

Erros e fracassos legislativos: as causas e as falhas mais comuns no planejamento da legislação

Legislative errors and failures: the most common causes and flaws in legislative planning

Errores y fracasos legislativos: las causas y los fallos más comunes en la planificación de la legislación

Roberta Simões Nascimento

Professora adjunta da Universidade de Brasília (UnB), aprovada em primeiro lugar no concurso em 2020. Advogada do Senado Federal desde 2009. Doutora *cum laude* em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha). Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). *Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy* pela Università degli Studi di Genova (Itália). *Máster en Argumentación Jurídica* pela Universidad de Alicante (Espanha). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da UnB. Professora das pós-graduações *lato sensu* em Direito Constitucional e em Direito Legislativo do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora dos cursos de especialização em Poder Legislativo e Direito Parlamentar e em Orçamento Público do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB/Senado Federal).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Considerações preliminares sobre a avaliação da legislação; 3. Má identificação do problema; formulação de diagnósticos incompatíveis com a realidade; enunciação de preocupações genéricas, desprovidas de consistência, sem base em estudos elaborados em conformidade com critérios objetivos; 4. Má definição dos objetivos; sob o aspecto teleológico, pensar nas consequências de curto prazo, ignorando as de longo prazo; definir objetivos vagos ou sequer fixar objetivo algum; 5. Desconsiderar que a política influencia a decisão; depositar a explicação do fracasso legislativo no processo político; em uma democracia, a tomada de decisões sobre a legislação envolve uma adaptação negociada de interesses; 6. Deixar-se de considerar caminhos alternativos para a intervenção legislativa; abordagem punitivista, implementação coercitiva ou necessidade de intervenção dos tribunais para garantir a aplicação da legislação; 7. Deixar de embalar a legislação em uma narrativa convincente (*storytelling*); a adoção de comunicação adequada é uma etapa importante para o sucesso da legislação; 8. Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho analisa a categoria “fracassos legislativos”, diferenciando-a dos “erros legislativos”. Explica noções importantes para a aferição do sucesso ou fracasso da legislação. Apresenta uma lista não exaustiva das principais causas dos fracassos legislativos (má identificação do problema; má definição dos objetivos a serem alcançados; foco nas consequências de curto prazo, ignorando as de longo prazo; desconsideração do processo político; falta de diversificação das alternativas de abordagem, etc.), com diversos exemplos concretos, e traz sugestões para prevenir e corrigir tais falhas. O trabalho utiliza o marco teórico das políticas públicas e usa diretrizes para sua elaboração e avaliação. A metodologia empregada é a revisão da literatura e análise documental. Como conclusão, afirma-se que as causas mais comuns de leis fracassadas decorrem de falhas ocorridas durante seu planejamento. No entanto, o “fracasso legislativo” não é algo de todo ruim, na medida em que está envolvido em um processo de aprendizagem.

PALAVRAS-CHAVE: erro legislativo; fracasso legislativo; avaliação legislativa; políticas públicas fracassadas.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Preliminary considerations on the evaluation of legislation; 3. Misidentification of the problem; formulation of diagnoses incompatible with reality; statement of generic concerns, lacking consistency, without basis in studies prepared in accordance with objective criteria; 4. Poor definition of objectives; from a teleological perspective, thinking about short-term consequences while ignoring long-term ones; defining vague objectives or not setting any objectives at all; 5. Disregarding the fact that politics influences decisions; blaming legislative failure on the political process; in a democracy, decision-making on legislation involves a

negotiated adaptation of interests; 6. Failing to consider alternative paths for legislative intervention; punitive approach, coercive implementation, or the need for court intervention to ensure enforcement of legislation; 7. Failing to package legislation in a compelling narrative (storytelling); adopting appropriate communication is an important step for the success of legislation; 8. Conclusion; References.

ABSTRACT: The paper analyzes the category of “legislative failures”, differentiating it from “legislative errors”. It explains important notions for measuring the success or failure of legislation. It presents a non-exhaustive list of the main causes of legislative failures (poor identification of the problem; poor definition of the objectives to be achieved; focus on short-term consequences, ignoring long-term ones; disregard for the political process; lack of diversification of alternative approaches, etc.), with several concrete examples, and offers suggestions for preventing and correcting such failures. The work uses the theoretical framework of public policies and guidelines for their elaboration and evaluation. The methodology employed is a literature review and documentary analysis. In conclusion, it states that the most common causes of failed laws stem from flaws during their planning. However, “legislative failure” is not all bad, as it is part of a learning process.

KEYWORDS: legislative error; legislative failure; legislative evaluation; failed public policies.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Consideraciones preliminares sobre la evaluación de la legislación; 3. Identificación errónea del problema; formulación de diagnósticos incompatibles con la realidad; enunciación de preocupaciones genéricas, carentes de consistencia, sin base en estudios elaborados de conformidad con criterios objetivos; 4. Mala definición de los objetivos; desde el punto de vista teleológico, pensar en las consecuencias a corto plazo, ignorando las de largo plazo; definir objetivos vagos o ni siquiera fijar ningún objetivo; 5. No tener en cuenta que la política influye en la decisión; atribuir el fracaso legislativo al proceso político; en una democracia, la toma de decisiones sobre la legislación implica una adaptación negociada de intereses; 6. No considerar vías alternativas para la intervención legislativa; enfoque punitivo, aplicación coercitiva o necesidad de intervención de los tribunales para garantizar la aplicación de la legislación; 7. No presentar la legislación con una narrativa convincente (storytelling); la adopción de una comunicación adecuada es un paso importante para el éxito de la legislación; 8. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: El trabajo analiza la categoría de los “fracasos legislativos”, diferenciándola de los “errores legislativos”. Explica nociones importantes para mensurar el éxito o el fracaso de la legislación. Presenta una lista no exhaustiva de las principales causas de los fracasos legislativos (mala identificación

del problema; mala definición de los objetivos a alcanzar; concentración en las consecuencias a corto plazo, ignorando las de largo plazo; menosprecio por el proceso político; falta de diversificación de enfoques alternativos, etc.), con varios ejemplos concretos, y ofrece sugerencias para prevenir y corregir tales fracasos. El trabajo utiliza el marco teórico de la teoría de la legislación, del análisis de las políticas públicas y de las directrices (buenas prácticas) para su elaboración y evaluación. La metodología empleada es la revisión bibliográfica y el análisis documental. La conclusión es que las causas más comunes del fracaso de las leyes se derivan de fallos en su planificación. Sin embargo, el “fracaso legislativo” no es del todo malo, ya que forma parte de un proceso de aprendizaje.

PALABRAS CLAVE: error legislativo; fracaso legislativo; evaluación legislativa; políticas públicas fracasadas.

1. Introdução

O erro é tradicionalmente entendido como um engano, uma falsa apreciação da realidade que influencia de maneira determinante a formação e a manifestação de vontade. Não fosse pelo desconhecimento ou falso conhecimento de circunstâncias, o agente atuaria de forma diferente. O erro remete a um vício involuntário; para sua configuração, a má avaliação da conjuntura não pode ser voluntária; o equívoco pressupõe a ausência de dolo ou malícia, ou seja, a boa-fé subjetiva. Nesses termos, o erro pode ser conceituado como uma desconformidade não intencional entre a percepção do agente acerca dos motivos que basearam sua atuação e a realidade de fato ou de direito. Para fins jurídicos, o erro costuma receber abordagens especialmente no âmbito do direito privado quanto à responsabilidade civil, notadamente os ilícitos profissionais (o erro médico, por exemplo).

No direito penal, equipara-se o erro à ignorância, de modo que o erro significa tanto uma ausência de conhecimento sobre algum objeto, quanto uma falsa representação deste. Os ordenamentos jurídicos não conferem tratamento uniforme à questão, e existem os que dão ampla relevância ao problema do erro – mesmo diferenciando as espécies de erro de fato e erro de direito –, e aqueles que conferem total irrelevância para fins de responsabilidade penal do agente.

No direito público, o estudo do erro decorre notadamente da responsabilidade civil do Estado por erros cometidos pelos juízes no exercício da função jurisdicional. Trata-se do erro judicial, que costuma ser indenizável por expressa previsão constitucional em vários ordenamentos. Ainda na seara do

direito público, vem crescendo o interesse sobre o erro do gestor público, com a tendência de se fixar sua responsabilidade pessoal tão-somente nos casos de dolo ou erro grosseiro, mas não nos de erro inescusável.

Já a discussão sobre erros legislativos é mais complexa. Em teoria, a noção clássica de erro como a falsa percepção da realidade (fática ou jurídica) seria extensível à seara legislativa. Assim, os erros legislativos, isto é, a falsa representação da realidade por parte dos legisladores na elaboração das leis, também podem ocorrer. Entretanto, da forma como o problema é colocado na literatura, existem divergências sobre a responsabilidade civil por atos legislativos, já que na maior parte dos sistemas os legisladores são protegidos pela imunidade parlamentar.

Além disso, a rigor, independentemente da noção imperfeita do mundo, o mero exercício da função legislativa – como de qualquer outro ato estatal – pode ocasionar danos. Então, para esses fins, a categoria “erro” sobraría; e a responsabilidade do Estado poderia advir mesmo fora da situação de leis inconstitucionais ou editadas com abuso de poder. O fato é que há vasta literatura que discute a possibilidade de responsabilização do Estado por atos legislativos em geral (parlamentares ou regulamentares).

Aqui não se pretende entrar no debate específico sobre se cabe ou não indenização por leis que causam danos ou por leis mal feitas (ou seja, se seria possível atribuir-se imprudência, negligência ou imperícia ao legislador); por leis que, diante do advento de informações empíricas mais atualizadas, resultaram inúteis (tendo acarretado, assim, danos desproporcionais); ou por leis que simplesmente se mostraram inefetivas, porquanto não alcançaram suas finalidades.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os erros legislativos desde uma perspectiva mais geral e descritiva, a respeito de suas causas mais profundas, a partir da revisão da literatura, à luz dos desenvolvimentos teóricos mais recentes, que vêm acrescentando uma série de pautas normativas de cuidado e diligência na criação das leis, a demandar dos legisladores cada vez mais atenção para com a atividade legislativa típica, a partir de ferramentas como a análise de impacto *ex ante* e *ex post* e consultas públicas, entre outras.

As diretrizes e boas práticas pedem que os legisladores baseiem suas decisões em fatos, estados de coisas do mundo real e evidências empíricas. Pede-se, ainda, que as medidas legislativas sejam proporcionais (imponham o mínimo sacrifício possível), sejam aptas a resolver os problemas a que se destinam (adequada relação entre meios e fins), e, de preferência, apresentem a respectiva motivação. Somente assim a legislação seria racional.

Por vezes, quando essas diretrizes não são observadas na prática, a legislação fracassa. Os fracassos legislativos decorreriam, então, não só da ignorância ou do conhecimento imperfeito por parte dos legisladores (erro), mas sobretudo dos problemas na sua preparação, dos desvios das práticas esperadas (na maioria das vezes os desvios são não intencionais, embora aqui o móvel não seja relevante para o que interessa: a falha na legislação) ou de resultados de ações intencionais que produzem consequências negativas (ou de alto custo) não intencionais.

Não se nega que há situações em que os fracassos decorrem de eventos imprevisíveis que ocorrem somente após a promulgação da legislação. Mas o que interessa ao presente trabalho é apresentar os fracassos legislativos que derivam de falhas no planejamento, por insuficiente atenção a arranjos institucionais indispensáveis à implementação ou falta de capacidade de adaptação a eventos não previstos. Assim, para lidar com essas situações, prefere-se usar, em vez da expressão “erros legislativos”, a expressão “fracassos legislativos”, aqui reputada mais adequada à análise.

Nesse sentido, o trabalho foi construído sob a forma de diferentes causas (categorias hipotéticas) dos fracassos legislativos, construídas a partir da revisão da literatura de referência. A metodologia, então, consistiu na revisão sistemática da bibliografia e na análise documental para, a partir do método indutivo, extrair-se dos casos comentados pelos autores conclusões gerais, na forma de um catálogo das falhas mais comuns e suas causas respectivas, com referência à etapa de planejamento da legislação. Em parte, a abordagem também é exploratória, já que não existe uma teoria completa sobre os fracassos legislativos. Então, esta pesquisa serve para fornecer uma visão inicial, gerar hipóteses e indicar problemas para estudos e aprofundamentos futuros.

A lista resultante da identificação dos padrões observados não segue qualquer ordem, de modo que os itens subsequentes podem ser lidos de maneira relativamente independente uns dos outros. O conjunto, espera-se, resulta coerente; e, se não, ainda que indiretamente, a lista terá servido para registrar e impedir que as falhas citadas (especialmente as que podem ser evitadas) se repitam no futuro. A preocupação, então, continua sendo o interesse em melhorar a qualidade e a efetividade da legislação. Ao final, o texto é encerrado com uma conclusão, que retoma os principais argumentos trabalhados.

Antes de passar à lista propriamente, o apartado seguinte traz breves considerações sobre algumas noções importantes que o avaliador da legislação deve considerar para não incorrer em correlações espúrias ou conclusões incorretas a respeito da legislação avaliada.

2. Considerações preliminares sobre a avaliação da legislação

As leis são o centro de gravidade ao redor do qual gira o Estado de Direito. Entretanto, por vezes a legislação não consegue alcançar seus objetivos pretendidos no mundo real. A ideia de um fracasso legislativo está associada, então, à de uma legislação que não alcançou os resultados esperados com sua edição ou, embora tenha avançado nessa direção, o fez a custos elevados ou com efeitos colaterais indesejados, ou, ainda, à noção de uma legislação que tenha implicado retrocessos na situação que pretendia resolver. Com isso, vê-se que as leis podem fracassar de várias maneiras.

Nem sempre o fracasso legislativo é imediato, pois pode apresentar-se somente em um segundo momento. Goddard (2022, p. 11) cita o exemplo de um imposto sobre janelas promulgado pelo Parlamento inglês em 1696. Calculado com base na quantidade de janelas em uma residência, o imposto, em um primeiro momento, produziu uma receita substancial, mas, com o tempo, a receita gerada foi diminuindo. Os proprietários das casas existentes as reformaram para bloquear as janelas (o autor traz até a foto de uma típica casa, legado desse imposto). As novas casas foram construídas com poucas janelas.

Isso levou à redução da ventilação e da luz em muitas casas. A medida de arrecadação de receita se tornou cada vez menos eficaz com o passar do tempo, exacerbou a disseminação de doenças e causou, ou acelerou, muitas mortes (Goddard, 2022, p. 12). Ainda assim, o imposto sobre janelas sobreviveu na Inglaterra até 1851. Como se vê, nem sempre as leis que resultam em fracassos legislativos têm curta duração.

Além disso, existem dificuldades epistemológicas e metodológicas em se constatar um fracasso legislativo. Trata-se de uma aferição que não é exatamente ou estritamente objetiva, que demande um simples contraste entre as metas anunciadas e o que foi efetivamente alcançado. Por vezes, a alteração do contexto fático – a mudança da realidade em que a legislação está inserida – cumpre um papel importante, cujos impactos não podem ser menosprezados na análise do eventual (in)sucesso legislativo.

Ellery Jr. *et al.* (2018, p. 377) dá um exemplo hipotético para ilustrar essa situação: imagine-se a aprovação de uma legislação com um programa para incentivar os consumidores a pedir nota fiscal. Se, ato contínuo, o país entra em uma crise, pode acontecer de a arrecadação ter caído mesmo que o programa tenha sido bem-sucedido. Assim, o desenho da legislação, mesmo adequado, pode ter deixado de ser satisfatório por conta de alterações do contexto econômico. Daí que diversas variáveis precisam ser consideradas na avaliação legislativa.

Em regra, a principal estratégia para se realizar a avaliação legislativa é mediante comparação da unidade-alvo da legislação (por exemplo, família, empresa, cidade, região, etc.) com outras unidades não afetadas, ou mediante comparação de unidades antes e depois da política, ou ainda mediante combinações da comparação no tempo e entre outras unidades (Imbens; Wooldridge, 2009). Naturalmente, pelo que se acaba de explicar, tais comparações com frequência não são simples e algumas das técnicas de avaliação podem ser prejudicadas por conta de uma quantidade pequena de unidades tratadas ou de comparação, bem como pela ausência de realidades paralelas para a verificação do contrafactual.

O contrafactual se refere ao que teria acontecido na ausência do evento. Por exemplo, se uma ponte cai em decorrência de um acidente, o contrafactual equivaleria à ponte não desmoronar. No caso da legislação, o contrafactual é o que teria acontecido sem a legislação. Ocorre que o contrafactual do mundo nunca é observado verdadeiramente; trata-se de mera estimativa, geralmente a partir de um grupo de controle (ou grupo de comparação) estatisticamente idêntico ao grupo de tratamento (formado pelos participantes, no caso, os que são alcançados pela legislação). A partir do grupo de controle, não afetado pelo programa, será possível produzir uma estimativa do resultado contrafactual (o verdadeiro impacto não pode ser estabelecido).

Além disso, para se avaliar o efeito de um programa, é necessário ter-se clara a diferença entre correlação e causalidade. A correlação é medida estatística que descreve a força ou o grau com que duas variáveis se relacionam, é dizer, como a presença de uma variável pode afetar o comportamento da outra variável analisada. Por seu turno, a causalidade significa a existência de um nexó material entre uma variável (a causa) e o resultado concreto observado. A correlação não implica necessariamente causalidade.

A confusão entre tais conceitos costuma ser fonte de conclusões equivocadas quanto aos efeitos da legislação, e tal confusão também pode gerar desorientação. Basta recordar do exemplo que se acaba de mencionar de Ellery Jr. *et al.* (2018) – do programa para estimular a emissão de nota fiscal –, que traz um problema de avaliação da causalidade.

Feitas essas explicações preliminares, passa-se à indicação dos principais problemas associados aos fracassos legislativos. Como explicado, trata-se de uma lista das falhas mais comuns por ocasião da preparação da legislação, e que acabam afetando o sucesso e a efetividade das leis.

3. Má identificação do problema; formulação de diagnósticos incompatíveis com a realidade; enunciação de preocupações genéricas, desprovidas de consistência, sem base em estudos elaborados em conformidade com critérios objetivos

A essa causa de fracasso legislativo de algumas leis subjaz a premissa básica de que a legislação tem a função de solucionar problemas.

Sem identificar bem o problema original primeiramente, a legislação tem poucas chances de oferecer uma solução eficaz. Conforme Gouvin (1994, p. 1.284), o enquadramento dos problemas que vão receber atenção legislativa e a seleção das respostas apropriadas são aspectos que costumam receber pouca atenção. O enquadramento do problema, especificamente, é etapa que serve para fornecer a base sobre a qual será redigida a proposta legislativa. À luz dela, os legisladores avaliarão a adequação da solução proposta para resolver a questão.

O alerta poderia parecer trivial, se não fosse a propensão dos parlamentares em propor soluções antes mesmo de entender adequadamente quais são os problemas subjacentes, sejam sociais, econômicos ou de outra ordem. Na maior parte dos casos, o processo legislativo se inicia já a partir de uma proposta de solução e os debates parlamentares giram em torno dessas alternativas legislativas sugeridas, não propriamente do problema. Eventuais aperfeiçoamentos no curso do processo dificilmente se voltam para a definição do problema, para a demarcação do fenômeno que a legislação pretende corrigir.

Em algumas situações, sequer é possível afirmar-se que o projeto de lei tenha sido elaborado para responder a algum problema particular. Ilustrativamente, cite-se a Lei 16.270, de 5 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares, e dá outras providências. Caso o debate tivesse avançado para exigir uma articulação explícita e coerente do problema a que o projeto de lei visava resolver, talvez a legislação tivesse assumido outros contornos ou não teria sido aprovada.

De acordo com a justificação apresentada, a proposição pretendeu possibilitar às pessoas que tenham estômago reduzido participar normalmente de refeições, pagando um preço justo de acordo com o que vão efetivamente consumir. Tal lei acabou sendo declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por violação da competência da União para

legislar sobre direito comercial (art. 22, inciso I, da Constituição de 1988) e por afronta à livre iniciativa (art. 170). No entanto, continua valendo o exemplo para demonstrar a importância do que se pontua aqui: a não utilização da metodologia adequada levou à aprovação de uma lei sem que houvesse um problema claramente identificado.

Outras leis semelhantes à que se acaba de mencionar podem ser encontradas em Costa (2021).

Uma das dificuldades envolvidas na identificação do problema está em que o problema assume um caráter subjetivo e pode variar conforme a perspectiva de quem o define. Nas palavras de Gouvin (1994, p. 1.327), os problemas não existem em abstrato, mas com referência a um conjunto de valores que classifica determinado fenômeno como problemático. Como cada indivíduo (ou grupo) tem seu próprio conjunto de valores, o mesmo fenômeno pode representar um problema para uma pessoa (ou grupo), mas não para outra.

Cite-se um exemplo concreto que ajuda a ilustrar esse obstáculo: a questão das revistas íntimas dos visitantes que ingressam em estabelecimentos prisionais, objeto da Lei 7.010, de 25 de maio de 2015, do Estado do Rio de Janeiro, que proibiu as revistas íntimas nas unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro. Para um segmento vencedor da discussão, a revista íntima é vexatória, humilhante, constrangedora e inadmissível; afirma-se que, em diversas unidades prisionais, haveria obrigação de realização de vários agachamentos, independentemente da idade avançada do visitante.

Do outro lado, houve quem argumentasse que nem toda revista íntima é degradante, pois existem métodos menos invasivos; que haveria situações em que a providência é necessária, sobretudo diante da falta de *scanners* e aparelhos de raio X, e também excepcionalmente em face de denúncias anônimas, por exemplo. Para completar, ainda houve quem afirmasse que a revista íntima serviria para a proteção dos visitantes, sobretudo as mulheres, que terão a escusa perfeita para não carregarem dentro de si objetos, produtos ou substâncias cuja entrada seja proibida por lei ou exponha a risco a segurança do estabelecimento prisional. Em caso de flagrante na revista íntima, haveria punição.

Como se vê, o mesmo dado da realidade pode parecer problemático para uns, mas não para outros. Daí que a formulação do problema passa pela identificação, implícita ou explicitamente, dos valores ofendidos pelo fenômeno em questão. A identificação do problema deve considerar também suas causas e suas condições, ou seja, deve ocorrer em relação a um problema específico. A não identificação dos problemas atrapalha o processo legislativo e dificulta a própria avaliação da medida proposta no projeto de lei.

O enquadramento do problema tem grande efeito sobre a evolução do projeto de lei. Pode mesmo determinar a solução proposta e, ainda que o projeto não se torne legislação, tem poder de permanência e pode moldar o curso de futuras negociações sobre o conteúdo em discussão (Gouvin, 1994, p. 1.341). Como já indicado, dificilmente o curso dos debates é capaz de mudar o enquadramento do problema. Eventuais alterações tendem a versar tão-somente sobre as propostas para resolvê-lo. Dependendo do enquadramento, pode restar prejudicada a consideração de alternativas políticas.

A correta identificação passa por diferenciar um problema real de um problema percebido. Deve-se ter cuidado para não se incorrer na tentativa de encaixar os fatos dentro de uma visão de mundo determinada. Dada a escassez de tempo e de recursos, dedicar-se a questões que não são problemas reais é um desperdício de oportunidade.

Uma das formas de atenuar esses obstáculos está na exigência de uma cuidadosa avaliação *ex ante* da questão; na cobrança de que os diagnósticos da realidade estejam embasados em dados confiáveis, com fundamento em estudos elaborados, se não em conformidade com métodos científicos, pelo menos com critérios objetivos. O fracasso advindo das falhas na coleta de informações relevantes não deve ser menosprezado.

A atenção para com essa causa dos fracassos legislativos também seria capaz de prevenir algumas leis de caráter simbólico, que não têm a ver com a solução efetiva de problemas. São leis que contêm basicamente declarações políticas ou de reconhecimento a determinadas causas. Por exemplo, cite-se a Lei 14.489, de 21 de dezembro de 2022, que altera a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), para vedar o emprego de técnicas construtivas hostis em espaços livres de uso público.

Apelidada de Lei Padre Júlio Lancelotti – em homenagem a um religioso que promove trabalhos sociais na cidade de São Paulo e que se notabilizou por ter utilizado uma marreta para remover pedras pontiagudas instaladas sob um viaduto –, essa lei fixou como diretriz geral da política urbana a de promover conforto, abrigo, descanso, bem-estar e acessibilidade na fruição dos espaços livres de uso público, de seu mobiliário e de suas interfaces com os espaços de uso privado, vedado o emprego de materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas hostis que tenham como objetivo ou resultado o afastamento de pessoas em situação de rua, idosos, jovens e outros segmentos da população

Ao fixar uma proibição negativa (não fazer), e, ademais, sem fixar de forma clara o que se caracteriza como hostil (a definição legal é circular), torna-se

difícil medir a efetividade da lei. Trata-se de lógica semelhante à de uma lei ambiental que proíbe o desmatamento: os resultados podem demorar para serem visualizados de forma clara.

4. Má definição dos objetivos; sob o aspecto teleológico, pensar nas consequências de curto prazo, ignorando as de longo prazo; definir objetivos vagos ou sequer fixar objetivo algum

A categoria de fracassos legislativos mais recordada é a da legislação que não consegue atingir os objetivos a que se propõe, o que pressupõe a prévia definição desses objetivos. Ocorre que há situações em que os objetivos estão mal definidos ou sequer existem, o que contraria a premissa básica da legislação racional no sentido de que as leis devem se prestar a alcançar fins. Esses são casos de fracassos legislativos, pois qualquer reflexão sobre o sucesso fica prejudicada em razão dessa falha na preparação da legislação.

Nada obstante, o objetivo pode ser alcançado, mas vir acompanhado de consequências indesejáveis que só aparecem em um segundo momento. O fracasso legislativo nesse caso é mediato e se dá pela incapacidade de se pensar nas consequências de longo prazo da legislação. Recorde-se o exemplo de Goddard (2022, p. 24) a respeito do imposto inglês sobre janelas. A legislação funcionou bem no primeiro momento, mas as pessoas mudaram seu comportamento pelo instinto natural de fugir do pagamento de impostos.

Para prevenir essa falha, os legisladores têm que calcular quais serão as consequências da legislação em um período mais estendido, especialmente como as pessoas provavelmente reagirão às determinações legislativas.

A miopia legislativa é tema frequente na casuística de fracassos legislativos. Chama ainda mais atenção o fato de que, apesar dos reiterados fracassos, certas medidas continuam sendo repetidas ao longo da história. Recordarmos a ocorrência de algumas dessas situações é uma tentativa de que as falhas já ocorridas sirvam de aprendizado.

Um primeiro exemplo típico é o controle de preços e salários. Não existem episódios em que essa medida tenha conseguido conter a inflação ou contornar o problema da escassez de produtos. Como detalham Schuettinger e Butler (2020), há 4 mil anos, em diversos momentos históricos e econômicos, tentou-se aplicar essa medida e a compilação mostra como resultado uma sequência de fracassos reiterados. Em lugar de debelar a inflação, o controle de preços gera mercados paralelos e desabastecimento.

Do ponto de vista econômico, o controle de preços aumenta a brecha entre a oferta e a demanda, sem combater a real causa da inflação, que é causada pelo aumento da emissão de moeda, em proporção superior ao aumento da produção (Schuettinger; Butler, 2020, p. 15). Ocorre que, por um breve momento, a política de controle de preços controla os efeitos da inflação. O problema se dá a médio e longo prazos: com o passar do tempo, o controle deixa de ser uma medida efetiva.

O fato é que a causa do fracasso em comento reside na adoção de políticas de curto prazo com consequências negativas no longo prazo. Mendes (2022, p. 13 e 14) dá o exemplo da utilização de gastos do governo com o objetivo de gerar crescimento. Ocorre que o crescimento decorre, na verdade, do aumento da produtividade. O engano da medida está em acreditar que, se o governo gasta mais, isso aumenta a renda das famílias e o consumo, o que, por seu turno, levaria as empresas a investirem mais. Em um horizonte maior, o que essa medida faz é gerar o aumento do déficit público, dos juros e da inflação e provocar recessão.

O mesmo tipo de dificuldade está na concessão de benefícios tributários a determinados setores (que estão em crise, por exemplo). Isso costuma implicar empresas pouco produtivas que só existem porque pagam menos tributos. Essa questão se repete todas as vezes que existe uma pressão de curto prazo, por soluções urgentes, de forma que a classe política é instada a dar respostas rápidas para problemas complexos (Mendes, 2022, p. 15). Para se adotarem políticas com efeitos de longo prazo benéficos, é preciso resistência ao clamor de soluções imediatas ou simplistas.

A reflexão conduz aos fracassos legislativos do tipo que exacerbam o problema que as leis pretendiam resolver. O defeito não se relaciona à definição do problema, mas ao aspecto dinâmico da legislação já comentado. Novamente os exemplos vêm de Goddard (2022, p. 25): no final do século XIX, o governador de Délhi, querendo exterminar a grande quantidade de cobras venenosas na cidade, editou norma que oferecia certa recompensa por peles de cobras. O objetivo era incentivar a caça e reduzir a população de cobras. No entanto, os moradores da cidade passaram a criar, em lugar de matar, cobras precisamente para ganhar a recompensa.

Quando se percebeu que o programa estava custando muito mais do que o esperado e não estava gerando redução na quantidade de cobras em Délhi, as recompensas foram encerradas. As cobras criadas, que perderam seu valor, foram liberadas por seus criadores, e o resultado final foi o aumento na população de cobras e um desperdício de fundos do governo.

Tal cenário se repetiu em Hanói no início do século XX, cujo problema eram os ratos nos esgotos da cidade. Da mesma forma, o governo ofereceu uma recompensa pelas caudas dos ratos. Logo surgiram fazendas de ratos nos arredores da cidade e, em vez de matar ratos, os caçadores de recompensas simplesmente cortavam as caudas dos ratos e os deixaram vivos para que se reproduzissem e gerassem mais oportunidades de recompensa (Goddard 2022, p. 25). A sucessão de eventos e os resultados foram idênticos: gastos com recompensas cada vez maiores, nenhum progresso na diminuição da quantidade de ratos, cancelamento da recompensa, liberação dos ratos de criação e piora do problema original.

Na mesma linha, cita-se o caso da proibição *Hoy no circula* aprovada em 1989 na Cidade do México. Conforme o número da placa respectiva, restringiu-se a circulação dos carros em determinado dia da semana para reduzir os congestionamentos e a poluição do ar. Com a medida, muitas famílias acabaram comprando um segundo carro para contornar a proibição, geralmente mais barato, antigo e poluente. A legislação, portanto, piorou os problemas que pretendia solucionar. O caso foi estudado por Eskeland e Feyzioğlu (1997) e por Davis (2008). A mudança de comportamento das famílias não foi prevista pelos formuladores da legislação. Mesmo inefetivas, medidas semelhantes existem em diversas outras cidades da América Latina, como São Paulo (Brasil), por exemplo.

Em todos esses episódios que se acabam de mencionar, a legislação fracassou porque seus planejadores ignoraram os efeitos dinâmicos ou as consequências de longo prazo dos incentivos criados pela nova legislação. Para antecipar tudo isso, a legislação precisa ser concebida em termos dinâmicos, não estáticos. Os planejadores precisam recorrer aos avanços da economia comportamental, formular perguntas relevantes e avançar na previsão das consequências.

Um dos exemplos que se encaixam tanto na causa de fracasso legislativo anterior (má identificação do problema), quanto na falha na fixação de objetivos ora em comento, é a chamada *Truth-in-Lending Act* (Pub. L. 90-321, atualmente 15 U.S.C. 1601 *et seq.*), que poderia ser traduzida como Lei da Verdade nos Empréstimos. Foram declarados três objetivos básicos: 1) estabilizar a economia aumentando o uso informado do crédito; 2) permitir que os consumidores comprem as condições de crédito mais favoráveis; e 3) proteger os consumidores contra cobranças imprecisas e injustas. O primeiro objetivo (estabilização econômica) é demasiado abrangente para ser adequadamente avaliado

e permitir uma conclusão sobre o sucesso ou não da legislação. O caso foi dissecado por Rubin (1991).

A definição dos objetivos ou da finalidade da lei é alcançada com a resposta às seguintes perguntas: Qual é o resultado desejado com a legislação? Como o comportamento dos atores relevantes precisará mudar para que esse resultado seja alcançado? (Goddard, 2022, p. 156). Ao mesmo tempo, o exercício analítico deve avançar para questões do tipo: Como a legislação proposta provavelmente funcionará na prática? O que mudará em comparação com o *status quo*? Que aspectos do cenário pós-legislação são difíceis de prever com razoável confiança? (Goddard, 2022, p. 158).

Todas as considerações até aqui são importantes porque, sem se saber previamente o objetivo da legislação, não é possível a discussão de sua efetividade. Para se reduzir o risco de fracasso legislativo, deve-se proceder a uma análise cuidadosa sobre se a legislação é capaz de alcançar os estados de coisas desejados (factibilidade) e se o meio empregado é adequado ao fim proposto (adequação meios/fins). Para isso, é necessário, precisamente, identificarmos qual era o propósito da legislação (sem prejuízo, obviamente, da correta identificação do problema que esta pretendia resolver, como já assinalado).

5. Desconsiderar que a política influencia a decisão; depositar a explicação do fracasso legislativo no processo político; em uma democracia, a tomada de decisões sobre a legislação envolve uma adaptação negociada de interesses

Em democracias, espera-se que o Poder Legislativo represente, debata e contemple as necessidades e aspirações dos cidadãos. Disso resulta que a legislação é o resultado desse processo de adaptação negociada de interesses. Isso vale tanto para a própria elaboração da legislação, quanto para a avaliação subsequente. Os processos legislativos envolvem diversos atores que precisam cooperar entre si para alcançar o fim almejado.

É sabido que existem arranjos institucionais que favorecem mais a essa cooperação, e esse é um tema com vasta literatura, que aponta para o efeito de diferentes instituições nos sistemas democráticos (entre outros, Payne, 2006).

Não se defende que haveria um arranjo institucional ideal ou único para realização do trabalho de elaboração de leis. Simplesmente se enfatiza que uma abordagem estritamente tecnocrática da formulação legislativa – que ignora

as etapas de discussão, acomodação, negociação e deliberação – desconsidera o contexto mais amplo da política parlamentar, o qual é ineludível da elaboração da legislação. Assim, o planejamento da legislação que se abstém de antecipar como a política pode influenciar a decisão tende a fracassar.

Projetar a legislação passando por cima das preferências políticas dos representantes, que espelham suas bases eleitorais e tendem a refletir as crenças e costumes arraigados da sociedade, pode resultar em fracasso e, às vezes, a legislação sequer chega a ser aprovada pelos parlamentares.

Em teoria, a legislação tende a ser melhor quando as Casas Legislativas desenvolvem capacidade de formulá-la e quando participam, de maneira construtiva, da formulação de políticas nacionais, em vez de, simplesmente, adotar um papel subserviente, em que só referendam as recomendações supostamente pautadas em critérios estritamente técnicos e neutros de tecnocratas (na prática, um pequeno grupo de funcionários) ou os desejos do Poder Executivo.

A politização do processo legislativo, portanto, é algo não somente inevitável, mas totalmente desejável. O processo de elaboração das leis funciona como uma arena de debate público. Trata-se da única forma de se viabilizar um acordo entre forças opostas e diferentes grupos de interessados e de se garantir que a legislação reflita uma gama maior de perspectivas.

A falta de participação mais ativa por parte das legislaturas pode resultar em legislação mal ajustada às necessidades reais ou reivindicações dos interesses da sociedade. Em médio e longo prazos, isso significa que a legislação carece dos consensos mínimos, tornando-se politicamente insustentável e/ou de execução ineficiente ou injusta (Stein *et al.*, 2006, p. 42).

Traduzindo a ideia para o campo da teoria política, trata-se da vertente deliberativista, em que a democracia é um valor *per se* e ao mesmo tempo o meio para a tomada de decisões que vincularão a coletividade, dadas suas vantagens para gerar ideias novas e superiores. O propósito do processo legislativo e do debate parlamentar continua sendo encontrar soluções viáveis para os problemas sociais, desde que cumpridas algumas pré-condições: debate público aberto, sincero e racional (Ackerman, 1980; Cohen, 1967; Dryzek, 1980; Gutmann; Thompson, 1996). Seriam esses os requisitos para que haja sucesso legislativo.

Aqui não se pretende aprofundar sobre em que medida essas condições de fato se cumprem na prática, mas tão-somente alertar para esse dado: a legislação envolve uma questão de ação coletiva, a qual precisa ser considerada na

elaboração da legislação. Na maior parte da literatura, esse espaço da política não é considerado.

Por seu turno, ainda dentro da teoria deliberativa, o fracasso ocorre quando os canais de debate são limitados de alguma forma, ou quando grande quantidade de cidadãos se recusa a formar parte no debate ou se apega a opiniões irracionais (Ely, 1980; Fishkin, 1991; Habermas, 1996; Sunstein, 1993). O fracasso legislativo ocorre invariavelmente se o debate parlamentar for distorcido ou restringido.

É vem verdade que alguns autores – por exemplo, Zapatero (2009, p. 114) – depositam pouca esperança nas capacidades dos parlamentos nesse sentido.¹ De fato, os parlamentares não costumam seguir em seus debates o roteiro tradicional desejável: definição do problema, análise de suas causas, investigação sobre suas possíveis soluções, avaliação das opções, para então se escolher a melhor.

No mundo real, os parlamentares não têm sequer conhecimentos, nem tempo necessário para proceder a uma análise sossegada como essa. Para Gouvin (1994, p. 1.283), entretanto, a incapacidade de os legisladores encontrarem soluções viáveis resulta da falta de emprego da metodologia de solução de problemas em comento ou do método legislativo de que trata Rubin (1991).

A linha de raciocínio desses dois autores acaba reduzindo a problemática a uma única causa: o motivo do fracasso da legislação seria o processo político. Sob essa perspectiva, as falhas seriam inevitáveis; qualquer esforço legislativo estaria fadado a não ter sucesso, a menos que contornasse as engrenagens da influência política. Ocorre que essa não pareceria ser a única fonte dos fracassos legislativos.

Nesse sentido, a avaliação da legislação após determinado período de ter sido aprovada é um recurso para aprendizagem organizacional, voltado para a orientação, o esclarecimento, o convencimento e o alinhamento de atores envolvidos nas políticas públicas. Não é (ou ao menos não deveria ser) uma atividade de auditoria (inspeção certificadora), como um expediente para punição ou premiação de órgãos, equipes ou programas. O foco da avaliação é se entender “como” as políticas públicas estão se desenvolvendo, bem como os “porquês” do bom ou mau funcionamento.

1 Em suas próprias palavras: “*El Parlamento puede empeorar técnicamente un buen proyecto; pero difícilmente puede mejorar uno malo. De ahí que, si se quiere mejorar la calidad de nuestras leyes, el mayor esfuerzo se debe concentrar en la redacción de los proyectos antes de su remisión a las Cámaras; e incluso antes de comenzar su redacción legal. Es aquí donde tiene plena aplicación la metodología sugerida.*” (Zapatero, 2009, p. 114).

Feitas as avaliações, cabe ao Poder Legislativo analisar os dados empíricos e jurídicos subjacentes ao prognóstico legislativo e repesar os interesses envolvidos a partir das novas condições da realidade pós-legislação. Por essa lógica, se o Poder Legislativo é imprescindível no processo de formulação de políticas, também o é no momento da apreciação das informações produzidas no âmbito da avaliação dessas mesmas políticas públicas. Não há como “despolitizar” ambas as atividades.

Sem prejuízo, o que o planejamento pode fazer é antecipar algumas perguntas críticas típicas do debate parlamentar, por exemplo, como sugere Goddard (2022, p. 190):

- a) Quem a legislação pretende beneficiar?
 - i. Identificar os grupos que a legislação pretende beneficiar.
 - ii. Identificar os benefícios que cada um desses grupos pretende obter.
 - iii. Quais são as vantagens e desvantagens entre esses diferentes grupos/benefícios?
- b) Quais são os benefícios que esses beneficiários pretendem obter?
 - i. Identificar os critérios que uma pessoa deve atender para se qualificar para os benefícios previstos na legislação.
 - ii. Quais são as implicações desses critérios para a complexidade da legislação, para a previsibilidade de sua operação, para a facilidade de acesso a esses benefícios para os beneficiários pretendidos e para o custo de implementação do regime?

Esses são só alguns exemplos de perguntas e, para cada resposta, a ideia é contar com uma justificativa plausível.

6. Deixar-se de considerar caminhos alternativos para a intervenção legislativa; abordagem punitivista, implementação coercitiva ou necessidade de intervenção dos tribunais para se garantir a aplicação da legislação

Nessa causa de fracasso legislativo, o planejamento da legislação deixa de ampliar o leque de alternativas aptas a resolver o problema subjacente e tende a priorizar um único caminho. Evitar esse fracasso passa pelo estabelecimento das diferentes maneiras de se atingir o objetivo específico a ser alcançado com a legislação. Além disso, o cenário sem ação, isto é, sem a aprovação de

opções regulatórias deve ser considerado. Além de se listar cada uma das diferentes abordagens legislativas, convém estabelecerem-se os custos e os benefícios associados a cada uma das opções em consideração.

Ilustrando esse tipo de fracasso quanto à falta de criatividade legislativa, pode-se mencionar o debate sobre a segurança automotiva à luz da legislação que dirigia atenções exclusivamente ao comportamento do motorista, nos Estados Unidos.

Nesse sentido, uma mudança importante de perspectiva ocorreu com a aprovação do *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* de 1966. Para se evitarem acidentes de trânsito, em lugar de se concentrar só na figura do motorista, a legislação norte-americana mudou de perspectiva e passou a se dirigir especialmente aos fabricantes de veículos, com vistas a que construíssem veículos mais seguros, que protegessem melhor seus ocupantes em caso de acidente. O foco passou a ser promoverem-se tecnologias de prevenção de colisões ou modificar-se o veículo (ambiente) para que a interação do passageiro (hospedeiro) e as forças de desaceleração dos acidentes (agente) produzissem menos traumas. O caso é analisado por Mashaw e Harfst (1987).

A leitura dos autores, entretanto, é que houve um sucesso em meio a um fracasso porque a National Highway Traffic Safety Administration's (NHTSA) – agência reguladora norte-americana encarregada da promulgação de normas adicionais para forçar a tecnologia de *design* de segurança automotiva – acabou encontrando dificuldades significativas na defesa de seus regulamentos em processos judiciais. As cortes norte-americanas frequentemente exigiram do NHTSA um nível de certeza científica difícil de se alcançar em relação à eficácia das normas de segurança, o que dificultou a implementação do mandato legislativo de 1966.

No entanto, em compensação, a NHTSA passou a forçar o *recall* de veículos automotores que continham defeitos relacionados ao desempenho da segurança. Durante a década de 1976-1985, a NHTSA supervisionou o *recall* de mais da metade dos veículos norte-americanos vendidos novos. Os tribunais consideraram os recalls menos intrusivos. Assim, a atuação dos tribunais acabou influenciando a ação regulatória no sentido da adoção de ações corretivas direcionadas a produtos defeituosos específicos (*recall*).

Para Mashaw e Harfst (1987, p. 313), o sucesso da NHTSA em obter *recalls* foi positivo, mas não compensou totalmente seu fracasso em promulgar regras de segurança automotiva. Ainda assim, o caso revela um processo de aprendizagem importante, pelo qual foram abandonados alguns dos objetivos

ambiciosos da lei de 1966, notadamente a tentativa de moldar ativamente o futuro da segurança automotiva por meio de regulamentação. Ainda assim, acrescenta-se aqui, o caso também mostra uma importante mudança no foco da intervenção legislativa.

Nessa linha, a redução do risco de fracasso legislativo requer a consideração de abordagens alternativas. De preferência, com o exame sobre se já foram tentadas (testadas) em outro lugar, com os resultados e a relevância dessa experiência para o problema em concreto (Goddard, 2022, p. 155). Goddard (2022, p. 157-158) sugere que sejam formuladas as seguintes perguntas analíticas:

- a) Existe algum modelo internacional bem estabelecido e bem-sucedido que deva ser usado como ponto de partida para a legislação proposta?
- b) Que precedentes existem em sociedades comparáveis para a abordagem proposta adotada na legislação?
- c) A abordagem foi bem-sucedida nessas outras sociedades? Como podemos saber?
- d) O sucesso em outros lugares se traduzirá no ambiente social, econômico e institucional da sua sociedade?

A busca por caminhos alternativos também envolve a diversificação dos instrumentos de que se pode lançar mão em cada caso. A tradicional técnica de utilização de normas do tipo comando e controle pode ceder espaço a outras opções de implementação, como a negociação, o convencimento e a persuasão (Hood, 1986; Howlett, 2005). Existem diversos meios governamentais para se estruturar a resposta ao problema, mesmo não necessariamente legislativos, como a concessão de subsídios (incentivos), as campanhas de informação, etc.

As ferramentas tampouco precisam obrigatoriamente ser punitivas (acompanhadas de sanções, sejam financeiras ou restritivas de direitos ou de liberdades), pois isso depende do grau de coercitividade desejado. Eventualmente os instrumentos também podem ser misturados; tudo isso para se garantir o melhor desenho da legislação.

Nesse sentido, além da não consideração de alternativas, a escolha das ferramentas de implementação equivocadas pode conduzir a fracassos legislativos. Passa-se a analisar alguns exemplos históricos dessa falha.

A *War on drugs* foi uma política adotada pelos Estados Unidos na década de 1970, com o objetivo de reduzir o tráfico e o consumo de drogas ilícitas. A guerra às drogas é uma metáfora, voltada para associar o uso de drogas

a uma ameaça à segurança nacional. O principal objetivo da *War on drugs* era combater o tráfico e o consumo de drogas mediante adoção de medidas punitivas rigorosas. Entre os resultados da *War on drugs*, foi contabilizado o aumento da população carcerária, muito embora a taxa de consumo de drogas tenha permanecido estável (ou aumentado em certos períodos). Diz-se que os motivos do fracasso estão associados à abordagem exclusivamente punitivista, à aplicação desigual das leis (que afetou mais intensamente afro-americanos e latino-americanos) e a falta de foco em medidas preventivas e de tratamento em termos de saúde pública.

A política do filho único foi implementada na China em 1979, com o objetivo de, mediante controle do crescimento populacional do país, reduzir a pressão sobre os recursos naturais e serviços públicos. Entretanto, as avaliações são de que a política resultou em desequilíbrio de gênero significativo, envelhecimento populacional e violação de direitos humanos. Entre os motivos que contribuíram para o fracasso são listados a implementação coercitiva, a falta de respeito pelos direitos individuais (liberdade de escolha e planejamento familiar) e a ausência de políticas de suporte à família. A Índia – que também enfrenta desafios de superpopulação, adotou políticas menos coercitivas e investiu em programas de planejamento familiar e educação – conseguiu evitar alguns dos problemas experimentados pela China.

A partir de 1985, na China, as famílias fixadas em áreas rurais receberam permissão para ter um segundo filho. Em 2015, o governo passou a permitir que todas as famílias, independentemente da região, tenham duas crianças.

Com efeito, ainda dentro dessa causa de fracasso legislativo, tem-se a situação em que, pela complexidade da legislação, sua aplicação demandará a atuação dos tribunais. Goddard (2022, p. 18 e 84) cita o exemplo da reforma de 2001 na lei que rege a divisão de bens entre casais na Nova Zelândia: a norma conferiu aos tribunais o poder para decidir pedidos relacionados à disparidade de ganhos após a separação, causada pela divisão de papéis dentro da família. O foco da legislação era a situação em que, por conta da separação, o capital humano e a capacidade de ganho de um parceiro (quase invariavelmente o homem) foram aprimorados e o capital humano e a capacidade de ganho do outro (quase invariavelmente a mulher) foram diminuídos.

O novo regime, sobretudo por conta da generalidade da cláusula sobre a disparidade econômica, era complexo e opaco. Além disso, era administrado pelos tribunais de uma forma que tornava sua aplicação lenta e cara, pois passou-se a exigir a apresentação de provas periciais sobre o potencial de ganho real e contrafactual (Goddard, 2022, p. 84). Como resultado disso, a

reforma legislativa se tornou letra morta. Na prática, estabeleceu-se uma barreira à eficácia da legislação, pois, para vê-la aplicada, as pessoas teriam que recorrer aos tribunais, o que implica em custos. Quem mais poderia se ver beneficiado com a legislação (principalmente mulheres) foi precisamente quem mais teve dificuldade para invocá-la.

7. Deixar de embalar a legislação em uma narrativa convincente (*storytelling*); a adoção de comunicação adequada é uma etapa importante para o sucesso da legislação

Como já visto, de acordo com as boas práticas e as diretrizes teóricas, o processo de elaboração da legislação deve passar por algumas etapas analíticas, que envolvem: a definição do problema; o conhecimento das ações previamente adotadas (ou não) para resolvê-lo; a enumeração das alternativas disponíveis ou possíveis; a deliberação e a escolha da melhor opção; a adoção e a implementação da legislação; a avaliação dos resultados alcançados; e a decisão sobre eventual revisão ou modificação da legislação. Essas atividades coincidem com o tradicional ciclo das políticas públicas, cujo processo, como sabido, não é linear como a lista anterior sugere.

Todas as fases desse processo de elaboração das leis são permeadas pela argumentação, que é fundamental. Embora não conste da lista, a comunicação sobre cada uma dessas fases é um elemento-chave para dar visibilidade e jogar as luzes adequadas para alcance dos objetivos. Menosprezar a necessidade da retórica e o desenvolvimento das capacidades comunicativas necessárias à elaboração da legislação é um dos fatores que podem contribuir para os fracassos legislativos.

A comunicação adequada da proposta legislativa formaliza concepções e permite o avanço das discussões. Deve abranger tanto o contexto, quanto o processo. Trata-se da capacidade dos formuladores de explicar e defender o plano de ação, de embalar a proposta em uma roupagem que resulte persuasiva no debate público. Na elaboração da legislação, o que não pode ser escrito ou explicado, de forma simples e convincente, tende a não ter êxito. A identificação dos argumentos persuasivos desempenha um papel importante no processo, maior do que os raciocínios baseados em demonstrações lógicas, dados, informações e evidências.

O caráter argumentativo com vistas à justificação das normas é trabalhado por diversos autores – como Atienza (1997; 2004), Oliver-Lalana (2022), e outros. A essa abordagem se soma o elemento estratégico trabalhado por Majone

(1989), no sentido de se encaixar a proposição legislativa em um *storytelling*, uma narrativa plausível construída de forma simples e convincente sobre os motivos da proposta de legislação e sobre a maneira como será implementada. Essa narrativa é ferramenta explicativa e, ao mesmo tempo, teste decisivo para a clareza e a coerência das ideias e para a consistência do projeto de lei com o objetivo político original (Goddard, 2022, p. 161).

Os atores precisarão explicar suas posições na arena política. Por isso, Majone (1989) defende que o analista envolvido na elaboração de políticas públicas precisa atuar como um orador que busca persuadir atores políticos e o público em geral, reconhecendo a complexidade dos problemas e a necessidade de justificar as decisões tomadas. O autor destaca a importância da construção de consensos no processo de formulação das políticas públicas. O objetivo principal é, a partir do fornecimento de evidências e argumentos, viabilizar a deliberação pública. O formulador da legislação não deve se limitar a identificar soluções para os problemas que subjazem às propostas, mas buscar persuadir, comunicar eficazmente, transcendendo a mera aplicação de modelos de decisão racional.

Entre as habilidades discursivas exigidas a partir dessa abordagem, estão a simplificação, o planejamento e a capacidade de conferir inteligibilidade às informações.

De acordo com Smith (2013, p. 23), a comunicação se volta para produzir informações úteis ao processo político de elaboração da legislação. As informações úteis têm quatro características principais: ajudam a resolver problemas; servem à ação; têm consequências; e são acessíveis ao público. Trata-se de se responderem algumas perguntas na hora de se elaborar a comunicação ou de se decidir fornecer informações sobre o processo legislativo: Para quem isso é relevante? Como isso ajudará a resolver o problema? O que se pretende alcançar com o fornecimento da informação? O que é provável que aconteça como resultado dessas informações? Que impactos essas informações podem ter? Como essas informações serão tornadas públicas?

Smith (2013, p. 24) avança para explicar os aspectos que influenciam essa comunicação, como o prévio conhecimento das expectativas envolvidas, o gênero, a credibilidade, etc.

8. Conclusão

Este trabalho abordou a ideia de fracassos legislativos, listou algumas de suas principais causas, e apontou como as diretrizes disponíveis para aperfeiçoamento da elaboração legislativa podem colaborar para se evitar a aprovação

de leis que não alcançam os resultados esperados com sua edição ou, embora avancem nessa sua direção, o fazem a custos elevados ou com efeitos colaterais indesejados ou, ainda pior, com agravamento do problema que pretendiam resolver. A lista não pretendeu ser exaustiva, mas simplesmente quis entender os fatores mais comuns que levam aos diferentes tipos de fracasso legislativo e ilustrar que certas falhas poderiam ser evitáveis com a aplicação dos métodos apropriados.

Como se viu, entretanto, o fracasso legislativo não é algo de todo ruim, na medida em que está envolvido em um processo de aprendizagem. Sem falhas, a legislação não evolui. Na linha do que afirma Gouvin (1994, p. 1.286), sem a perspectiva do fracasso, o processo de elaboração da legislação perde um elo vital e a possibilidade de ser melhorado. Daí a importância da correta identificação do problema que a lei pretende solucionar. Sem isso, não é possível avaliar-se a efetividade legislativa, a qual é medida a partir dos problemas que a legislação buscou resolver. A falha na identificação do problema, portanto, gera uma dificuldade em se dimensionar seu fracasso ou seu sucesso.

Eventuais fracassos podem ocorrer mesmo com a prévia aplicação da metodologia para uma legislação racional. Causas externas podem ter ocorrido ou os mecanismos podem ter falhado na identificação de suscetibilidades *ex ante*. Mas sempre poderão ser aferidos os fracassos *ex post*. Por isso, convém realizar-se a avaliação da legislação, que fornece *feedback* valioso sobre quais abordagens funcionam ou não. A institucionalização dessa atividade de avaliação dos resultados legislativos é a melhor solução para se lidar com (corrigir e prevenir) os fracassos legislativos.

A lista das principais causas dos fracassos legislativos analisados deixou de fora alguns vícios do planejamento das leis já suficientemente mapeados pela literatura, como, por exemplo, o de se desconsiderar a importância das instituições que serão encarregadas de implementar a legislação, seja aplicando, interpretando ou garantindo sua coercitividade; se já existem, é preciso conhecer como tais instituições funcionam na prática; se não, seu planejamento é necessário na hora de se desenhar a legislação (Bardach, 1977). Sem dúvidas, a falta de capacidade institucional é uma das principais causas dos fracassos legislativos (King; Crewe, 2014).

Tampouco se aprofundou em outra falha comum: de se negligenciar que a perspectiva mais importante a ser considerada é a do destinatário final da legislação, a das pessoas a quem a lei se aplica; se estas são estão cientes da legislação ou não entendem suas normas, a legislação tende a fracassar. Nes-

ses termos, a acessibilidade é elemento essencial para que a lei seja eficaz. Além de tornar a legislação pública, o mecanismo para tornar a legislação acessível é redigi-la e apresentá-la em linguagem simples para facilitar sua compreensão e aplicação. Por outro lado, se o público-alvo da legislação é especializado, convém usar a linguagem técnica.

Como visto, muitos fracassos legislativos resultam da falta de atenção às mudanças de comportamento que uma nova lei incentivará, em termos dinâmicos, considerando-se as consequências não só de curto, mas também de médio e longo prazos. Deixar de dar atenção suficiente aos incentivos de longo prazo criados pela lei – como ocorreu, por exemplo, nos casos do imposto sobre janelas, dos dias sem carro na Cidade do México, das cobras, dos ratos – gera os piores tipos de fracassos legislativos, os que agravam o problema que se pretendia resolver.

Um argumento mais complexo para os fracassos legislativos pode ser encontrado em Scott (2021), que defende que os esquemas de engenharia social frequentemente falham devido a uma combinação de quatro fatores: 1) excesso de simplificação da complexidade da vida social e natural; 2) o que o autor chama de “ideologia do alto modernismo”, prevalente no século XX, consistente na crença da capacidade da ciência e da tecnologia de transformar a sociedade, o que conduziu à aplicação de soluções únicas e universalmente aplicáveis, ignorando contextos locais específicos; 3) Estados autoritários, com maior capacidade de impor planos de engenharia social de cima para baixo, suprimem a resistência e o *feedback* da sociedade civil e eliminam a adaptabilidade e a capacidade de resposta a problemas imprevistos; e 4) uma sociedade civil fragilizada, carente de capacidade para resistir a planos de engenharia social impostos pelo Estado. Embora não se tenha aprofundado nessa abordagem neste trabalho, não é incompatível com a utilizada aqui.

Em síntese a tudo que se viu, afirma-se que as causas mais comuns de leis fracassadas decorrem de falhas ocorridas durante seu planejamento, de vícios quanto à análise, sobretudo do problema (por falta de coleta de informações relevantes) e do reconhecimento e de previsão de consequências. Quanto mais explícitos estejam o problema que a legislação pretende resolver, os objetivos que visa a alcançar e como alcançá-los (os meios para isso), maiores as chances de se localizarem e se corrigirem eventuais falhas. Sem esses elementos mínimos, a própria avaliação pode ficar prejudicada. E não se realizarem avaliações legislativas é uma das receitas para o fracasso legislativo.

Referências

- ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- ATIENZA, M. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Civitas, 2004.
- BARDACH, E.: *The implementation game: what happens after a bill becomes a Law*. Cambridge: The MIT Press, 1977.
- COSTA, A. *Leis absurdas: 51 leis absurdas que você não conhecia*. São Paulo: LVM Editora, 2021.
- DAVIS, L. The effect of driving restrictions on air quality in Mexico City. *Journal of Political Economy*, 116 (1): 38-81, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/529398>. Acesso em: 26 nov. 2025.
- ELLERY, R. et al. Controle sintético como ferramenta para avaliação de políticas públicas. In: SACHSIDA, A. (org.). *Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*, Brasília: IPEA, 2018.
- ESKELAND, G. S., FEYZIOGLU, T. Rationing can backfire: the “Day without a car” in Mexico City. *The World Bank Economic Review*, 11 (3): 383-408, 1997. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3990252>. Acesso em: 26 nov. 2025.
- GODDARD, D. *Making laws that work: how laws fail and how we can do better*. Oxford: Hart Publishing, 2022.
- GOUVIN, E. Truth in savings and the failure of legislative methodology. *University of Cincinnati Law Review*, 62: 1281-1376, Cincinnati, 1994.
- HOOD, C. *The tools of government*. Chatham: Chatham House Pblrs, 1986.
- HOWLETT, M. What is a policy instrument? Tools, mixes, and implementation styles. In: ELIADIS, P.; HILL, M.M.; HOWLETT, M. (eds.). *Designing government: from instruments to governance*. Montreal & Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2005.
- KING, A.; CREWE, I. *The blunders of our governments*. London: Oneworld, 2014.
- MAJONE, G. *Evidence, argument, and persuasion in the policy process*. New Haven: Yale University Press, 1989.

- MASHAW, J.; HARFST, D. Regulation and legal culture: the case of motor vehicle safety. *Yale Journal on Regulation*, 4 (2): 257-316, New Haven, 1987.
- MENDES, M. (org.). *Para não esquecer: políticas públicas que empobrecem o Brasil*. Rio de Janeiro: Autografia, 2022.
- OLIVER-LALANA, A. D. Los debates legislativos en el parlamento como fuente de justificación de la ley: un enfoque de análisis y evaluación. In: OLIVER-LALANA, A. D. (ed.). *Debatendo leyes: estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*. Madrid: Dykinson, 2022.
- PAYNE, J. M. *La política importa: democracia y desarrollo en América Latina*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2006.
- RUBIN, E. The conceptual explanation for legislative failure. *Law & Social Inquiry*, 30 (3): 583-606, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2005.tb00354.x>. Acesso em: 26 nov. 2025.
- RUBIN, E. Legislative methodology: some lessons from the Truth-in-Lending Act. *The Georgetown Law Journal*, 80 (2): 233-307, Georgetown, 1991.
- SCHUETTINGER, R. L., BUTLER, E. F. *4000 años de controles de precios y salarios*. Madrid: Unión Editorial, 2020.
- SCOTT, J. C. *Lo que ve el Estado. Cómo ciertos esquemas para mejorar la condición humana han fracasado*, México: FCE, 2021.
- SMITH, C. *Writing public policy*. Oxford: OUP, 2013.
- STEIN, E. et al. *The politics of policies: economic and social progress in Latin America*. Washington: Inter-american Development Bank, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, 2006.
- ZAPATERO, V. *El arte de legislar*. Pamplona: Arazandi, 2009.