não só traz outras fontes não nacionais do direito, como também introduz novos agentes, tanto públicos quanto privados, que fazem uso de, ou interpretam, instrumentos vinculativos e não vinculativos que influenciam a forma como os contratos públicos são celebrados, executados e aplicados nos litígios. Ao desconsiderar a totalidade de tais influências, apontando para o caráter não vinculativo desses processos, e ao desconsiderar os agentes, que não as administrações ou legisladores nacionais, como fabricantes do direito administrativo, estamos passando por

---

[80] Ver, por exemplo, *Biwater* v. *Tanzania*, 24 jul. 2004, Award, ICSID Case n. ARB/05/22; *Aguas del Tunari* v. *Bolivia*, 21 out. 2005, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case n. ARB/02/3; *Suez Vivendi* v. *Argentina*, 30 jul. 2010, Decision on Liability, ICSID Case n. ARB/03/19.

[81] KINGSBURY, B.; SCHILL, S. Investor-State Arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality, and the emerging global administrative law. *IILJ Working Paper*, 2009/6 (Global Administrative Law Series). Disponível em: <www.iilj.org/publications/documents/2009-6.KingsburySchill.pdf>.

[82] Ver SCHILL, S. Lex mercatoria. In: WOLFRUM, R. (Ed.). *Max Planck encyclopedia of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. v. vi, p. 823 (com outras referências).

cima de fatores importantes que influenciam a realidade da ação administrativa cooperativa em escala global, bem como as expectativas normativas dos agentes envolvidos. Em vez disso, é preciso perceber que só uma perspectiva ampla e transnacional sobre os diferentes espaços de produção, implantação e interpretação de normas nos permitirá alcançar uma visão abrangente da contratação pública e do direito que a rege. Por sua vez, uma teoria do direito administrativo deve englobar todos esses instrumentos, processos e agentes para além das divisões nacional-internacional e público-privado. Isso exige uma abordagem transnacional sobre o direito administrativo como marco da unidade e da identidade do direito administrativo sob a influência da globalização.

4. O direito administrativo, tanto na área do direito quanto como disciplina acadêmica, enfrenta desafios transformadores. Esses desafios estão relacionados ao aumento dos problemas jurídicos transnacionais que ultrapassam as fronteiras de qualquer Estado-nação, e que levam a soluções jurídicas que não estão vinculadas a um quadro jurídico nacional específico. Em vez disso, as soluções para os problemas jurídicos transnacionais são criadas dentro de um espaço transnacional. Nesse contexto, nos deparamos com dois fenômenos particulares: em *primeiro* lugar, a crescente desterritorialização da sociedade moderna no processo de globalização e, portanto, a natureza transnacional das necessidades e preocupações da sociedade (variando desde transações transfronteiriças simples a fenômenos globais, como a internet); e, em *segundo* lugar, a desnacionalização da autoridade jurídica para que possa se familiarizar com esse tipo de problemas, incluindo o deslocamento da autoridade jurídica para as instituições internacionais, o exercício da autoridade extraterritorial das administrações nacionais e o maior envolvimento dos agentes privados. A maneira de pensar o direito e os processos jurídicos nesse contexto e de forma abrangente constitui o objeto de uma abordagem jurídica transnacional. Ela se pauta em uma estrutura de pensamento que transcende tanto a divisão nacional-internacional quanto a divisão público-privado, e tem como objetivo compreender o direito hoje, incluindo o direito administrativo, como um fenômeno transnacional.

No contexto do direito administrativo, os processos judiciais transnacionais representam uma ruptura crucial com a ideia tradicional de que a autoridade administrativa e, portanto, o direito administrativo, estão necessariamente relacionados ao Estado-nação. Em vez disso, a administração da atualidade se dá tanto em nível nacional quanto em nível internacional, e envolve

agentes públicos e privados. Isso aumenta o volume de fontes jurídicas do direito administrativo, bem como o número de agentes que o empregam e o moldam de forma criativa. Os processos jurídicos transnacionais desafiam a ideia de que o direito administrativo tem um centro ou ápice, como a que existia no Estado-nação clássico, com sua burocracia weberiana de comando e controle capaz de governar de cima para baixo. Hoje, o direito administrativo como um todo carece de uma estrutura hierárquica; em vez dela, ele é constituído por múltiplos agentes que trazem seus conhecimentos e perspectivas sobre o direito administrativo para o debate em diferentes contextos e fóruns.

A globalização também impõe desafios para a teoria do direito administrativo, que pode servir como uma estrutura unificadora para pensar a ação administrativa e o direito administrativo em um espaço jurídico transnacional como esse. Se alguém pretende defender a ideia de que existe uma teoria geral do direito administrativo em um mundo globalizado, que seja uma teoria que explique as especificidades do direito administrativo, o seu objeto e princípios legais, independentemente de qualquer instituição administrativa internacional ou nacional em particular, tal teoria do direito administrativo deve estar dissociada de uma base nacional e estar fundamentada em diferentes conceitos e métodos. Tal teoria geral, sobre a qual este artigo adotou um foco específico sobre os contratos públicos, deve ser baseada em uma abordagem transnacional que englobe o direito internacional e o direito nacional, e abrace a ideia de que o direito administrativo também é constituído pelas interações entre os agentes públicos e privados.

Essa teoria geral deve começar com uma análise funcional dos problemas, interesses e elementos estruturais das relações administrativas *per se*, ou seja, ela deve simplificar o conteúdo das ordens e instituições jurídicas específicas, e construir um quadro jurídico geral e válido a partir de uma análise da administração como um fenômeno social universal. Tal teoria geral poderia desenvolver, por exemplo, teorias mais específicas ou subcategorias de uma teoria geral, tais como a teoria das formas de ação[83] ou dos princípios processuais e materiais,[84] com base na análise das características comuns da atividade administrativa. Dentre as possíveis ferramentas metodológicas para uma abordagem funcional, temos o direito e a análise econômica, a economia

---

[83] Ver GOLDMANN, M. *Internationale Öffentliche Gewalt*. Berlim: Springer, previsto para 2014.

[84] Ver VON BOGDANDY, A. Grundprinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen. In: *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013. v. XI, p. 275.

política, a análise de governança ou a reconstrução normativo-doutrinal, mas, acima de tudo, uma análise comparativa das estruturas jurídicas do direito administrativo que busca entender como elas podem ser encontradas nas diferentes ordens jurídicas nacionais e nos sistemas internacionais. Por fim, esse tipo de análise pode levar à elaboração de princípios gerais do direito administrativo transnacional tanto para o direito administrativo material quanto para o direito administrativo processual.

Até que os princípios unificadores sejam pensados e desenvolvidos, e capazes de formar o núcleo de um corpo desenvolvido do direito administrativo transnacional, a identidade do direito administrativo em um mundo globalizado só poderá ser encontrada em uma perspectiva mais comedida. Eu vejo essa identidade em um método transnacional uniforme de analisar os problemas de governança administrativa, e de fornecer soluções para os mesmos com base no pensamento do direito administrativo. Essa pode ser uma característica definidora da disciplina que as demais áreas jurídicas, principalmente o direito internacional e o direito privado, não podem substituir. Embora seja difícil entender o direito administrativo em tempos de globalização como o conjunto de todas as leis que governam, tanto de forma processual quanto de forma material, as relações entre o Estado e os seus cidadãos, é possível encontrar características unificadoras no modo como os advogados administrativos exercem a advocacia administrativa, analisando seus problemas subjacentes, e definindo os métodos para as suas soluções, independentemente do quadro jurídico vigente. A identidade do direito administrativo que engloba agentes nacionais e internacionais, públicos e privados, em uma perspectiva transnacional, se encontra na mentalidade e no método específicos de análise dos problemas das relações administrativas como problemas do direito administrativo.

Referências

ALA'I, P. From the periphery to the center? The evolving WTO jurisprudence on transparency and good governance. *Journal of International Economic Law*, v. 4, 2008.

ANDERSON, R. et al. Government procurement provisions in regional trade agreements: a stepping stone to GPA accession? In: ARROWSMITH, S.; ANDERSON, R. D. (Ed.). *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ARROWSMITH, S.; DAVIES, A. (Ed.). *Public procurement*: global revolution. Londres: Kluwer Law International, 1998.

AUBY, J.-B. Globalisation et droit public. In: ____. *Gouverner, administrer, juger*. Liber amicorum Jean Waline. Paris: Dalloz, 2002.

____. La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. *L'actualité juridique — Droit administratif AJDA*, v. 57, p. 912, 2001.

AUDIT, M. *Les conventions transnationales entre personnes publiques*. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 2002.

BURGI, M. *Priva-tisierung öffentlicher Aufgaben*: Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf. Munique: C. H. Beck, 2008.

CAROTTI, B. L'Icann e la governance di internet. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 57, p. 681, 2007.

CASINI, L. Down the rabbit-hole: the projection of the public/private distinction beyond the State. *Jean Monnet Working Paper*, n. 8, 2013.

____. *Il diritto globale dello sport*. Milão: Giuffrè, 2010.

____.; CASSESE, S.; NAPOLITANO, G. The new Italian public law scholarship. *Int'l J. Const. L.*, v. 9, 2001.

CASSESE, S. Global standards for national administrative procedures. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, 2005.

____. New paths for administrative law: a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, 2012.

CHOI, S. J.; GULATI, M.; POSNER, E. A. Political risk and sovereign debt contracts. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 583. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1962788>.

CRAIG, P. *Administrative law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2012.

DANN, P. *Entwicklungsverwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

DANWITZ, T. von. *Europäisches Verwaltungsrecht*. Berlim: Springer, 2008.

DAVIS, K. E.; FISHER, A.; KINGSBURY, B.; MERRY, S.E. (Ed.). *Governance by indicators*: global power through quantification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DELLA CANANEA, G. Minimum standards of procedural justice in administrative adjudication. In: SCHILL, S. (Ed.). *International investment law and comparative public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

____. Procedural due process of law beyond the State. In: VON BOGDANDY, A. et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

EHLERS, D. Internationales Verwaltungsrecht. In: ERICHSEN, H.-U.; ____ (Ed.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. ed. Berlim: De Gruyter, 2010.

FISCHER-LESCANO, A. Transnationales Verwal-tungsrecht. *Juristenzeitung*, v. 63, 2008.

GLASER, M. *Internationale Verwaltungsbeziehungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

GOLDMANN, M. Inside relative normativity: from sources to standard instruments for the exercise of international public authority. In: VON BOGDANDY, A. et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

GOLDMANN, M. *Internationale Öffentliche Gewalt*. Berlim: Springer, previsto para 2014.

GRIMM, D. *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

GUZMAN, A. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, 1998.

HARDEN, I. *The contracting State*. Buckingham: Open University Press, 1992.

HARTWIG, M. Icann — governance by technical necessity. In: VON BOGDANDY, A. et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

HILSON, C. The Europeanization of English administrative law: judicial review and convergence. *European Public Law*, v. 9, 2003.

HODGE, G. A.; GREVE, C.; BOARDMAN, A. E. (Ed.). *International handbook on public-private partnerships*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.

JANS, J. H. et al. (Ed.). *Europeanisation of public law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2007.

JESSUP, P. C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

KINGSBURY, B.; CASINI, L. Global administrative law dimensions of international organizations law. *International Organizations Law Review*, v. 6, 2009.

____; KRISCH, N.; STEWART, R. B. The emergence of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, 2005.

____; SCHILL, S. Investor-State Arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality, and the emerging global administrative law. *IILJ Working Paper*, 2009/6 (Global Administrative Law Series). Disponível em: <www.iilj.org/publications/documents/2009-6.KingsburySchill.pdf>.

KIRCHHOF, P. Mittel staatlichen Handelns. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. v. V.

KMENT, M. *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

KOH, H. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, 1996.

KOTZUR, M. *Grenz-nachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa*. Berlim: Duncker & Humblot, 2004.

KRISCH, N.; KINGSBURY, B. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European Journal of International Law*, v. 17, 2006.

LADEUR, K.-H. The changing role of the private in public governance — the erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation: a comparative approach. *EUI Working Paper*, n. 2002/9.

____ (Ed.). *The Europeanisation of administrative law*. Aldershot: Ashgate, 2002.

LAWSON, G. *Federal administrative law*. 4. ed. Minnesota: Thomson/West, St. Paul, 2007.

LINKE, C. E. *Europäisches Internationales Verwaltungsrecht*. Frankfurt am Main: Lang, 2001.

MAURER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. ed. Munique: C. H. Beck, 2011.

MAYER, O. Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 3, n. 3, 1888.

MEYERSTEIN, A. Global private regulation in development finance: the Equator principles and the transnationalization of public contracting. In: AUDIT, M.; SCHILL, S. (Ed.). *The transnational law of public contracts*. Bruxelas: Bruylant, previsto para 2014.

MÖLLERS, C. Transnationale Behördenkooperation. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 65, 2005.

____; VOßKUHLE, A.; WALTER, C. (Ed.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

MUCHLINSKI, P. *Multinational enterprises and the law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

NEUMEYER, K. *Verwaltungsrecht*. Munique: Schweitzer, 1910 a 1936.

NIEDOBITEK, M. *Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

OHLER, C. *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*: Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

RUFFERT, M. (Ed.). *The transformation of administrative law in Europe/La mutation du droit administratif en Europe*. Munique: Sellier, 2007.

SCHILL, S. Contracting with foreigners: international investment law implications. In: NOGUELLOU, R.; STELKENS, U. (Ed.). *Droit comparé des contrats publics/Comparative law on public contracts*. Bruxelas: Bruylant, 2010.

____. Lex mercatoria. In: WOLFRUM, R. (Ed.). *Max Planck encyclopedia of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. v. vi.

SCHMIDT-AßMANN, E. Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen. *Der Staat*, v. 45, p. 315, 2006.

____. Internationalisierung des Verwaltungsrechts — Einwirkungspfade und Rechtsprobleme. In: H. BAUER, H.; CZYBULKA, D.; KAHL, W.; VOßKUHLE, A. (Ed.). *Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat*. Festschrift für Reiner Schmidt. Munique: C. H. Beck, 2006.

____. The internationalization of administrative relations as a challenge for administrative law scholarship. In: VON BOGDANDY, A. et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

SHAFFER, G. Transnational legal process and State change. *Law & Social Inquiry*, v. 37, 2012.

SHIHATA, I. F. I. *The World Bank inspection panel in practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SLAUGHTER, A.-M. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SNYDER, F. (Ed.). *The Europeanisation of law*: the legal effects of European integration. Oxford: Hart Publishing, 2000.

STEWART, R. B. Administrative law in the twenty-first century. *New York University Law Review*, v. 78, p. 437, 2003.

SUBRAMANIAN, G. The disappearing delaware effect. *Journal of Law, Economics & Organization*, v. 20, 2004.

TALUS, K.; LOOPER, S.; OTILLAR, S. *Lex petrolea* and the internationalization of petroleum agreements: focus on host government contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 5, 2012.

TIETJE, C. *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*. Berlim: Duncker & Humblot, 2001.

TREASURY, H. M. Whole of Government Accounts year ended 31 March 2011. out. 2012. Disponível em: <www.gov.uk/government/uploads / system/uploads/attachment_data/file/185537/whole_of_government_ accounts_31-03-2011.pdf>.

TRIEPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Hirschfeldt, 1899.

VERDIER, P.-H. Transnational regulatory networks and their limits. *Yale Journal of International Law*, v. 34, 2009.

VERKUIL, P. Public law limitations on privatization of government functions. *North Carolina Law Review*, v. 84, 2004.

VON BERNSTORFF, J. The structural limitations of network governance: Icann as a case in point. In: JOERGES, C.; SAND, I.-J.; TEUBNER, G. (Ed.). *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

VON BOGDANDY, A. General principles of international public authority: sketching a research field. In: VON BOGDANDY, A. et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

____. Grundprinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen. In: *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013. v. XI.

____. National legal scholarship in the European legal area — a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, 2012.

____. Verwal-tungsrecht im europäischen Rechtsraum — Perspektiven einer Disziplin. In: ____; CASSESE, S.; HUBER, M. (Ed.). *Handbuch Ius Publicum Europaeum IV*: Verwaltungsrecht in Europa. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

____; DANN, P.; GOLDMANN, M. Developing the publicness of public international law: towards a legal framework for global governance activities. In: ____ et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

____; GOLDMANN, M. Taming and framing indicators: a legal reconstruction of the OECD's Programme for International Student Assessment (Pisa). In: DAVIS, K. E.; FISHER, A.; KINGSBURY, B.; MERRY, S.E. (Ed.). *Governance by indicators*: global power through quantification and rankings. Oxford: Oxford University Press, 2012.

____ et al. (Ed.). *The exercise of public authority by international institutions*. Heidelberg: Springer, 2009.

WALINE, J. *Droit administratif*. 24. ed. Paris: Dalloz, 2012.

WENANDER, H. Recognition of foreign administrative decisions. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 71, 2011.

ZUMBANSEN, P. Transnational law. In: SMITS, J. M. (Ed.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham: Elgar, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/ab-stract=1105576>.