
REAÇÃO AO COMENTÁRIO DE KEVIN DAVIS

Mariana Mota Prado and Michael J. Trebilcock¹

Em comentário muito profundo ao nosso livro, Kevin Davis aponta para a ambiguidade no uso do termo *experimentação* e distingue cuidadosamente estudos randomizados controlados (ERCs) de outras formas de experimentação, associadas ao conceito de “governança experimentalista”. O ponto central de seu texto é chamar atenção para o fato de que os *bypasses* institucionais estão principalmente associados à “governança experimentalista” e alertar o leitor sobre as inferências limitadas que podemos fazer com base no tipo de experimentação proposto em nosso livro. Mais especificamente, Davis argumenta que *bypasses* institucionais não nos permitem comparar verdadeiramente o desempenho de duas instituições, tal como fazem os ERCs. O que se observa, em realidade, é o desempenho do *bypass* simultaneamente ao da instituição dominante; não sabemos, pois, como os *bypasses* funcionariam se fossem a única instituição atuante. Portanto, segundo Davis, é preciso abster-se (ou pelo menos ser extremamente cuidadoso) de ir além desse experimento para concluir que o *bypass* configura um arranjo institucional superior. Assim, somente estudos randomizados controlados (ERCs) nos permitiriam afirmar se um arranjo é superior ao outro.

1460

Nós concordamos com Davis. De fato, em nossa conclusão do primeiro capítulo do livro, chamamos atenção para o fato de que um *bypass* institucional poderá não ter um desempenho tão robusto ao se tornar a instituição dominante, pois as condições sob as quais operará serão diferentes daquelas que existiam quando atuava apenas na condição de *bypass*. Portanto, um formulador de políticas públicas que recorra a um *bypass* institucional deve ser extremamente cuidadoso com o desempenho do *bypass* ao longo do tempo (em vez de presumir que um teste bem-sucedido é garantia de sucesso no futuro). De fato, vamos além disso para dizer que a performance do *bypass* institucional pode decair com o tempo em razão de falta de concorrência ou de mudanças nas circunstâncias políticas, econômicas ou sociais. Portanto, de maneira semelhante a qualquer outra instituição, é provável que sejam necessárias vigilância constante e ininterrupta e adaptações regulares durante a vida útil do *bypass*. E se o *bypass* falhar novamente, e houver forte resistência à reforma, um *bypass* do *bypass* poderá ser necessário.

O que Davis não coloca é o fato de que os ERCs nem sempre são uma opção viável para reformas legais e institucionais – um ponto importante que o autor levanta em outro trabalho (Davis 2010). O caso do policiamento que Davis menciona, por exemplo, provavelmente não poderia ser submetido a um ERC. Uma situação em que duas porções diferentes da população tivessem acesso a diferentes

¹ Tradução de Eduardo Gutierrez Cornelius



formas de policiamento provavelmente seria considerada ilegal. De fato, como mencionamos no livro, a criação de um tribunal anticorrupção na Indonésia foi considerada inconstitucional por esse mesmo motivo. Duflo e Banerjee realizaram ERCs com a polícia na Índia, mas limitaram-se a explorar os efeitos de transferências de policiais como um incentivo para melhorias no seu desempenho (Banerjee *et al.* 2012). Em outras palavras, o experimento não chega nem perto da escala de experimentação realizada pelas UPPs. Portanto, há situações em que os ERCs não são uma opção.

Quando os ERCs não são possíveis, outras formas de experimentalismo se tornam relevantes. Como Davis argumenta, há muitas semelhanças entre a forma de experimentalismo a partir de *bypasses* institucionais e aquela proposta pela literatura sobre “governança experimentalista”: ambas se baseiam em reformas graduais e avaliação de resultados. Existem, no entanto, três diferenças importantes entre elas.

Uma diferença é que a “governança experimentalista” não inclui apenas a prestação de serviços, mas também a criação de regras. De fato, a “governança experimentalista” tem sido utilizada em uma ampla gama de setores reguladores da União Europeia, como energia, serviços financeiros e segurança de alimentos e medicamentos (Sabel e Zeitlin 2012). Por outro lado, os *bypasses* institucionais abordados em nosso livro estão relacionados exclusivamente à prestação de serviços em uma única jurisdição. Um *bypass* na criação de regras em uma única jurisdição exigiria dar aos cidadãos opções sobre quais regras gostariam de obedecer, o que poderia levar a uma série de disfuncionalidades. Exemplos de “governança experimentalista” parecem abundar no direito transnacional, frequentemente envolvendo instituições supranacionais, como a União Europeia. Nesses contextos, como um de nós argumentou (Prado e Hoffman 2019), também é possível conceber *bypasses* institucionais para a criação de regras. No entanto, não está claro se a “governança experimentalista” ou os *bypasses* na criação de regras poderiam ser proveitosamente empregados no tipo de reformas institucionais domésticas que são o foco de nosso livro.

Outra distinção entre *bypasses* institucionais e “governança experimentalista” reside na medição e avaliação de resultados. Existe, de fato, uma dimensão de *bypasses* institucionais que envolve a avaliação do desempenho de uma instituição. Em realidade, no livro, enfatizamos que um *bypass* pode falhar no desempenho podendo, portanto, ser fechado sem afetar a instituição dominante. Isso exige que alguém meça e avalie o desempenho do *bypass*. No entanto, avaliar *bypasses* parece fundamentalmente distinto do tipo de análise realizada na perspectiva da “governança experimentalista”. Nesta última, existem critérios técnicos para definir o que significa sucesso. Por exemplo, as diretrizes da União Europeia para o gerenciamento de bacias hidrográficas priorizam a qualidade e a sustentabilidade no uso dos recursos hídricos (Sabel e Zeitlin 2012). Certamente, nesse caso, não há regulamentação de cima para baixo, ou seja, as métricas específicas de “boa

qualidade da água” são estabelecidas caso a caso e são constantemente revisadas, com base na experiência, a partir de um processo deliberativo (Sabel e Zeitlin 2008). Por outro lado, no caso dos *bypasses* institucionais, não existem objetivos predefinidos (nem mesmo os objetivos abertos que caracterizam a “governança experimentalista”), muito menos há um processo de deliberação. Em vez disso, o resultado é medido pelas preferências declaradas pelos usuários, os quais podem escolher entre duas opções. Nesse sentido, poder-se-ia argumentar que *bypasses* institucionais são menos elitistas e menos tecnocráticos do que a “governança experimentalista”.

Uma terceira diferença é que a “governança experimentalista” geralmente compara instituições que operam em diferentes jurisdições. A existência de duas instituições paralelas operando lado a lado coloca o *bypass* institucional mais próximo dos ERCs do que da “governança experimentalista”, no sentido de que há uma oportunidade de comparar diretamente o desempenho de ambas as instituições operando nas mesmas condições. Obviamente, essa constatação não invalida os argumentos de Davis sobre as limitações nessa forma de experimentação. No entanto, ela desafia a ideia de que os *bypasses* institucionais são semelhantes à “governança experimentalista”.

Embora essas duas formas de experimentalismo tenham alguns princípios em comum, como uma abordagem gradual às reformas, ambas compartilham essas três diferenças significativas. Se imaginarmos um espectro de experimentação, com ERCs e “governança experimentalista” em polos opostos, talvez os *bypasses* institucionais pudessem ser colocados entre esses dois polos. É possível que os *bypasses* não fiquem exatamente no meio do espectro, estando um pouco mais próximos da “governança experimentalista” do que dos ERCs.

Em resumo, concordamos com o alerta de Davis sobre as limitações do tipo de experimentação associado a *bypasses* institucionais. Esse breve comentário, porém, acrescentou que estudos randomizados controlados (ERCs) e “governança experimentalista” nem sempre são uma opção para reformas institucionais e legais, como o próprio Davis discutiu em seu trabalho. Além disso, embora concordemos que os *bypasses* compartilham algumas semelhanças com a “governança experimentalista”, também argumentamos que existem diferenças fundamentais entre eles. Uma diferença importante é que, no caso dos *bypasses*, a prova de eficácia reside naquilo que os usuários/cidadãos preferem, não no que os especialistas acreditam ser o regime mais eficaz. Isso, por sua vez, sugere pelo menos dois tópicos interessantes para pesquisas futuras. Primeiro, provavelmente nem todas as escolhas individuais serão ideais tanto do ponto de vista individual (como sugere a literatura sobre economia comportamental, apontando para os vieses heurísticos que afetam as escolhas individuais), quanto do ponto de vista coletivo (como a literatura sobre economia mostra externalidades). Portanto, é importante investigar as condições sob as quais os custos dessas escolhas podem ser maiores que os benefícios. Segundo, existem diferentes maneiras de incorporar princípios

democráticos nos processos de tomada de decisão baseados em experimentos. Enquanto a “governança experimentalista” faz isso usando deliberações, os *bypasses* empoderam os usuários/cidadãos a fazer suas próprias escolhas. Para os estudiosos interessados na legitimidade dos processos de experimentação, as relativas vantagens e desvantagens de cada uma dessas duas formas de tomada de decisão democrática certamente merecem exame cuidadoso.

REFERÊNCIAS

Banerjee, Abhijit V., Raghavendra Chattopadhyay, Esther Duflo, Daniel Keniston e Nina Singh. 2012. “Improving Police Performance in Rajasthan, India: Experimental Evidence on Incentives, Managerial Autonomy and Training.” SSRN Scholarly Paper ID 2025301. Rochester, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2025301>.

Davis, Kevin E. 2010. “Legal Universalism: Persistent Objections.” *University of Toronto Law Journal* 60 (2): 537–53. <https://doi.org/10.3138/utlj.60.2.537>.

Prado, Mariana Mota e Steven J. Hoffman. 2019. “The Promises and Perils of International Institutional Bypasses: Defining a New Concept and Its Policy Implications for Global Governance.” *Transnational Legal Theory* 10 (3–4): 275–94. <https://doi.org/10.1080/20414005.2019.1686866>.

Sabel, Charles F. e Jonathan Zeitlin. 2008. “Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU.” *European Law Journal* 14 (3): 271–327. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2008.00415.x>.

Sabel, Charles F. e Sabel Zeitlin. 2012. “Experimentalist Governance.” In *Oxford Handbook of Governance*, editado por David Levi-Faur. Oxford Handbooks. Oxford, UK: Oxford University Press.