



O QUE SE DIZ E O QUE SE CALA: A GOVERNANÇA ENTRE A FUGA DO DIREITO E A BUSCA PELO CONTROLE

Salem Hikmat Nasser

Resumo

Mudanças conceituais, sugere Quentin Skinner, são simultaneamente índices e indutores de mudanças políticas.¹ Nosso discurso sobre o cotidiano opera escolhas, exclusões e deslocamentos que testemunham e promovem mudanças nas formas estabelecidas de apreender e significar a realidade.² Esse texto propõe que a ascensão recente do termo *governança* como conceito central para os discursos jurídicos, sobretudo no âmbito do Direito Internacional, não pode ser plenamente compreendida sem que se leve em conta o conjunto de mudanças valorativas que ela manifesta. A primeira seção analisa as vertentes de resignificação do termo *governança*, sobretudo em suas aplicações no campo jurídico. A segunda sugere que a nova semântica associada ao termo é marcada por uma fuga de formas tradicionais de organização político-jurídica. A terceira examina a hipótese de essa fuga representar uma tentativa de resposta ao tipo de complexificação que a globalização e as mudanças tecnológicas trouxeram às relações internacionais. A quarta seção aporta uma análise do impacto dessa nova percepção de governança sobre a ideia de regulação e a quinta concluiu com discussão dos desafios de operar controles de legitimidade e qualidade da governança.

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2004), tendo defendido tese em que relacionava a noção de Soft Law ao estudo das fontes do direito internacional público. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), obteve um DSU - Diploma Superior da Universidade em Direito Internacional Privado e um DEA - Diploma de Estudos Aprofundados em Direito Internacional Público - da Universidade de Paris II - Panthéon Sorbonne (1992 e 1993). Desde 2004, é professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - Direito SP, onde, em consonância com a proposta inovadora de ensino do direito da instituição, tem desenvolvido materiais didáticos e testado metodologias de ensino para as disciplinas relacionadas à regulação jurídica das relações internacionais. Sua agenda de pesquisas inclui investigações teóricas sobre o direito internacional público, hoje reunidas sob a temática geral de Rule of Law e Direito Internacional, o que inclui a fragmentação do direito internacional e a noção de regimes jurídicos transnacionais; o estudo do direito islâmico e suas relações com o direito internacional; a diversidade de representações do direito e sistemas jurídicos comparados. Alguns desses temas têm sido objeto de várias publicações e apresentações públicas. Tem igualmente investigado e discutido intensamente questões relacionada ao Oriente Médio e aos mundos árabe e muçulmano. Coordenador do Centro de Direito Global da Direito SP. Foi, em 2009 e 2011, respectivamente, pesquisador visitante do Lauterpacht Centre for International Law e do European University Institute.

¹ SKINNER, Quentin. Language and political change in BALL, Terence et al. **Political Innovation and conceptual change**. CUP, 1989, 1995. Pp. 6-23.

² GHIRARDI, José Garcez. Always invisible, yet obvious: the place of socially vulnerable citizens in Brazil's legal education. Estar sempre oculto, sendo óbvio: o lugar dos vulneráveis no ensino de Direito no Brasil in: Lena Kunz, Vivianne Ferreira Mese (Hrsg.) **Rechtssprache und Schwächerenschutz**, Seite 349 – 356 - 1. Auflage 2018, ISBN print: 978-3-8487-4316-2, ISBN online: 978-3-8452-8585-6, <https://doi.org/10.5771/9783845285856-349> GHIRARDI, José Garcez. Kunz / Ferreira Mese **Rechtssprache und Schwächerenschutz**. Org. Kunz, Lena & Mese, Vivianne Ferreira, 2018,

Palavras-chave

Governança. Governo. Regulação. Direito Internacional

WHAT IS SAID AND WHAT ISN'T: GOVERNANCE BETWEEN THE ESCAPE FROM LAW AND THE SEARCH FOR CONTROL

Abstract

Conceptual changes, suggests Quentin Skinner, are simultaneously indexes and inducers of political change. Our everyday discourse operates choices, exclusions and displacements which both testify to and promote changes in the way we apprehend and signify life. This paper argues that the recent rise in prestige of the word *governance* as a central concept in legal discourse, especially in International Law, cannot be fully understood without taking into account the set of value changes it manifests. The first section analyses instances of re-signification of the word *governance*, above all when used in Law. The second suggests that this new semantics bespeaks a movement of moving away from traditional forms of legal-political organization. The third examines the hypothesis that this moving away is an attempt to respond to the complexity globalization and technological changes have brought to international relations. The fourth offers an analysis of the impact that this new perception of governance has on the idea of regulation and the fifth concludes with a discussion on the difficulties to control the legitimacy and the quality of governance.

Keywords

Governance. Government. Regulation. International Law

“POLONIUS

O que é que está lendo, meu Príncipe?

HAMLET

Palavras, palavras, palavras.

HAMLET, Ato II, cena 2³

1 O SENTIDO DAS PALAVRAS

Alguns vocábulos parecem fadados a uma vida de indeterminação. Riqueza na poesia e da literatura, essa característica necessariamente polissêmica e multifacetada das palavras é exorcizada como anátema nos textos que se querem científicos. Os discursos dos poetas e dos filósofos, como já suspeitava Platão, não se coadunam facilmente. Para esses últimos, a ambição estruturante é a de construir um discurso sem ambiguidades, em que rigor de linguagem e rigor de pensamento se espelhem e se reforçam. Um bom texto acadêmico é um texto preciso, isto é, sem deslizamentos de sentido. No campo jurídico, esse desejo de precisão vocabular está na base da proposta positivista.

Assim como as crianças, entretanto, as palavras têm o hábito de não fazer exatamente o que delas esperamos. Frequentemente, em nossos discursos teóricos, elas frustram exatamente essa vontade de precisão. Desejamos que, de forma clara e sem ambiguidades, carreguem ideias, representem movimentos, sustentem visões do que o mundo é ou deveria ser – entretanto, no momento mesmo em que as relemos já

³ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: L & PM, 1997.

percebemos que são passíveis de outras conceituações, amiúde múltiplas, variáveis, que impugnam ou problematizam a primeira como imprecisa ou provisória.

Quando confrontados com esses vocábulos, acreditamos perceber sem ambivalências o universo de ideias de que nos aproximam e pensamos intuitivamente perceber seu significado fundamental, ainda que talvez não o saibamos expressar com confiança. Logo descobrimos que, diante de cada instância em que esses vocábulos são usados, temos que proceder a uma nova determinação do sentido que, naquela instância específica, se empresta ao termo, potencialmente diverso daquele que carrega em outras circunstâncias. Sem esse ajuste semântico, torna-se por vezes impossível entender o argumento proposto. Governança é um desses vocábulos.

A ideia geral a que o termo remete é aquela de ordenação e gerenciamento do mundo, da sociedade, de conjuntos de problemas e relações. A versão de Philippe Schmitter sintetiza alguns dos traços mais geralmente aceitos com definidores desse conceito:

Governance is a method/mechanism for dealing with a broad range of problems/conflicts in which actors regularly arrive at mutually satisfactory and binding decisions by negotiating and deliberating with each other and cooperating in the implementation of these decisions⁴

Como aponta o próprio Schmitter, entretanto, mesmo uma definição cuidadosa e detalhada como essa é incapaz de evitar algum grau de entropia semântica. Essa indeterminação tem a ver com os modais e os mecanismos dessa ordenação e desse gerenciamento. Esses elementos podem se compor em diversos arranjos, quiçá fortemente díspares com atores, dinâmicas e estruturas diferentes – ainda assim, entretanto, tais arranjos poderiam ser crivelmente descritos como formas de **governança**. A fluidez do conceito, como se verá, ajuda a acomodar provisoriamente a complexidade de um mundo que não se compreende bem.

Quando, como não é raro acontecer, a palavra governança vem acompanhada de um complemento, como em governança corporativa ou governança global, talvez se feche um pouco o leque de sentidos possíveis, já que algum conforto pode ser encontrado na especificação adjetiva, que é limitadora por natureza, e pelo uso repetido, em contextos, círculos e comunidades discursivas específicas. Assim, é provável que governança corporativa remeta à autorregulação no âmbito das empresas e/ou à observância por estas de regras de mercado, e é provável que, em determinados discursos, governança global diga respeito ao funcionamento das instituições interestatais e à sua capacidade de resolver conflitos nas relações internacionais.⁵

Essas combinações ou parcerias entre os vocábulos podem ser vistas como usos mais restritos do termo governança, cujo alcance ficaria limitado pela qualificação que o acompanha. Assim, nelas a palavra indicaria apenas a ideia de ordenação e gerenciamento e o complemento, mais relevante, daria os contornos e o universo de aplica-

⁴ SCHMITTER, Philippe C. Can the European Union be legitimized by governance? in: **European Journal of Legal Studies**, vol, 1, No. 1, p. 105.

⁵ É o que se observa nos textos de McGrew e Held (2002), Lima (2012), Biesteker (2015) e Murphy (2000), ao discutirem sobre a governança global, e nos textos de Macey (2008) e Dnes (2005), sobre governança corporativa.

ção desse gerenciamento e os seus instrumentos. À redução do alcance corresponderia o aumento da precisão conceitual.

Mesmo no seio dessas combinações, no entanto, intuem-se leituras – tipicamente, não explicitadas - da especificidade do termo governança, isto é, do **substantivo** (nas duas acepções) que se vê qualificado ou restrito. A ideia de que se articula algum tipo de especificidade parece manifesta, primeiro, pelo fato de que, por alguma razão, a escolha recai sobre essa palavra e não sobre uma outra de significado semelhante. Não diz, por exemplo, governo, coordenação ou gestão, mas **governança**.

Além disso, o uso cada vez mais corrente do vocábulo nos debates acadêmicos aponta também no sentido de uma busca compartilhada de especificidade que, todavia, segue fugidia: nos discursos teóricos, parece não ser mesmo possível usar outro vocábulo e ainda carregar a mesma intenção de sentido. A intuição de uma especificidade aparece muito mais forte quando governança aparece sem complementos e sem qualificativos.

Haveria, portanto, elementos de distinção, de especialidade, carregados pela governança. Esses elementos decorrem, assim, sobretudo de seu uso.⁶ O movimento que se ensaia aqui é de exploração. Busca-se identificar os sentidos que o uso do termo, que os discursos sobre governança, embutem e carregam.

2 GOVERNANÇA COMO FUGA DO TRADICIONAL

É evidente o parentesco entre governança e dois outros termos, governo e governabilidade. Assim, sem surpresa, seus usos mais correntes oscilam entre esses dois polos. Muitas vezes governança é empregada em sentido que a aproxima mais de governo, de lócus de poder e de organização da vida. Outras vezes se aproxima mais de governabilidade, remetendo às condições para gerenciar a vida, à capacidade de proceder a esse gerenciamento. Entretanto, e a despeito dessa oscilação, é **governança** o termo utilizado para designar novas realidades. Quais seriam as razões para preferir usar, se não mesmo, sentir que não há alternativa que não seja usar, governança e não governo ou governabilidade?

Governo, entendido como lócus e estrutura de poder, de capacidade de organização da vida, está associado ao Estado, mais especificamente ao funcionamento interno do Estado, ao lugar em que se organiza, normatiza e governa a vida em sociedade. Há algo em governo que remete muito claramente a ideias de verticalidade, de hierarquia e de centralização do poder e de seu exercício. É possível sugerir que estará aí uma razão central para a substituição do vocábulo por outro que já não carregue tão claramente a distância entre governo e governados.⁷ Evitar essa distância, pode-se

⁶ Nos vários dicionários, o sentido genérico remete ao ato ou processo de governar e apontam para a mesma raiz etimológica. (ver FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. (5ª ed.) Curitiba: Editora Positivo, 2018 e HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009). É apenas o uso contemporâneo que dará a esse sentido genérico e a essa raiz colorações específicas.

⁷ Jensen (2008, p.381), sugere algo semelhante: “where ‘government signifies the structure and function of public institutions, their authority to make binding decisions and allocation of values through politics, policy and administration, ‘governance’ embraces all actors, organizations, and institutions, public and non-public, involved in structuring politics and their relationships, whether

arguir, representa uma primeira fuga – a do descolamento entre os que tomam as decisões e os que a cumprem – que o uso do termo **governança** parece operar vis-à-vis as nomenclaturas tradicionais.

Já governabilidade, enquanto condição em que se exerce a atividade de gerenciar o cotidiano político, decorrente das circunstâncias e das capacidades que se tem, parece inevitavelmente conectada às capacidades de e às circunstâncias encontradas por um governo.⁸ A maior ou menor capacidade de controle e de organização da vida social e as melhores ou piores condições em que esse controle e organização se dão não parecem dispensar facilmente as ideias de verticalidade, hierarquia e centralização que marcam o governo e o Estado. Ao se fazer uso de governança querendo referir às condições de gerenciamento do mundo, escapa-se mais facilmente dessas noções. Também aqui, o termo permite contornar as implicações hierárquicas latentes nos outros dois conceitos.

No campo jurídico, esse movimento tem reverberações próprias. Um instrumento central de que dispõe o Estado enquanto se desincumbe da tarefa de governar, de organizar e gerenciar a vida em sociedade, é o direito, isto é, a criação de normas e de instituições que as implementam e fazem cumprir. O direito criado e aplicado pelo Estado, ao menos em sua versão Moderna, incorpora e expressa as ideias de verticalidade, hierarquia e centralização.

Por um lado, ele decorre, assim, da centralização do poder na mão do Estado e da posição hierarquicamente superior que este tem em relação aos governados. Por outro, as normas do direito estatal se organizam em sistemas, estruturas que as colocam em relações significativas, em que a validade de cada uma decorre das que lhe são hierarquicamente superiores, até que se atinja o ápice da pirâmide – para referir a metáfora matricial de Kelsen. Quando se expressa a ideia de ordenação da vida usando o termo governança, escapa-se também, ou é possível fazê-lo, do instrumento central de que dispõe o Estado quando procede ele a essa ordenação.

Assim, governança realiza um movimento de fuga, fuga do Estado e fuga do direito. Fuga do Estado duas vezes, pois foge da ideia de governo e de governabilidade e foge do direito estatal. E fuga do direito duas vezes porque, além de fugir do direito enquanto ordenamento jurídico hierárquico que opera nas sociedades nacionais, foge também do direito internacional que, conquanto não conheça a mesma centralização nem a mesma hierarquia dos sistemas nacionais, tem ainda nos Estados, enquanto partícipes de uma sociedade internacional, seus produtores.

Esse movimento de fuga, e de fuga dupla, parece sugerir uma perspectiva de que, de modo genérico, a função de ordenamento das relações sociais, políticas e econômicas no mundo já não está mais exclusivamente na mão do Estado e/ou de que o Estado já não realiza essa função tão bem e/ou de que já não deveria fazer. A despeito

within sovereign nation-states or without”, assim como Kettl (2002, p.58) “(...) In short, what Hamilton never expected was the importance of governance as well as government. (...) Power has become broadly shared with nongovernmental partners, federal power is shared with state and local partners, and no important problem remains within the boundaries of any local government for long”.

⁸ Sobre o tema, ver Diniz (1995;1996), Melo (1995) e Monteiro (2008).

das nuances derivadas das escolhas ideológicas de cada um, esse diagnóstico básico de superação ou insuficiência do Estado parecem amplamente compartilhadas.⁹

Frequentemente, esse movimento de fuga se faz não de forma deliberada, mas como narrativa **normal** sobre o mundo. Há apenas a naturalização de novos discursos sem que muita atenção seja dada ao seu alcance, sem que as implicações dos discursos e as transformações que anunciam ou pregam sejam especialmente notadas. Por vezes, ao falar de governança, pretende-se simplesmente descrever um novo mundo. Outras vezes, o discurso da governança aparecerá como pregação e como argumento para o que o mundo dever ser. Quer se pretenda descritivo, quer se queira normativo, o discurso sobre governança é tocado no mais das vezes por essa normalização, por essa naturalização pouco inquisitiva.

Por vezes, as fronteiras entre o descritivo e o normativo não se fazem claras (como, em outros termos, já apontara Austin em seu clássico *How to do things with words*¹⁰). Isto é decorrência da mesma naturalização dos conceitos que raramente é acompanhada do esforço crítico exemplificado por Schmitter e que, portanto, não chega a se perceber como movimento de fuga do direito e do Estado.

E por que isso acontece? Como dito, ou se pensa que o mundo já é assim, ou se considera que é assim que o mundo deveria ser, que isto seria bom. Por que então as coisas estão acontecendo assim ou por que deveriam acontecer assim?

Há duas razões centrais.

3 COMPLEXIDADE E EFETIVIDADE

É um lugar comum dizer que a complexidade do mundo é crescente mas, como todo lugar comum, expressa uma verdade. Ele nos indica que temos a sensação de um mundo cuja dinâmica de funcionamento nos escapam, cujas causalidades são algo misteriosas, cujo sentido parece obscuro. Esse sentimento de complexidade, que é reflexo e razão das crises políticas e sociais que hoje vivemos,¹¹ tem sido habitualmente atribuído a fatores de natureza bastante diversa cujos efeitos, contudo, se entrelaçam e desafiam nossos esforços explicativos.¹²

Por um lado, a complexidade cresce porque as relações, as trocas, os contatos se veem incrementados e se sofisticam. Isso tem a ver com a evolução tecnológica e com a transformação dos meios de comunicação e de transporte.¹³

Por outro lado, há uma evolução da ciência e dos saberes que nos permite conhecer melhor o funcionamento do mundo, da natureza e das sociedades, revelando mais aspectos de sua incrível complexidade, quer aquela parte da complexidade que sempre esteve ali e que nos era invisível, quer aquela parte que se adicionou aos processos naturais e sociais.

⁹ CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

¹⁰ AUSTIN, John Langshaw. **How to Do Things with Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

¹¹ ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité**. Paris: Le Seuil, 2008.

¹² Ver Bauman (2000) e Giddens (1991).

¹³ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

As possibilidades multiplicadas de interação e de trocas permitem que os atores sociais se reúnam em torno de interesses das mais variadas naturezas. Assiste-se assim ao que se poderia chamar de fragmentação da vida, uma fragmentação que ou é especificamente cognitiva, relacionada aos saberes, ou é setorial ou funcional, centrada nos interesses, combinados ou não com saberes específicos.¹⁴ Os próprios membros das comunidades de saber ou de interesse passam a proceder ao gerenciamento dos seus universos, das suas relações, dos seus problemas. A própria ordenação, portanto, se vê igualmente fragmentada.

Mas a complexidade não está apenas na multiplicação de fragmentos, de saberes e de setores da vida. Ela está também, e talvez sobretudo, no fato de que esses fragmentos entretêm relações necessárias com os outros fragmentos e com as estruturas sociais e políticas tradicionais. O todo, e não apenas as partes, demanda também entendimento.

Esse mundo complexo, como um todo e também aos pedaços, chamaria a novos meios de ordenação da vida. O Estado e seu instrumento clássico, o direito, já não dariam conta de operar essa ordenação. Na medida em que, de algum modo, sejam ensaiados esforços de ordenação mais compreensivos, mais próximos de atingirem o todo de um mundo complexo e não apenas as suas partes, isso se dará em foros que, ainda que incluam os Estados, estarão fora dele, além dele.

De todo modo, os instrumentos de que se lança mão para proceder ao gerenciamento dessa complexidade, das relações e dos temas, já não são produzidos ou manejados exclusivamente pelo Estado – muitas vezes o são sem qualquer participação deste – e já não se vêm restritos aos instrumentos do direito estatal, hierárquico, centralizado.¹⁵

A esse universo de mecanismos de ordenação do mundo, e também às suas partes, tem-se tendido a chamar de governança. Assim, governança não é apenas um termo que expressa um impulso, o mais das vezes inarticulado, para fugir do Estado e do direito, mas também o nome que se costuma dar aos fenômenos concretos que constituem essa fuga.

E, para sermos mais precisos, quando o nome se refere à globalidade do fenômeno, isto é, quando se quer referir à parte maior do processo de ordenação e gerenciamento, aquilo a que se chama governança necessariamente inclui o direito e a participação do Estado. O fenômeno inclui o direito e o Estado, mas não se restringe a eles e aos seus métodos e instrumentos.

Como dito, a referência à governança ou os discursos sobre a mesma podem constituir esforços descritivos de algo que talvez se pudesse chamar de novo mundo. A descrição pode ser mais ou menos acurada, mais ou menos precisa. Ou, os discursos podem ser normativos, podem advogar em favor desse novo mundo, ou seja, podem militar pela fuga que a governança anuncia, e isto por razões que serão discutidas. Quer se esteja fazendo um exercício descritivo do mundo, quer se esteja fazendo

¹⁴ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

¹⁵ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la Pyramide au Réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

uma receita para o mundo, parece sempre haver a presunção de que governança opera mais efetivamente a ordenação do mundo.

4 GOVERNANÇA E REGULAÇÃO

Como a governança faz o que faz? Como se dá o gerenciamento do mundo em que se escapa do direito e do Estado? Parece seguro dizer que todo e qualquer esforço de ordenação de relações sociais, de comportamento de atores sociais se valerá de alguns instrumentos: i) normas, prescrições de comportamento; ii) mecanismos de tomada de decisão; iii) mecanismos de implementação das normas e de controle dos comportamentos e iv) mecanismos de solução de controvérsias. Já que concebemos a possibilidade de universos restritos, fragmentos, de governança, concebe-se também que nem todos esses instrumentos ou mecanismos estejam sempre presentes. O mínimo que se deve sempre ter, no entanto, são normas que prescrevam comportamentos.

Note-se que sem normas não pode haver qualquer das outras coisas, porque são normas as que prescrevem comportamentos e são normas as que criam e ditam o funcionamento dos mecanismos de controle, de tomada de decisão e de solução de controvérsias. Há normas que têm por objeto o comportamento e há normas que tem por objeto o gerenciamento do comportamento.

Assim, a feitura de normas, a criação de regras, aparece como função essencial de qualquer esforço de gerenciamento, de ordenação, de governança. A essa ação geral de criar normas ou regras pode-se dar o nome de regulação¹⁶. Essa função pode aparecer como uma das componentes da governança, ao lado dos processos de tomada de decisão e dos mecanismos de solução de controvérsias, por exemplo. Seria, portanto, o equivalente a uma função legislativa que correria paralela às funções executiva e jurisdicional. Mas, pelas razões expostas logo acima, todos os processos podem ser reunidos sob a função genérica de criar regras e de gerenciá-las. Regulação pode ser nome genérico a englobar todas as funções.

O Estado e o direito, quando fazem a sua parte na ordenação do mundo, valem-se das mesmas funções fundadas em criação de normas e seu gerenciamento. A diferença está em que, nos processos que reunimos sob o nome de governança, essas funções não estão concentradas exclusivamente nas mãos do Estado e as normas não carregam as características centrais daquelas outras que são jurídicas: a validade ou obrigatoriedade e o pertencimento a um ordenamento uno, coerente, hierarquizado.

Regulação, no entanto, não tem apenas esse sentido genérico de ato de criar regras. A palavra tem, certamente, outros sentidos genéricos relacionados, por exemplo, aos atos de calibrar, sintonizar, etc. No universo a que nos referimos, no entanto, o sentido de criação de regras é, dos mais genéricos, o que mais interessa. Mas há um sentido específico que importa também cuidar aqui.

¹⁶ Para Moreira e Maças, (2003), uma das possíveis definições do conceito de regulação é, justamente, o estabelecimento e implantação de regras e normas. De maneira semelhante, Sanches (2000), traz a definição de regulação enquanto a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas atividades.

É cada vez mais comum o uso da palavra regulação com referência a um certo tipo de norma, algo que talvez fosse mais propriamente chamado de regulamento, ou a um tipo específico de criação normativa, como aquele que é operado pelas agências reguladoras, em setores regulados.¹⁷

Parece certo que entre nós a palavra, nesse sentido mais restrito, ganhou livre curso por influência do direito anglo-saxão, mais especificamente o norte-americano. Ali, a palavra *regulation* aparece, no singular, com o sentido de norma usualmente emitida pela administração e logo, ainda no singular, acompanhada de um número ou um qualificativo, ou seja, remetendo a normas específicas mais conhecidas.¹⁸ Isto quer dizer que referência é feita a uma norma, uma regulação – ou regulamento – específica. Quando aparece no plural, *regulations*, a referência é feita ao tipo de norma ou de instrumento normativo.¹⁹ Esse tipo de instrumento é definido como aquele que emana de agências ou órgãos a partir de delegação de poder feita pelo poder executivo.

Regulação, portanto, na sua origem e no modo como foi entre nós incorporada, assim como acontece ao apontarmos para a sua íntima relação com a noção de governança, remete ao poder de criar normas que tem e exerce a administração, e não qualquer poder ou ramo do governo – ou, de modo geral, da ordenação do mundo – que se possa chamar de legislativo.

Quando, na esfera do que se poderia chamar de governança, e especialmente quando nos referimos àquela dita global, se identifica a regulação produzida por entes privados, com ou sem a colaboração dos Estados, e quando se está falando de regulação cujo cumprimento não é obrigatório, outro traço importante da regulação aparece. A relevância da regulação decorre de que tem por objeto temas tocados de algum modo pelo que se poderia chamar de interesse público. Se ela tocasse apenas o universo da autonomia privada dos atores envolvidos na sua produção, seu interesse estaria confinado à descrição da engenharia da autorregulação.

Justamente por afetar o interesse público, até mesmo a regulação privada pode ser vista como ação administrativa.²⁰ A regulação como marca distintiva da governança carrega, portanto, essa dupla especificidade, a de atingir o interesse público e, sobretudo, a de ser um tipo de produção normativa feita por atores vistos como desempenhando funções administrativas.

Governança, então, além de operar a fuga em relação ao Estado e ao direito, ajuda a operar uma transposição da função de criar normas dos loci em que essa fun-

¹⁷ Tal é a utilização dada por Menezes (2005).

¹⁸ GARNER, Bryan A. (ed.) **Black's Law Dictionary**. (8ª ed.). Thomson West, EUA, 2004. p. 1311.

¹⁹ "rules or other directives issued by administrative agencies that must have specific authorization to issue directives and upon such authorization must usually follow prescribed conditions, such as prior notification of the proposed action in a public record and an invitation for public comment." (GIFIS, Steven H. **Barron's Law Dictionary**. New York: Barron's Educational Series, 2010. p 425)

²⁰ Ver, por exemplo, KINGSBURY, B.; KRISCH, S; et al. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative law. In: **Law and Contemporary Problems**, v. 68, n. 3-4, 2005. pp 1-13 ou "...much of global governance can be understood and analyzed as administrative action: rulemaking, administrative adjudication between competing interests, and other forms of regulatory and administrative decision and management." (KINGSBURY, KRISCH, STEWART, 2005, p. 17), e CAFAGGI, Fabrizio. New Foundations of Transnational Private Regulation. In: *Journal of Law and Society*, v. 28, n. 1, 2011.

ção era exercida – o legislativo e os legisladores – para a administração – o executivo, nos Estados e um administrador pulverizado e distribuído, no contexto global.

Em governança parece só haver poder executivo. Quem produz as regras, administra sua aplicação, resolve controvérsias, toma decisões, o faz sempre como administrador. Qualquer noção de equilíbrio de poderes não se verifica entre as funções, mas sim entre os vários administradores distribuídos na governança. Apenas na medida em que os Estados e o direito também continuam a fazer parte do processo geral de ordenação e gerenciamento do mundo, é que os mecanismos de equilíbrio entre os seus poderes continuam a operar.

5 QUEM CONTROLA O REGULADOR NA GOVERNANÇA?

Quando se foge do Direito, se deixa escapar a esperança de um estado de direito, pelo menos na concepção clássica da expressão. Estado de direito e seu equivalente em inglês, *rule of law*, a despeito de especificidades diferenciadores entre as duas ideias, carregam ambas a ideia de que é preciso e possível aferir a qualidade das ordens jurídicas. Essa qualidade está relacionada à possibilidade de conhecer o que preveem as normas e à limitação do exercício arbitrário do poder.²¹

Nos Estados, o grau de estado de direito ou de *rule of law* leva em conta a legitimidade do governo, a boa distribuição dos poderes estatais, a atuação dos órgãos legislativos e a qualidade das normas produzidas, sua clareza, abertura, seus processos de mudança, a independência do judiciário e sua capacidade de controlar a aplicação das normas, etc. Já no Direito Internacional, não havendo poder unificado e supraestatal, a qualidade do ordenamento jurídico se conecta à legitimidade da distribuição de poder entre os Estados, à qualidade das normas e ao funcionamento das instituições, sempre de acordo com a lógica de funcionamento de uma ordem jurídica una e coesa.

Quando se passa à governança, como aferir a qualidade das normas, a legitimidade de seu processo de produção e de suas resultantes, e como frear o exercício arbitrário do poder? Porque, não deve restar dúvida, a ausência, ainda que parcial, do Estado e do Direito não implica em ausência de diferenças e jogos de poder.²²

Governança, como visto, responde em princípio à maior complexidade do mundo operando uma fuga do Estado e do Direito, operando a transferência da função de ordenar o mundo para um administrador pulverizado e distribuído que por meio da regulação realiza essa função. Como visto também, regulação e atividade administrativa implicam a ideia de respostas a temas de interesse público e, por isso, pensar o seu controle é especialmente relevante.

²¹ Essa discussão pode ser encontrada em NASSER, S. H. **Rule of Law** e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VILHENA, OSCAR; DIMOULIS, D. (Ed.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

²² Ver, sobre isso, GHIRARDI, José. G. e NASSER, Salem. N. Around the Pyramid: political-theoretical challenges to law in the age of global governance. In: **Revista de Direito Internacional Uniceub**, v. 15, n.1, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4934>.

Não havendo unidade do poder ou da função organizativa e não havendo unidade, sistematicidade e coerência das normas, dos mecanismos de tomada de decisão e de solução de controvérsias, qualquer tentativa de aferição da qualidade dos instrumentos regulatórios e da legitimidade de sua produção e efeitos será um desafio maior e diferenciado.

Apenas na medida em que a ideia geral de governança incorpora a atuação dos Estados e o funcionamento do direito que eles produzem, a avaliação da qualidade dessa governança depende, em parte, da qualidade dos sistemas jurídicos domésticos eventualmente envolvidos e da qualidade do direito internacional público.

Para além disso, apenas no caso-a-caso será possível aferir a legitimidade e a qualidade da atuação de cada administrador, de cada regulador, no seio de cada fragmento especializado da vida.

Para responder a isso, a literatura tende a apoiar-se em noções como legitimidade, transparência, *accountability*, participação, para avaliar ou para colocar os critérios normativos para a qualidade da regulação.

E nesse sentido, como diz Nasser (2015):

Nenhuma conclusão geral parece ser facilmente acessível, senão que alguns conjuntos regulatórios podem refletir a inclusão de e a participação de atores concernidos – *stakeholders* - no processo de criação de normas e na avaliação a posteriori das normas, tornando possível uma maior aderência e melhores chances de efetividade para as normas, assim como para seu contínuo desenvolvimento. Outros conjuntos regulatórios podem, ao contrário, refletir as desbalanceadas relações de poder.²³

A fuga do Estado e do Direito pode aparecer como inevitável para enfrentar um mundo sempre renovado e sempre mais complexo, mas deve ser igualmente inevitável que se faça acompanhar de uma busca constante pela redução do espaço do arbítrio e da injustiça.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Liquid Modernity**. Oxford: Polity Press, 2000.
- BIERSTEKER, Thomas. Global Governance. In: ROTBERG, Robert I. (ed). *On Governance: What it is, What it Means and Its Policy Uses*. McGill-Queen's University Press, 2015. pp. 151-172.
- CAFAGGI, Fabrizio. New Foundations of Transnational Private Regulation. In: *Journal of Law and Society*, v. 28, n. 1, 2011.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil nos Anos 90". In: **Dados**,

²³ NASSER, Salem H. Direito Global em Pedacos: fragmentação, regimes e pluralismo. In: **Revista de Direito Internacional Uniceub**, v.12, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>.

v. 38, n. 3, 1995.

_____. Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. In: **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 120, n.2, mai/ago, 1996.

DNES, Antony W. Introduction: corporate governance: an international perspective. In: **Managerial and decision economics**, v. 26, n. 7, 2005. Pp 411-412.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. (5ª ed.) Curitiba: Editora Positivo, 2018.

GARNER, Bryan A.(ed.) **Black's Law Dictionary**. (8ª ed). Thomson West, EUA, 2004.

GHIRARDI, José. G. e NASSER, Salem. N. Around the Pyramid: political-theoretical challenges to law in the age of global governance. In: **Revista de Direito Internacional Uniceub**, v. 15, n.1, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4934>.

GIDDENS, Anthony. **Modernity and Self-Identity: self and society in the Late Modern Age**. Cambridge: Polity Press, 1991.

GIFIS, Steven H. **Barron's Law Dictionary**. New York: Barron's Educational Series, 2010.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.

JENSEN, Laura S. Government, the State, and Governance. In: **Polity**, Vol. 40, No. 3, 2008. pp. 379-385.

KETTL, Donald F. **The Transformation of Governance: public administration for twenty-first century America**. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002.

KINGSBURY, B.; KRISCH, S; et al. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative law. In: **Law and Contemporary Problems**, v. 68, n. 3-4, 2005.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. O Conceito de Governança Global do Desenvolvimento Sustentável no Estudo da Efetividade da Norma Jurídica: Reflexões epistemológicas. In: **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 32, n. 2, 2012. pp. 157-178.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACEY, Jonathan R. **Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken**. Princeton University Press, 2008.

McGrew, A. and Held, D. (eds.) **Governing globalization: power, authority and global governance**, Cambridge, UK. Polity Press, 2002.

MELO, Marcus André B. C. de. Ingovernabilidade: Desagregando o Argumento. in VALLADARES, L. (org.). **Governabilidade e Pobreza**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1995.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Poder Regulamentar das Agências Reguladoras. In: **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 24, 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11777>.

MONTEIRO, Jorge Vianna. Governabilidade (II). In: **Rev. Adm. Pública**. Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, 2008. pp. 767-777. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122008000400007&lng=en&nrm=iso

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Maria Fernanda dos Santos. **Autoridades reguladoras independentes**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

NASSER, S. H. Rule of Law e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VILHENA, OSCAR; DIMOULIS, D. (Ed.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASSER, Salem H. Direito Global em Pedacos: fragmentação, regimes e pluralismo. In: Revista de Direito Internacional Uniceub, v.12, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **De la Pyramide au Réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité**. Paris: Le Seuil, 2008.

SANCHES, J. L. S. A regulação: história breve de um conceito. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, V. 60, n. 1, pp. 5-22, 2000.

SCHMITTER, Philippe C. Can the European Union be legitimized by governance? in: **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 1, 2007.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: L & PM, 1997.

Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 30 dez. 2018.

