

---

## PENSANDO A PARTIR DE BYPASSES INSTITUCIONAIS?

Amy J. Cohen<sup>1</sup>

Às vezes, o caminho mais promissor parece mudar um sistema consolidado é desviar dele. Ou pelo menos é isso que argumentam os pesquisadores em direito e desenvolvimento Mariana Mota Prado e Michael J. Trebilcock, que desenvolvem a ideia de *bypass* institucional – um caminho alternativo para se desempenhar alguma função ou serviço mal prestado pelo Estado. Com o conceito de *bypass* institucional, Prado e Trebilcock propõem uma abordagem de reforma gradual, modesta, dinâmica, contextual e passível de ser revisada. Igualmente, defendem uma abordagem à governança política que favorece competição regulatória, descentralização e flexibilidade. Por meio de estudos de caso ricos em detalhes, Prado e Trebilcock também esclarecem as diferentes consequências materiais de *bypasses* institucionais específicos, recomendando os elementos procedimentais do *bypass apenas quando* estes funcionam na ponta, aos olhos de seus usuários.

O que se segue neste breve comentário não é, portanto, um argumento de que Prado e Trebilcock não abordam os efeitos substantivos de reformas processuais. Trata-se, todavia, de um esforço de se pensar como a própria definição de *bypass* institucional pode ocultar ou revelar questões políticas normativas. Para tanto, analiso como o *bypass* institucional depende da diferenciação entre meios e fins; requer uma avaliação de legalidade estatal em comparação a sistemas sociais e jurídicos não estatais; e incorpora – mas também potencialmente desafia – a distinção entre público e privado.

Iniciemos com a diferenciação entre meios e fins. Prado e Trebilcock explicam que um *bypass* institucional é uma maneira alternativa de fornecer os mesmos serviços e funções que a instituição dominante. O Estado fornece alguns serviços, como assistência médica, documentos civis ou policiamento, mas de maneira disfuncional, isto é, com má qualidade ou longa espera. O *bypass*, explicam os autores, é uma rota melhor para chegar à mesma cidade, “um meio para um fim, não o fim em si” (Prado e Trebilcock 2019, 23). Portanto, embora Prado e Trebilcock fundamentem a ideia de *bypass* em uma literatura jurídica que vê com bons olhos abordagens experimentais e pragmáticas a reformas – diferentemente de outros autores dessa tradição (por exemplo, Sabel 2012) – eles desenvolvem um modelo em que meios e fins não são mutuamente constitutivos. Por definição, os fins permanecem constantes, devendo o *bypass* aperfeiçoar os meios.

Para ilustrar seu argumento, Prado e Trebilcock iniciam o livro com um estudo de caso do que chamam de *bypass* intencional, uma nova instituição pública no Brasil que fornece documentos civis, em alternativa a uma burocracia disfuncional. O *bypass* intencional, porém, representa uma ideia mais ampla e atraente: o próprio Estado pode liderar essas reformas, já que agentes públicos progressistas e com

1464

---

<sup>1</sup> Tradução de Eduardo Gutierrez Cornelius.



mentalidade reformista podem às vezes apontar para caminhos alternativos a instituições existentes que foram capturadas por monopólios estatais e por agentes públicos que praticam *rent-seeking*.\*

Entretanto, quando passamos de exemplos como o fornecimento de documentos para o fornecimento de, por exemplo, serviços de resolução de disputas, definir uma instituição como um *bypass* se torna um argumento normativo mais delicado. Deixe-me desenvolver esse argumento por meio da seguinte pergunta: seriam as formas de mediação patrocinadas pelo Estado um *bypass* público em relação aos tribunais? Prado e Trebilcock argumentam que a resposta pode ser positiva. Por exemplo, eles descrevem os processos públicos de conciliação na Índia, chamados *Lok Adalats*, como *bypasses* em relação aos tribunais inferiores, desde que os *Lok Adalats* forneçam uma versão robusta e não enfraquecida, do que os tribunais oferecem. Mas, sob certas perspectivas normativas, chamar qualquer procedimento de resolução de controvérsias baseado no consentimento das partes de '*bypass* institucional' é tomar parte em um debate sobre fins, isto é, um debate sobre o significado social do julgamento legal.

Owen Fiss (1979) colocou uma versão deste argumento a Lon Fuller. Fiss sustentou que Fuller – e posteriormente os demais defensores das resoluções alternativas de disputas (RAD) em geral (Fiss 1984) – propôs um *modelo de julgamento para resolução de disputas*. Em tal modelo, um juiz toma o lugar de um vizinho para ajudar as pessoas a resolver suas diferenças. Nesse caso, a autoridade do juiz advém dos indivíduos que desejam sua assistência e consentem com sua intervenção. Ainda, em tal modelo de resolução de disputas, vários processos podem levar à mesma solução – alguns de modo superior a outros. Portanto, a mediação é um *bypass* institucional para o julgamento legal.

Por outro lado, Fiss propôs um modelo de *julgamento baseado em valores públicos* (ver Cohen 2009). Neste, a autoridade do juiz advém da interpretação de textos oficiais e da promulgação de normas públicas em um contexto em que os cidadãos geralmente consentem com as instituições que formam uma organização política democrática. Nesse modelo, a mediação não é um *bypass* em relação ao julgamento legal, e argumentar de modo contrário pressuporia uma visão particular e – segundo Fiss – desregulatória sobre a justificação do poder estatal (isto é, o consentimento individual). No contexto dos Estados Unidos, o argumento de Fiss é revelador. Como os *bypasses* se fundiram com as instituições dominantes, eles serviram simplesmente como uma forma de racionalizar os meios. Judith Resnik, por exemplo, observou uma nova geração de juízes que “suspeitam do julgamento legal” e preferem processos de RAD que são “comprometidos com a utilidade do contrato e procuram... os participantes para validar os resultados por meio de acordos consensuais” (2003, 176).

---

\* NT: *Rent-seeking* se refere à obtenção de renda por meio da manipulação de uma atividade econômica sem agregar valor ao produto ou serviço em questão.

Prado e Trebilcock fazem uma análise convincente da famosa trilogia da lealdade, voz e saída de Albert O. Hirschman. Os autores argumentam que uma saída para um *bypass* institucional público é uma forma de voz política que pode estimular reformas estatais. Assim, proponho que o que Prado e Trebilcock chamam de “saída como voz”, pode também refletir uma luta política por objetivos – um ponto que passa despercebido quando *bypasses* são definidos somente em relação aos meios.

Passemos ao tema da legalidade. Prado e Trebilcock também descrevem *bypasses* espontâneos, os quais são frequentemente (mas nem sempre) liderados por atores particulares. Aqui, uma das definições dos autores se torna particularmente relevante: o *bypass* deve ser legal ou, mais precisamente, não deve conflitar expressamente com a lei estatal, tanto em seu texto quanto em sua aplicação.

Consideremos outra questão normativa relativa ao contexto estadunidense. As formas comunitárias de justiça restaurativa/ transformadora “contam” como *bypasses* institucionais espontâneos? Com a crise do encarceramento em massa nos Estados Unidos, feministas abolicionistas prisionais e coletivos de minorias raciais de mulheres cada vez mais defendem respostas baseadas na mediação ao problema da violência íntima e familiar. Essas ativistas radicais visam a contornar a disfuncionalidade e o racismo do sistema estatal dominante. Por meio de manuais de treinamento detalhados, programas de ensino práticos e esforços amplos para compartilhar boas práticas, tais ativistas ajudam os membros da comunidade a inculcar responsabilidade entre os criminosos por meio de facilitação de conversas que enfatizam escuta empática, construção de relacionamentos e formas extensas de reparações morais, materiais e espirituais (ver Cohen 2019).

Uma interpretação possível é que iniciativas comunitárias de justiça restaurativa não sejam um *bypass* institucional. Em primeiro lugar, como no exemplo da mediação cível acima, esta interpretação suscita um debate sobre fins, que envolve a redefinição do conceito de ‘crime.’ De questão essencialmente de ordem social pública e, portanto, sujeita ao julgamento legal público, crime se torna uma questão primordialmente relativa a dano interpessoal e, portanto, sujeita a diálogo e a restauração. Contudo, chegando ao meu segundo ponto, as iniciativas comunitárias de justiça restaurativa também buscam impedir que ações definidas como *crimes contra o Estado* cheguem à atenção dos funcionários públicos que detêm o monopólio da acusação. Como Prado e Trebilcock explicam, um *bypass* espontâneo “não incluiria iniciativas ilegais que tentam contornar o sistema dominante” (98).

Mas poderia a definição de *bypass* incorporar um pouco de complexidade e de ambiguidade de modo a aproximar-se do pluralismo jurídico (ver Ramraj 2019)? Prado e Trebilcock explicam que seu critério de legalidade levanta uma questão importante: “estão as restrições governamentais sendo impostas por razões de princípios (por exemplo, para evitar desrespeito ao Estado de Direito), ou como medidas protecionistas para favorecer certos grupos em detrimento de outros?”

(2019, 98). Partindo dessa questão, os organizadores poderiam argumentar que décadas de intervenções punitivas baseadas em raça, classe e gênero deveriam legitimar as iniciativas comunitárias de justiça restaurativa como *bypasses* institucionais. Todavia, a resposta de Prado e Trebilcock a esse argumento potencialmente persuasivo provavelmente seria estatista: o status das iniciativas comunitárias de justiça restaurativa deveria se basear na “abertura do governo a elas” (2019, 129).

Por fim, passemos à distinção público/privado. Quando Prado e Trebilcock descrevem instituições dominantes, trazem exemplos de prestação de serviços que pertencentes, controlados, financiados, administrados, etc. por um Estado. Eu me pergunto, então, se eles reconheceriam o que eu poderia chamar de maneira estranha de *bypass* institucional intencional privado? Essa linguagem é estranha, porque minha pergunta tem como objetivo discutir como o público e o privado podem se confundir na definição de *bypass*.

O que segue é uma forma de explicar o que quero dizer. Quando uma nova empresa presta um serviço por menos dinheiro ou melhor qualidade do que uma empresa dominante, analistas que têm visões liberais clássicas sobre mercados autorreguladores provavelmente não verão um *bypass institucional*, mas sim uma concorrência de mercado. Por outro lado, adeptos do realismo jurídico desconfiariam da própria distinção público/privado necessária para definir uma iniciativa pública como um “*bypass* institucional” e uma iniciativa privada como “concorrência de mercado”. Isso ocorre porque há duas questões em jogo nessas duas descrições: a primeira torna visível o modo como as autoridades estatais trabalham para fazer reformas, a segunda invoca apenas vontade privada e criatividade.

Permitam-me ilustrar o argumento com um exemplo. Na Índia, grandes varejistas nacionais e multinacionais estão tentando transformar o modo como os alimentos são produzidos, distribuídos e consumidos. Esses novos participantes desejam contornar os mercados agrícolas tradicionais existentes e amplamente dominantes, para poder comprar mercadorias diretamente dos agricultores. A entrada do Walmart na Índia pode, portanto, ser facilmente descrita como simplesmente concorrência de mercado. Mas e se a descrevêssemos como um *bypass* institucional? Diferentes tipos de esforços e perguntas apareceriam?

Talvez analistas considerassem mais facilmente o caráter público dos mercados privados: mercados bem ordenados são serviços estatais cruciais, especialmente mercados de *commodities* politicamente significativas, como alimentos. Talvez analistas também estivessem mais facilmente inclinados a pensar em como lógicas específicas centradas no Estado podem conduzir reformas de mercado. Do ponto de vista de alguns formuladores de políticas públicas indianos, um problema-chave nos mercados de *commodities* existentes não é exatamente – ou apenas – ineficiência, mas também ilegitimidade e ingovernabilidade. Sabe-se que redes desagregadas de comerciantes locais governam os mercados indianos por meio de redes fechadas de

parentesco, formas sociais de regulação e instrumentos informais de crédito – dificultando ao Estado a tarefa de monitorá-los e regulá-los. Por outro lado, novas grandes empresas, que adotam práticas como contratos formais e contabilidade e auditoria realizadas por terceiros, prometem aumentar a capacidade dos reguladores indianos de “ver” e, assim, governar as cadeias de suprimento de alimentos (Cohen e Jackson s.d.; ver também Cohen 2018).

Os atores estatais que pretendem reformar os mercados agrícolas descrevem novas cadeias de varejo em uma linguagem que invoca a ideia do *bypass*. Por exemplo, o Diretor do Departamento de Agricultura de Karnataka explicou que o Estado criou normas regulatórias para facilitar mercados “alternativos” e “paralelos”. “Só então”, ele argumentou, “esses comerciantes seguirão o nosso caminho [do governo]”. O ministro da Agricultura reforçou esse ponto. Ele esperava que uma massa crítica de novos atores privados forçasse os atores tradicionais do mercado a “melhorar seu jogo”. “A única maneira de introduzir reformas no sistema tradicional”, ele propôs, “é criar alternativas eficazes. Então, [os atores tradicionais] serão forçados a se alinhar” (Cohen e Jackson, s.d.). Alinhar-se significa (entre outras coisas) tornar-se atores de mercado sujeitos a formas liberais de supervisão do governo. Em outras palavras, argumento que algumas elites políticas veem o grande capital como um *bypass* institucional que pode ajudá-las a consolidar seu controle regulatório sobre mercados politicamente relevantes no ramo de alimentos.

Acima, propus que chamar uma iniciativa como a mediação de *bypass* institucional pode ocultar um debate normativo sobre fins. Aqui proponho a afirmação oposta: renomear o que parece ser concorrência de mercado como *bypass* institucional pode revelar algumas das justificativas políticas específicas e das intervenções legais projetadas para promover ou restringir mudanças econômicas. Na Índia, as partes interessadas debatem vigorosamente se a entrega de alimentos é realizada de maneira mais eficiente e equitativa sob o sistema de mercado antigo ou novo (ou outra alternativa) e quais grupos de agricultores, consumidores, varejistas, comerciantes e formuladores de políticas públicas tendem a perder ou ganhar.

Em resumo, Prado e Trebilcock elaboraram um mecanismo processual que, como demonstram persuasivamente, oferece caminhos experimentais promissores para reformas. Neste comentário, argumentei que Prado e Trebilcock também oferecem uma categoria analítica produtiva a partir da qual vale a pena pensar. A ideia de *bypass* institucional convida os leitores a refletir sobre a relação entre meios e fins, sobre a legitimidade das leis e políticas estatais dominantes e sobre a natureza política pública das mudanças de mercado.

## REFERENCES

- Cohen, Amy J. 2009. "Revisiting against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values Symposium - Against Settlement: Twenty-Five Years Later." *Fordham Law Review* 78 (3): 1143–70.
- Cohen, Amy J. 2018. "Transnational Legal Methodology and Domestic Markets for Food." *Transnational Legal Theory* 9 (3–4): 361–70.
- Cohen, Amy J. 2019. "Moral Restorative Justice: A Political Genealogy of Activism and Neoliberalism in the United States." *Minnesota Law Review* 104 (2): 889–954.
- Cohen, Amy J., and Jason Jackson. n.d. "How Markets Make States: Multinational Supermarkets in the Indian Bazaar (under Review)."
- Fiss, Owen. 1979. "The Forms of Justice." *Harvard Law Review* 93 (January): 1–58.
- Cohen, Amy J. 1984. "Against Settlement." *Yale Law Journal* 93 (January): 1073–90.
- Prado, Mariana Mota, and Michael Trebilcock. 2019. *Institutional Bypasses: A Strategy to Promote Reforms for Development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ramraj, Victor V. 2019. "International Institutional Bypasses and Transnational Non-State Regulation." *Transnational Legal Theory* 10 (3–4): 295–317.  
<https://doi.org/10.1080/20414005.2019.1644796>.
- Resnik, Judith. 2003. "For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication." *University of Miami Law Review* 58 (January): 173–200.
- Sabel, Charles. 2012. "Dewey, Democracy, and Democratic Experimentalism." *Contemporary Pragmatism* 9 (2): 35–55.

