

Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva

Eduardo Jordão

Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela Universidade de São Paulo (USP) e pela London School of Economics (LSE). Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck. Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. E-mail: eduardo.jordao@fgv.br.

Luiz Filipe Cunha

Bacharel em Direito e Assistente de Pesquisa na FGV Direito Rio. E-mail: luiz.cunha@fgv.br.

Resumo: Este artigo reporta tendência, observada em algumas jurisdições estrangeiras, de deslocamento do foco de uma análise de impacto regulatório prospectiva para uma análise retrospectiva. Com base nessa experiência estrangeira, o artigo examina o estágio evolutivo do direito brasileiro na implementação das chamadas revisões regulatórias (ou “*regulatory lookbacks*”) e tece algumas sugestões para o seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Análise de impacto regulatório. Revisão regulatória. *Regulatory lookback*. Regulação. Direito Comparado.

Sumário: 1 Introdução – 2 A importância de uma cultura regulatória de reavaliação – 3 Experiências estrangeiras de AIR retrospectiva – 4 Iniciativas de avaliação retrospectiva no Brasil – 5 Conclusão: sugestões para institucionalização da AIR retrospectiva no país – Referências

1 Introdução

A análise de impacto regulatório (“AIR”) é um dos temas da moda. Seu objetivo é informar o tomador de decisão sobre a implementação, alteração e manutenção de ações regulatórias, garantindo que as escolhas públicas sejam feitas após uma consideração apropriada das prováveis consequências.¹ Adequa-se, assim, ao viés pragmático que tem caracterizado os esforços de renovação do direito público brasileiro nos últimos anos.

¹ RANDAELLI, C.; FRANCESCO, F. Regulatory Impact Assessment. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. (ed.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: OUP, 2010.

Recentemente, dois diplomas normativos lhe deram destaque. A Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (“Lei Geral das Agências Reguladoras”), tornou obrigatória a realização de AIR para “a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” (art. 6º), sendo a metodologia, o conteúdo e as hipóteses de obrigatoriedade e de dispensa delegados a ato infralegal regulamentar (art. 6º, §1º). Já a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), contém disposição semelhante, mas que estende a obrigatoriedade de realização de AIR, nos termos de regulamento, a todos os “órgãos e entidades da administração pública federal”, e não apenas às agências.²

Essa previsão legislativa expressa chega após longo processo (ainda não finalizado) de introdução das melhores práticas regulatórias no país. As discussões sobre a adoção sistemática de revisão e avaliação regulatórias remontam a 2007, ano que em foi instituído o PRO-REG,^{3 4} programa em sintonia com a tendência mundial de melhora regulatória⁵ que visava a

² Lei nº 13.874/2019: “Art. 5º. As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada”.

³ Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, instituído pelo Decreto nº 6.062/2007 no âmbito da Presidência da República.

⁴ Embora o PRO-REG tenha sido a primeira iniciativa destinada a institucionalizar a AIR entre as agências reguladoras federais, a primeira menção aos princípios gerais da AIR no Direito brasileiro veio com o Decreto nº 4.176/02, que estabeleceu “normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal”. No Anexo I ao decreto, eram expostas as “questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo”. Entre elas, há elementos típicos de uma AIR *ex ante*, como: (i) definição dos objetivos, (ii) verificação das alternativas disponíveis de intervenção, e (iii) “análise da relação custo-benefício”. Recentemente, o mencionado decreto foi revogado e substituído pelo Decreto nº 9.191/17, que, além de manter as etapas de avaliação prévia do decreto anterior, traz mais detalhes dos passos a serem adotados para elaborar cada tipo de norma federal (medidas provisórias, decretos, propostas de lei de Direito Tributário, Penal etc.). Além disso, ressalta-se que o decreto de 2017 incluiu análise sobre os impactos que a norma proposta pode ter nos direitos fundamentais (item 10 do Anexo), o que não constava do anterior; traz perguntas mais detalhadas sobre custos envolvidos (item 16) e perguntas voltadas a orientar os elaboradores da norma a simplificar as exigências burocráticas (item 17).

⁵ ALBUQUERQUE, K. F. de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*. SEAE/MF, 2006. (Documento de Trabalho n. 35, dez. 2006). p. 30 e ss.

implementação no Brasil, entre outras medidas, da AIR.^{6 7} Coordenado pela Casa Civil da Presidência da República, o PRO-REG resultou na produção de diversos estudos, com natureza de recomendação, às agências reguladoras federais, bem como iniciativas como cursos de capacitação dos gestores federais à realização de AIR.⁸

Dez anos depois do início dessas discussões, os resultados: em 2017, todas as dez agências reguladoras federais já haviam realizado AIRs, sete tinham atos normativos próprios que a regulamentam, seis haviam tornado a prática obrigatória para a edição de atos normativos e sete já deixaram de editar atos normativos por conta dos resultados desta prática.⁹ No mesmo ano, o governo federal inaugurou a “Política de Governança Pública Federal” (Decreto nº 9.203/17), que criou o Comitê Interministerial de Governança, também coordenado pela Casa Civil. Entre os resultados da política, em 2018 foi publicado o “Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório” da Casa Civil, documento abrangente que traz diretrizes e linhas gerais de metodologias a serem utilizadas pelas agências reguladoras nesse tipo de análise.¹⁰

Assim, o processo de consagração da AIR *antes* da edição ou alteração de atos normativos regulatórios está em estágio avançado no Brasil, havendo certo consenso político sobre a sua importância. Mas isso não é suficiente.

Um olhar para a experiência de jurisdições estrangeiras mais avançadas revela a clara tendência de deslocamento de foco de análises de

⁶ Os movimentos de “melhora regulatória” consistem em tornar a regulação, atividade que interfere nas vidas privadas e gera custos para o público, mais racionais, porque pautadas em análises criteriosas dos custos e dos benefícios que geram e por conta da densidade argumentativa necessária para produzir restrições regulatórias à atividade privada. Na época de criação do PRO-REG, as iniciativas de AIR se propagavam pelo mundo, especialmente por influência da OCDE (v. OCDE. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*. 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>). Sobre o ponto, ver RAGAZZO, C. E. J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 190 e ss.

⁷ Nesse contexto, note-se que a OCDE recomendou expressamente que o governo brasileiro adotasse a AIR. V. OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Casa Civil da Presidência da República, 2008. p. 8.

⁸ Há boletins com essas informações de atividades no site da Casa Civil, onde se pode verificar a quantidade de eventos, cursos com professores estrangeiros (principalmente do Reino Unido e dos Estados Unidos, países com experiências mais avançadas em AIR) e informativos sobre o tema: <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/documentos/biblioteca>.

⁹ BRASIL. Casa Civil. *Inventário AIR: Visão Geral da Análise de Impacto Regulatório nas Agências Reguladoras Federais*. Publicado em 20 de jun. de 2018 (2018b). Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/inventario-air-visao-geral-da-analise-de-impacto-regulatorio-nas-agencias-reguladoras-federais/inventario-air-visao-geral-da-analise-de-impacto-regulatorio-nas-agencias-reguladoras-federais>. Acesso em: 5 jul. 2019.

¹⁰ Para um histórico mais detalhado da evolução das iniciativas de melhora regulatória no Brasil, ver RAGAZZO, C. E. J. Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 513-536, 2018.

impacto *prospectivas* (para o futuro, relativas a medidas ainda não adotadas) para análises de impacto *retrospectivas* (para o passado, relativa a medidas já adotadas e em vigor). Como é fácil perceber, na AIR realizada *antes* da edição da norma, são feitas *projeções* e *simulações* antecipadas de custos e benefícios de uma medida – tarefa árdua e sempre marcada por grandes incertezas. Já na AIR feita *após* a implementação de uma medida, é possível a verificação dos seus efeitos no mundo dos fatos de forma *retrospectiva*, com dados concretos e menos limitações informacionais, circunstância que leva à produção de resultados mais confiáveis.

Esta abordagem de “revisão do estoque regulatório” (na expressão corrente em inglês, *regulatory lookback*)¹¹ ainda engatinha no Brasil. Todavia, o país está em um momento decisivo: as recentes leis federais acima citadas indicam que, em breve, serão editados regulamentos cogentes criando as bases institucionais da AIR no país. Vive-se, portanto, o momento ideal para o estabelecimento de uma cultura institucional de reavaliação regulatória. Mas como fazê-lo? A literatura nacional sobre o tema, por focar-se até agora na AIR prospectiva,¹² ainda é escassa de orientações. O objetivo deste artigo é analisar as experiências estrangeiras e brasileiras para, a partir delas, oferecer algumas sugestões para a regulamentação e implementação da revisão regulatória no país.

Para este fim, o artigo está assim organizado. A próxima seção justifica a importância da AIR retrospectiva e da criação de uma cultura institucional de *regulatory lookback* no Brasil. Em seguida, a terceira seção explorará as experiências estrangeiras na realização de AIR retrospectiva e de institucionalização de práticas de revisão regulatória periódica. Poucos países do mundo já implantaram essas medidas,¹³ de forma que a análise se focará naqueles em que já há amplo rol de documentos, relatórios e

¹¹ COGLIANESE, C. Moving Forward with Regulatory Lookback. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017.

¹² Sobre a AIR prospectiva na literatura nacional, ver, por exemplo, OLIVEIRA, R. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, (edição especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica Rio de Janeiro, 2014; MENEGUIN, F. B.; BIJOS, P. R. S. *Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas*. Senado Federal; Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2016. (Textos para Discussão nº 193); GAETANI, F.; ALBUQUERQUE, K. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, P. I. S. *Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009; VALENTE, P. R. P. *Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹³ Nesse sentido, “While OECD countries recognize the important role of ex post evaluation in fostering high-quality and responsive regulatory frameworks, few of them have actually adopted a systematic approach in this area and tend to focus rather on the ex ante assessment of regulations. Most reviews that have been conducted in OECD countries are principle-based, often with a focus on reducing administrative burdens or compliance costs more broadly or boosting competition. Only a minority of OECD countries use ex post evaluation to systematically assess whether the regulation’s underlying policy goals have been achieved” (OCDE. *Closing the regulatory cycle: effective*

resultados disponíveis na internet: Estados, Unidos, União Europeia, Canadá, Reino Unido e Alemanha. A quarta seção apresentará algumas ações pioneiras de avaliação regulatória *ex post* no Brasil, e a quinta concluirá o artigo com sugestões, baseadas na experiência estrangeira e no cenário brasileiro atual, para a ampliação e a sistematização da avaliação regulatória retrospectiva.

2 A importância de uma cultura regulatória de reavaliação

A importância da valorização e da sistematização de uma AIR retrospectiva, adicional à (e não substitutiva da) AIR prospectiva,¹⁴ reside em pelo menos duas circunstâncias: (i) uma relativa à qualidade dos dados disponíveis para a realização da análise; (ii) outra relativa à própria natureza da avaliação realizada.

No que concerne ao primeiro ponto, relativo à qualidade dos dados disponíveis, a AIR retrospectiva tende a ser mais bem informada e, portanto, mais confiável do que a AIR prospectiva. É que a projeção de custos e benefícios, típica da AIR prospectiva, envolve significativas especulações. Ainda que as simulações sejam pautadas com o máximo de rigor científico, os resultados das estimativas em um mundo complexo e dinâmico nunca serão próximos da exatidão.¹⁵ Em outras palavras, “o mundo não pode simplesmente ser mantido constante depois da edição da regulação”,¹⁶ porque fatores como respostas estratégicas dos regulados, criação de incentivos perversos para reguladores e regulados e consequências não antecipadas da norma tornam a atividade preditiva estatal inerentemente complexa. Em revisão da literatura empírica sobre o assunto nos Estados Unidos, Hahn e Tetlock chegaram à conclusão de que havia variações muito relevantes entre estimativas *ex ante* e concretização *ex post* de custos e benefícios nas AIRs examinadas.¹⁷ Em contrapartida, na AIR retrospectiva, os reguladores podem examinar os dados e efeitos concretos

ex post evaluation for improved policy outcomes. 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Proceedings-9th-Conference-MRP.pdf>.

¹⁴ Não é o escopo deste artigo analisar cada etapa de uma análise de impacto regulatório. Outros trabalhos já o fizeram extensivamente. Basta que se aceite a premissa (incontroversa) de que, seja como for feita a AIR *ex ante*, ela necessariamente envolve a estimativa de custos e benefícios projetados para o futuro. Para descrições detalhadas dessas etapas, ver o capítulo 2 de VALENTE, P. R. P. *Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹⁵ GREENSTONE, M. Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation. In: MOSS, D.; CISTERNINO, J. (ed.). *New Perspectives on Regulation: The Torbin Project*. 2009. Cap. 5.

¹⁶ SUNSTEIN, C. Paradoxes of the Regulatory State. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, primavera 1990. p. 413.

¹⁷ HAHN, R. W.; TETLOCK, P. C. Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions? *AEI – Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08*, abr. 2007.

da norma no mundo real – isto é, depois de algum tempo de vigência da regulação – para reavaliar os custos e benefícios estimados. Em síntese, nas palavras do economista do MIT Michael Greenstone, “o maior problema do sistema atual é que a maioria das regulações está sujeita a uma análise de custo-benefício apenas antes da implementação. Esse é o momento em que menos se sabe, e qualquer análise deve se assentar em várias hipóteses não verificadas e potencialmente controversas”.¹⁸

Uma consequência adicional desse primeiro ponto é que a AIR retrospectiva tende a depender menos, para sua efetivação, da indústria regulada. Ao elaborar análises *ex ante*, o acesso aos dados e informações do setor regulado é extremamente limitado. Nem sempre há bases de dados públicas e monitoramento estatal sobre as variáveis relevantes para a regulação proposta. A solução que geralmente se dá a esse problema é a de recorrer a informações fornecidas pela própria indústria regulada – a qual, por evidente, tem incentivos para inflar os custos estimados de implementação de uma eventual regulação futura que não desejam ou exagerar sobre as consequências positivas daquelas que desejam ver implementadas.¹⁹ Nesse sentido, o ex-diretor geral da OIRA (Office for Information and Regulatory Affairs – órgão central responsável pela AIR nos Estados Unidos) Cass Sunstein informa que, durante o seu período no órgão, era frequente a existência de problemas de estimativa de custos e benefícios por falta de informações oriundas de fontes imparciais.²⁰

Já no que concerne ao segundo ponto, relativo à própria natureza da avaliação a ser realizada, a AIR retrospectiva corresponde a um importante instrumento de organização e de identificação concreta da qualidade do estoque regulatório de um país. Enquanto a AIR prospectiva é normalmente focada *naquela medida específica de que se cogita*, a AIR retrospectiva tem um viés mais amplo e genérico, de arrumação de uma realidade regulatória. Daí porque, sem uma institucionalização de reavaliações regulatórias periódicas com AIRs *ex post*, o estoque de regulações está fadado a ser mantido repleto de normas duplicadas, redundantes, defasadas ou que não cumpriram o objetivo a que se destinam.

¹⁸ Tradução livre do original: “The single greatest problem with the current system is that most regulations are subject to a cost-benefit analysis only in advance of their implementation. This is the point when the least is known and any analysis must rest on many unverifiable and potentially controversial assumptions” (GREENSTONE, M. Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation. In: MOSS, D.; CISTERNINO, J. (ed.). *New Perspectives on Regulation: The Torbin Project*. 2009. Cap. 5. p. 113).

¹⁹ SUNSTEIN, C. *The Regulatory Lookback*. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014.

²⁰ “Without a doubt, those with an incentive to oppose rules will tend to overstate the costs and perhaps even claim that if rules are finalized, terrible dislocations will occur. I saw such overstatements at least once a month. I also saw professional civil servants at agencies, working with OIRA and other offices within the government, trying to generate the right numbers. But if industry overstates costs, regulators may not have enough information to make a correction” (SUNSTEIN, C. *The Regulatory Lookback*. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014. p. 585).

É fácil identificar exemplos de duplicações, redundâncias e anacronismos na regulação brasileira. Veja-se o caso do Decreto nº 9.757, de 11 de abril de 2019, chamado “revogação”, que revogou nada menos que 250 decretos obsoletos: havia até decreto de 1903, já tacitamente revogado há décadas, ainda não efetivamente eliminado do mundo jurídico. Há também diversas redundâncias documentais que poderiam ser suprimidas pela revisão periódica do estoque regulatório. Alguns benefícios concedidos pelo INSS exigem que o candidato comprove renda máxima (por exemplo, para receber o Benefício de Prestação Continuada a renda máxima deve ser de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo por pessoa); para tanto, não basta estar em dia com suas declarações de IR: ele deve também fazer a comprovação ao INSS. Ou seja: como o processo não é automatizado, o candidato deve entregar uma longa lista de documentos comprovando, entre outras coisas, algo que já é obrigado a comprovar a outras entidades públicas.

Nos Estados Unidos, o “leite” era considerado pela Agência de Proteção Ambiental (EPA) daquele país como um “óleo” para os efeitos da regulação de derramamentos de óleo, em uma regulação que claramente não cumpria as suas finalidades, gerando custos desnecessários aos produtores de leite. Diante da quantidade de competências da EPA, a revisão dessa regra tardou muito, e o leite só saiu da lista de “óleos” da EPA após uma extensa iniciativa de *regulatory lookback* feita no governo Obama.²¹

A análise de impacto regulatório apenas prospectiva não pode lidar com esses problemas no estoque regulatório. A melhora do ambiente regulatório passa necessariamente por uma ampla avaliação das regulações do passado.

3 Experiências estrangeiras de AIR retrospectiva

Demonstrada a importância das avaliações regulatórias retrospectivas, passa-se à análise de como elas foram implementadas na experiência estrangeira. Serão vistos os históricos de Estados Unidos, União Europeia, Reino Unido, Alemanha e Canadá.

3.1 A experiência norte-americana

A experiência norte-americana de análise de impacto regulatório é a primeira iniciativa centralizada e institucionalizada de avaliação (e, mais recentemente, de reavaliação) regulatória no mundo. Por isso, antes de analisar detidamente as recentes iniciativas de AIR retrospectiva, vale traçar o contexto dessa mudança de paradigma, por meio de uma breve exposição do desenvolvimento da AIR nos Estados Unidos.

²¹ SUNSTEIN, C. The Regulatory Lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014. p. 594.

3.1.1 Desenvolvimento e institucionalização da AIR nos Estados Unidos

As primeiras demandas de que as agências federais americanas realizassem AIR remontam ao início da década de 1970, com a introdução do *Quality of Life Review Process* pelo Presidente Nixon (1971). Tratava-se de uma resposta do governo Republicano de Nixon à expansão das normas editadas pela burocracia federal, e consistiu na exigência de que as agências submetessem à Casa Branca cronogramas de regulações para o ano seguinte capazes de impor custos significativos antes do lançamento da norma.²² Esse tipo de medida foi continuada nos governos subsequentes, inclusive com a criação de um grupo centralizado chamado pelo presidente Carter para fazer análises envolvendo mais de uma agência.²³ Nesse início, contudo, a verificação de custos e benefícios (i) não era vinculante, porque faltava base legal para invalidar as regulações que não foram antecedidas por AIR;²⁴ (ii) era marcada por informalidade, sem haver um órgão central revisor nem diretrizes (*guidelines*) de como fazer a análise; e (iii) não envolvia análise retrospectiva.²⁵

A AIR assumiu os moldes gerais que vigoram até os dias de hoje no governo de Ronald Reagan, com (i) a criação de uma estrutura formal e estável no âmbito do OMB (Office of Management and Budget) da Casa Branca, dando à OIRA (órgão vinculado à OMB, que passou a concentrar as funções de AIR) o poder geral e central de efetuar revisões regulatórias, por análises custo-benefício das normas editadas pelas agências. Isso foi feito por meio da *Executive Order* nº 12.291, que também (ii) exigiu a submissão de todas as propostas de regulação com impacto significativo à OIRA, que apenas deveria aprová-la se os benefícios superassem os custos (quantificáveis); (iii) além de definir objetivamente o que seria uma “regulação de impacto significativo” como aquela que pudesse gerar mais de US\$100 milhões de impacto ou tivesse impacto relevante na competição, produtividade, empregos, e inovação, a critério da OIRA. Em seguida, a *Executive Order* nº 12.498 criou a obrigação de que as agências

²² No programa do governo Nixon, a própria agência reguladora interessada em editar uma norma deveria indicar se a considerava significativa ou não. Um mês antes do lançamento programado da nova regulação, um relatório que deveria incluir custos e benefícios da medida deveria ser enviado à Casa Branca para avaliação conjunta da necessidade da medida. V. EISNER, M. A. *Regulatory Politics in an Age of Polarization and Drift: Beyond Deregulation*. Nova Iorque: Routledge, 2017.

²³ Tratava-se do “Regulatory Analysis Review Group”. V. HAHN, R.; SUNSTEIN, C. A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis. *AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working Paper n. 02-04*, 2002. p. 13 e ss.

²⁴ A partir do Regulatory Flexibility Act de 1980, a AIR passou a ser exigida das agências reguladoras federais. Outras leis nos anos seguintes ampliaram essa exigência. Mais tarde, isso foi detalhado na legislação (v. “2 U.S. Code §1532 – *Statements to accompany significant regulatory actions*”).

²⁵ EISNER, M. A. *Regulatory Politics in an Age of Polarization and Drift: Beyond Deregulation*. Nova Iorque: Routledge, 2017.

(iv) enviassem planos anuais contendo as regulações a serem propostas no ano seguinte que fossem potencialmente significantes ou controversas, para apreciação do OMB.

Esse mecanismo criado no governo Reagan e mantido no governo Bush foi duramente criticado pelos Democratas na época, sob os argumentos de que concentrava poderes demais nas mãos do Presidente, servia como mecanismo político de controle de regulações importantes sem que isso passasse por controle social e ignorava custos não quantificáveis.²⁶ Ainda assim, Bill Clinton manteve as linhas gerais do programa de AIR da OIRA, editando a nova *Executive Order* nº 12.866, de 1993. A nova normativa alterou alguns aspectos importantes da anterior, especialmente ao passar a (i) orientar os reguladores a apreciarem também custos e benefícios não quantificáveis, dando, assim, mais flexibilidade às agências; e ao (ii) instituir mecanismos de transparência e participação pública às decisões da OIRA, ampliando a publicidade dos processos regulatórios.²⁷

Vale ressaltar que todas essas medidas de AIR eram prospectivas, isto é, focadas em novas regulações. Existiam, é claro, tentativas de rever regulações editadas pelas administrações anteriores, mas isso, até então, não havia sido feito de forma sistematizada no bojo de um programa de análise de impacto regulatório.

3.1.2 Introdução e institucionalização da AIR retrospectiva

Uma mudança paradigmática na forma de revisão da regulação por AIR ocorreu após a eleição de Barack Obama. Enquanto as *Executive Orders* dos governos Reagan e Clinton estavam focadas nas proposições de novas regulações, Obama editou a *Executive Order* nº 13.563, de 2011, que, além de realizar ajustes na forma como as AIRs prospectivas seriam realizadas, inovou ao exigir a realização de AIR retrospectiva.²⁸ Entre as medidas implementadas pelo diploma, exigiu-se que as agências reguladoras analisassem e indicassem “regras que podem estar defasadas, inefetivas, insuficientes, ou excessivamente onerosas” (Seção 6(a)), para revisão. Concedeu-se,

²⁶ HAHN, R.; LITAN, R. Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the U.S. and Europe. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 2, p. 473-508, 2005.

²⁷ Id.

²⁸ Vale notar que a introdução de um mecanismo institucional de análise retrospectiva do sistema de revisão da OIRA/OMB já vinha sendo sugerido pela academia. Ainda em 2002, Hahn e Sunstein fizeram a seguinte recomendação: “We require each agency to create an annual regulatory retrospective and an annual regulatory plan. The retrospective should contain a general analysis of the costs and benefits of significant regulations; this analysis will facilitate OMB’s statutory task of compiling an annual account for the executive branch as a whole” (HAHN, R.; SUNSTEIN, C. A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis. *AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working Paper* n. 02-04, 2002. p. 6).

ainda, um prazo de 120 dias para que cada agência apresentasse um plano “com base no qual a agência irá periodicamente revisar suas regulações significantes existentes para determinar quais dessas regulações devem ser modificadas, modernizadas, expandidas ou revogadas, de forma a tornar o programa regulatório da agência mais efetivo e menos oneroso na consecução dos objetivos regulatórios” (Seção 6(b)). Embora o prazo tenha sido considerado curto pelos reguladores, os planos produzidos enviaram mais de 580 propostas de análise retrospectiva. Uma delas foi justamente a retirada do “leite” da lista de “óleos” da EPA, medida que foi repensada após a exigência de que as agências procurassem regulações carentes de revisão como essa.²⁹

Como aponta Cass Sunstein, que dirigiu a OIRA no período, o *regulatory lookback*, embora frequentemente resulte na supressão de regulações ultrapassadas e redundantes, não necessariamente está vinculado a uma *diminuição* da atividade regulatória do Estado. Tampouco está necessariamente ligada a uma ideologia liberalizante, como se poderia imaginar.³⁰ Afinal, é perfeitamente possível que a avaliação retrospectiva leve à edição de novas normas. Por exemplo, a agência pode perceber que os custos são menores do que o antecipado; que novas tecnologias diminuem os custos dos particulares regulados no *compliance* (e.g., menos “papelada” e transporte físico para entrega de documentos com processos eletrônicos); ou que a regulação está atingindo bem os seus objetivos de forma a justificar os seus custos, e poderia ser expandida.

A experiência americana também chama a atenção para a necessidade de tornar o *regulatory lookback* não apenas algo pontual, mas permanente e institucionalizado; tirar a revogação de regulações ultrapassadas do campo das promessas políticas e tornar isso uma rotina da Administração. Com esse objetivo, Obama editou nova *Executive Order* em 2012 (nº 13.610), prevendo que as agências (i) devem continuamente solicitar do público ideias sobre reformas, (ii) devem priorizar reformas que gerariam impactos

²⁹ SUNSTEIN, C. The Regulatory Lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014. p. 594.

³⁰ Pode parecer contraditório que essa ampla revisão regulatória “para trás” tenha sido feita logo em um governo do Partido Democrata, e por um Presidente considerado mais à esquerda. Segundo Cass Sunstein, a necessidade de promover essa ampla revisão regulatória atendeu a necessidades políticas: (i) os EUA estavam em meio a uma série crise econômica, sendo importante reduzir custos desnecessários para acelerar o crescimento; (ii) o governo Obama promoveu a implementação de leis polêmicas, politicamente custosas e bastante complexas, como o “Obamacare” e a lei “Dodd-Frank”, de reforma do sistema financeiro, o que exigia uma compensação por meio de redução da chamada “red tape” onde ela se mostrava desnecessária (v. SUNSTEIN, C. The Regulatory Lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014). Com efeito, a revisão regulatória retrospectiva tem sempre o objetivo de suprimir regulações desnecessárias e simplificar a burocracia, mas nem sempre significará uma diminuição da atividade regulatória do Estado. V. SUNSTEIN, C. *Simpler: The Future of Government*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2013.

significativos; e (iii) devem informar a OIRA, de maneira contínua, sobre o progresso da análise retrospectiva. A ideia foi dar *transparência* para que o público perceba se a agência não estiver envidando seus melhores esforços na revisão retrospectiva.

Com o início do governo de Donald Trump, foi editada a *Executive Order* nº 13.771, de 30 de janeiro de 2017. O objetivo declarado da medida é frear o fluxo e reduzir substancialmente o estoque de regulações, fazendo com que as próprias agências, que queiram introduzir novas regulações, indiquem regulações desnecessárias a serem revogadas. Para isso, dois mecanismos foram introduzidos na análise: (i) a regra do “dois para um”, segundo a qual, para cada regulação proposta, duas antigas devem ser apresentadas para revogação,³¹ de forma a compensar os novos custos;³² e (ii) uma regra orçamentária segundo a qual os custos totais impostos por todas as agências reguladoras federais no ano sejam iguais a zero e que, para isso, cada agência terá direito a uma dotação (positiva, negativa ou igual a zero) de custos incrementais.³³ A ideia de Trump foi forçar que as agências procedessem a reanálises de suas normas por conta própria. Criou-se um mecanismo que incentiva que os próprios reguladores busquem eliminar o estoque de regras que gerem custos redundantes, ao tempo que impede a edição desenfreada de novas regras.

Embora seja cedo para dizer, parece que o novo mecanismo de revisão regulatória americano vem gerando ao menos parte dos efeitos esperados;³⁴ mas vem recebendo algumas críticas mesmo entre economistas

³¹ Do original: “Sec. 2. Regulatory Cap for Fiscal Year 2017. (a) Unless prohibited by law, whenever an executive department or agency (agency) publicly proposes for notice and comment or otherwise promulgates a new regulation, it shall identify at least two existing regulations to be repealed”.

³² Do original: “Sec. 2 [...] (c) In furtherance of the requirement of subsection (a) of this section, any new incremental costs associated with new regulations shall, to the extent permitted by law, be offset by the elimination of existing costs associated with at least two prior regulations. Any agency eliminating existing costs associated with prior regulations under this subsection shall do so in accordance with the Administrative Procedure Act and other applicable law”.

³³ Essa dotação pode ser positiva ou negativa, ou seja, enquanto algumas agências poderão ter saldo positivo de custos regulatórios considerando todas as suas regulações criadas ou revogadas, outras agências terão que reduzir esse saldo, para que haja compensação entre elas e a soma final, no governo como um todo, seja zero. Veja-se o teor das normas: “Sec. 2 (b) For fiscal year 2017, which is in progress, the heads of all agencies are directed that the total incremental cost of all new regulations, including repealed regulations, to be finalized this year shall be no greater than zero, unless otherwise required by law or consistent with advice provided in writing by the Director of the Office of Management and Budget (Director)”. e “Sec. 3 [...] (d) During the Presidential budget process, the Director shall identify to agencies a total amount of incremental costs that will be allowed for each agency in issuing new regulations and repealing regulations for the next fiscal year. No regulations exceeding the agency’s total incremental cost allowance will be permitted in that fiscal year, unless required by law or approved in writing by the Director. The total incremental cost allowance may allow an increase or require a reduction in total regulatory cost”.

³⁴ VINIK, D. Trump’s war on regulations is real. But is it working? *Politico*, 20 jan. 2018. Disponível em: <https://www.politico.com/agenda/story/2018/01/20/trumps-regulatory-experiment-year-one-000620>; CREWS JR., C. Trump Exceeds One-In, Two-Out Goals On Cutting Regulations, But It May Be Getting Tougher. *Forbes*, 23 out. 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/>

liberais. De forma geral, alega-se que a nova política regulatória se preocupa excessivamente com custos, ignorando o lado dos benefícios. Em especial, aponta-se que a regra do “dois para um” ignora o saldo da análise custo-benefício das novas regulações, focando apenas em custos e diminuindo os incentivos para que as agências introduzam novas regras que gerem economias líquidas.³⁵ Por exemplo, uma agência reguladora pode evitar editar uma regra com custos totais muito altos (por exemplo, US\$1 bilhão), embora os benefícios sejam maiores ainda (US\$2 bilhões), porque terá séria dificuldade em encontrar duas regulações antigas que imponham custos dessa magnitude – e, ainda que as encontre, essa busca causará atrasos no processo de adoção de uma medida claramente benéfica.

Por fim, cumpre notar que, embora determine a revisão do estoque de regulações pelas próprias agências, a *Executive Order* não traz procedimentos e diretrizes para a realização desse *lookback*, tal como existe para a AIR *ex ante*.³⁶ Além disso, a normativa de Trump também exclui setores-chave da Administração Pública, como as Forças Armadas, as agências reguladoras independentes e ações da própria Presidência (caso das medidas que envolvem imigração), de forma que parte relevante da Administração federal ficou de fora do programa.

3.2 A experiência europeia

3.2.1 Análise retrospectiva no âmbito comunitário

Na União Europeia, também houve iniciativas de melhora regulatória por análises retrospectivas, embora mais recentes. Dois programas, no âmbito da Comissão Europeia, deram início a tentativas de institucionalizar a prática de avaliação retrospectiva periódica: primeiro, a *Better Regulation Agenda*, de 2003,³⁷ que, além de trazer diretrizes para a realização de AIR prospectiva, também ressaltou a importância de avaliações contínuas e

waynecrews/2018/10/23/trump-exceeds-one-in-two-out-goals-on-cutting-regulations-but-it-may-be-getting-tougher/#10940fd3d404.

³⁵ Escrevendo sobre a *Executive Order* do ponto de vista das políticas regulatórias ambientais, Joel Mintz conclui que a norma foca demais nos custos e ignora benefícios, em aparente descompasso com a legislação ambiental em vigor no país: “by focusing solely on the costs of environmental regulations without the least consideration of their numerous benefits to public health, welfare, and the environment, *Executive Order 13771* clearly runs afoul of NEPA’s policy that the public laws and regulations of the United States must be construed to harmonize human conduct with the natural environment” (MINTZ, J. The President’s Two for One *Executive Order* and the Interpretation Mandate of the National Environmental Policy Act: A Legal Constraint on Presidential Power. *UMKC Law Review*, v. 87, n. 3, p. 681-695, 2019).

³⁶ Trata-se da “Circular A-4” (MANAGEMENT AND BUDGET OFFICE. Circular A-4, Regulatory Analysis. *Federal Register*, 10 set. 2003. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2003/10/09/03-25606/circular-a-4-regulatory-analysis>).

³⁷ É como ficou conhecido o documento “Interinstitutional Agreement on better law-making” (EUROPEAN PARLIAMENT; COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION; COMMISSION OF THE EUROPEAN

periódicas das regulações editadas. Em 2010, esse programa foi substituído pelo segundo programa dessa fase inicial: a iniciativa *Smart Regulation Agenda*,³⁸ que deu especial atenção ao *lookback* regulatório. Para tanto, instituiu o chamado *Evaluate First Principle*, segundo o qual a edição de uma nova regulação deve sempre ser antecedida por uma avaliação rigorosa das medidas até então existentes para enfrentar o mesmo problema.³⁹

Mas esses programas não estavam se mostrando suficientes, e Estados-membros e organizações da sociedade civil europeias seguiram com críticas ao excesso de regulações emitidas pela União Europeia.⁴⁰ O principal problema identificado era que as avaliações eram feitas de forma *ad hoc*, isto é, não havia uma agenda ou um cronograma de reavaliação contínua das regulações, que eram reavaliadas pontualmente sob a discricionariedade dos grupos de trabalho da Comissão.⁴¹ Surgiu, então, o REFIT – *Regulatory Fitness and Performance Programme*,⁴² com o objetivo de institucionalizar e profissionalizar a AIR retrospectiva no âmbito da União Europeia. Foi criado um órgão específico para fazer essas avaliações, o Regulatory Scrutiny Board, e uma plataforma *on-line* por meio da qual qualquer organização interessada e qualquer Estado-membro podem apontar regulações (i) que não vêm atingindo seus objetivos, (ii) que estão gerando mais custos que benefícios e (iii) que cuidam de temas que poderiam ser melhor enfrentados pelos Estados-membros do que pela União. Sobre este último ponto, vale explicar que a regulação emitida pela União Europeia está sujeita ao “princípio da subsidiariedade”, segundo

COMMUNITIES. *Official Journal of the European Union*, 31 dez. 2003. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231(01)&from=EN).

³⁸ V. Communication from the Commission [...] COM/2010/543 – *Smart Regulation in the European Union* (2010). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>.

³⁹ RÜHL, G. (Ex Post) Evaluation of Legislative Actions in the European Union: The Example of Private International Law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n. 3, p. 433, set. 2017.

⁴⁰ É interessante notar que as novas medidas da União Europeia para racionalizar e revisar seu estoque regulatório tiveram início em 2015 – justamente o ano em que foi aprovado o referendo e teve início a campanha pelo “Brexit”. Como exibiu a mídia à época, uma das principais críticas da campanha do “Leave” à União Europeia era justamente a de “*overregulation*”.

⁴¹ V. ALEMANN, A. How Much Better is Better Regulation? Assessing the Impact of the Better Regulation Package on the European Union – A Research Agenda. *European Journal of Risk Regulation*, 6(3), p. 344-356, 2015; e RÜHL, G. (Ex Post) Evaluation of Legislative Actions in the European Union: The Example of Private International Law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n. 3, p. 433, set. 2017.

⁴² Os objetivos e procedimentos do programa estão disponíveis em seu *site* institucional: EUROPEAN COMMISSION. REFIT – making EU law simpler, less costly and future proof. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-law-simpler-and-less-costly_en. Para uma avaliação do programa, v. ALEMANN, A. How Much Better is Better Regulation? Assessing the Impact of the Better Regulation Package on the European Union – A Research Agenda. *European Journal of Risk Regulation*, 6(3), p. 344-356, 2015.

o qual a União Europeia só deve intervir se a atuação neste nível trazer benefícios claros em relação à regulação local sobre os Estados membros.⁴³

O Grupo, desde então, tem se debruçado sobre as mais de 100.000 páginas de regulações da União Europeia. Isso é feito por metodologias divulgadas pela Comissão (Better Regulation Guidelines e Better Regulation Toolbox),⁴⁴ que exigem que cada grupo de trabalho responsável pela avaliação de um dado setor regulado faça um plano de trabalho, verifique a eficiência, a efetividade, a relevância e a coerência da medida em relação aos fins almejados e publique seu relatório para comentários públicos. Por fim, cada grupo técnico deve prever recomendações de alterações ou manutenção das medidas.⁴⁵ Desde a sua criação, o programa REFIT já produziu cerca de 200 iniciativas de redução de encargos administrativos.⁴⁶ Um exemplo de atuação importante da análise retrospectiva na diminuição do estoque de regulações cumulativas e redundantes foi a criação de um novo regulamento de proteção de dados, cuja necessidade foi revelada, em parte, por relatórios evidenciando que as empresas tinham que cumprir encargos e papelada burocrática de todos os 28 Estados-membros.⁴⁷

Mas também existem vários desafios institucionais à análise retrospectiva na União Europeia. Primeiro, a competência da Comissão de reavaliar as regulações em vigor não é ampla, como no caso da OIRA nos Estados Unidos, mas definida por cada regulação em concreto. Isto é, é necessário que o ato do Conselho Europeu ou do Parlamento Europeu que institui a regulação contenha “cláusula de avaliação” que preveja um cronograma para a revisão e a reavaliação da medida. Assim, a Comissão não faz a sua própria agenda de reavaliação, estando sujeita aos prazos de cada regulação específica.⁴⁸ Algumas preveem *review* em 5, outras em 8 e outras em 10 anos, o que, embora atenda às especificidades dos dados

⁴³ ABEELE, E. V. D. The EU's REFIT strategy: new bureaucracy in the service of competitiveness? *European Trade Union Institute Working Paper n° 2014.05*, Bruxelas, 2014.

⁴⁴ Documentos em: EUROPEAN COMMISSION. Better regulation: guidelines and toolbox. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en.

⁴⁵ RÜHL, G. (Ex Post) Evaluation of Legislative Actions in the European Union: The Example of Private International Law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n. 3, p. 433, set. 2017.

⁴⁶ Communication from the Commission [...] COM/2016/0615 – Better Regulation: Delivering better results for a stronger Union (2016). Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-delivering-better-results-stronger-union_sept_2016_en.pdf.

⁴⁷ Este e outros exemplos de medidas implementadas no âmbito do REFIT estão disponíveis no endereço eletrônico do programa (https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en).

⁴⁸ Sobre o sistema de reavaliação com base nas “evaluation clauses” de cada norma, v. VOORST, S. van. Evaluation capacity in the European Commission. *Evaluation*, v. 23, n. 1, p. 24-41, 2017. (European Court of Auditors Special Report n° 16: *Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete*. 2018). Disponível em: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_16/SR_BETTER_REGULATION_EN.pdf. Ver também GOLEN, T. van; VOORST, S. van. Towards a

necessários para reavaliar cada tipo de norma, pode dificultar os planos de trabalho de revisão regulatória da Comissão caso não haja planejamento adequado.

Além disso, a Comissão tem dificuldade de coletar dados sobre a efetivação das medidas. É que, embora as regulações da União Europeia sejam feitas em âmbito supranacional, a entidade não tem mecanismos próprios de coleta de informações sobre a aplicação prática de suas medidas, ficando dependente dos Estados-membros para tanto – Estados que, por vezes, utilizam metodologias muito diferentes de coleta de dados. Daí porque a literatura vem ressaltando a importância de que as próprias regulações prevejam metodologias específicas sobre como coletar dados para posteriores avaliações retrospectivas.^{49 50}

3.2.2 Análise retrospectiva no âmbito nacional: os casos de Reino Unido e Alemanha

Além da experiência no âmbito supranacional (União Europeia), alguns países europeus já instituíram programas próprios de *regulatory lookback*, particularmente Reino Unido e Alemanha.

No Reino Unido, com o início do governo de coalizão entre o Partido Conservador e o Liberal Democrata em 2013, foi inaugurado um ciclo de reformas regulatórias, o que foi viabilizado pela aprovação da lei “*Enterprise and Regulatory Reform Act*”, de 25 de abril de 2013.⁵¹ Entre as medidas reforçadas pela lei, ampliou-se a abrangência de dois mecanismos normativos que criam incentivos institucionais à revisão e à redução de regulações: as *review clauses* e as *sunset clauses*. As primeiras são exigências de que as regulações devem ser periodicamente sujeitas a AIR retrospectiva.

Regulatory Cycle? The Use of Evaluative Information in Impact Assessments and Ex-post Evaluations in the European Union. *European Journal of Risk Regulation*, 7(2), p. 388-403, 2016.

⁴⁹ Nesse sentido, European Court of Auditors Special Report n° 16: *Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete*. 2018: “the use of monitoring clauses imposing a need to collect data from Member States is not as widespread as that of review clauses, despite its relevance in ensuring good-quality ex-post reviews” (§87). Disponível em: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_16/SR_BETTER_REGULATION_EN.pdf; Communication from the Commission [...] COM/2016/0615 – Better Regulation: Delivering better results for a stronger Union (2016). Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-delivering-better-results-stronger-union_sept_2016_en.pdf.

⁵⁰ Outras críticas e desafios do programa são explicados em ALEMANNI, A. How Much Better is Better Regulation? Assessing the Impact of the Better Regulation Package on the European Union – A Research Agenda. *European Journal of Risk Regulation*, 6(3), p. 344-356, 2015.

⁵¹ Acompanhando a nova lei, foi editado um “*policy paper*” com explicações sobre as principais mudanças (REINO UNIDO. *Enterprise and Regulatory Reform Act Policy Paper*. 2013b. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf).

As segundas funcionam como uma “data de vencimento” da regulação, que só pode ser renovada após decisão administrativa expressa precedida de uma avaliação retrospectiva de seus impactos.

No mesmo ano, foi publicado o *Better Regulation Framework Manual*, documento que explica aos gestores britânicos como operacionalizar a reforma regulatória implementada.⁵² O relatório revela a exigência de que toda e qualquer norma de conteúdo regulatório, de origem doméstica ou comunitária, deveria passar a ser sujeita a uma *review clause*, consistente na necessidade de promover um processo de avaliação *ex post* de cinco em cinco anos, à exceção das que apresentassem baixo impacto e fossem sujeitas a procedimentos simplificados.⁵³ Já as *sunset clauses* se tornaram obrigatórias em toda “regulação doméstica editada por legislação secundária”. Ambos os mecanismos impõem revisões periódicas, sendo que a *sunset clause* cria um senso de urgência para a rediscussão dos impactos da medida, que passa a ter prazo de validade.

Já na Alemanha, o *lookback* também foi inserido na rotina regulatória institucional, com coordenação do Nationaler Normenkontrollrat (Conselho Nacional de Controle Regulatório).⁵⁴ A agência federal responsável por estatísticas (Statistisches Bundesamt) é encarregada de reavaliar os custos de *compliance* das leis dois anos após a entrada em vigor. Em alguns casos, há exigência de que uma AIR *ex post* mais abrangente seja realizada: (i) se houver previsão expressa na exposição de motivos da regulação dessa necessidade, (ii) se a regulação tiver custos de *compliance* considerados altos (acima de 1 milhão de euros ou mais de 100.000 horas de “*paperwork*” para os cidadãos) ou (iii) se houver indicação expressa na regulação.

Quando sujeita à AIR *ex post*, esta deve ser feita entre 3 e 5 anos da entrada em vigor da norma, e é feita de acordo com os critérios (i) progresso na consecução os objetivos (principal critério), (ii) efeitos colaterais da regulação, (iii) aderência da regulação, (iv) sua praticidade e (v) considerações de proporcionalidade dos custos em relação aos benefícios.⁵⁵ Ao final da AIR, o relatório é submetido ao Ministro responsável

⁵² REINO UNIDO. *Better Regulation Framework Manual*. 2013b. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/UK-better-regulation-framework-manual-guidance-for-officials-July-2013.pdf>.

⁵³ “1.7.4. A review clause is mandatory for all measures that regulate business (including both domestic and EU-derived measures), except for fast track measures, and time-limited measures that are subject to an existing sunset clause causing them to expire within one year of coming into force” (item 1.7.4. do *Better Regulation Framework Manual*).

⁵⁴ ALEMANHA. *The National Regulatory Control Council*. Set. 2015. Disponível em: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/656764/765684/b6a65c0867cc47f1868224606388df72/2016-nkr-infobrochure-en-data.pdf>.

⁵⁵ V. WILLWACHER, H. The evaluation of German federal laws in theory and praxis. Institute for Regulatory Impact Assessment and Evaluation. Disponível em: <http://www.foev-speyer.de/files/de/>

e ao Parlamento (se a cláusula de revisão derivar de lei, como no caso da Base de Dados), bem como publicado.

Um exemplo de *lookback* concluído na Alemanha foi a reavaliação da “Base de Dados sobre Extremismo de Direita” (“Rechtsextremismus-Datei-Gesetzes”).⁵⁶ Naquele país, foi criada uma base de dados em 2012 sobre atos de violência de grupos de extrema-direita, incluindo algumas informações pessoais sobre indivíduos que já se envolveram nesses episódios, para melhorar a troca de informações entre as agências, após o assassinato de alguns imigrantes turcos por um desses grupos. A lei que instituiu a base de dados trazia uma cláusula de reavaliação que exigia uma avaliação *ex post* da intensidade da interferência com direitos humanos na coleta de dados (como os direitos à privacidade e à intimidade) e a sua utilidade prática no combate ao extremismo. Fazer uma avaliação da efetividade de uma base de dados como essa é tarefa árdua. Os reguladores tentaram estimar os benefícios (especialmente ligados à utilidade prática do mecanismo) com base em aproximações, baseadas em entrevistas aos agentes que a utilizavam e pesquisas padronizadas da sua utilidade. A medida da interferência com os direitos individuais foi estimada com base na quantidade de dados pessoais armazenados, número de acessos à base e frequência da recorribilidade a ela pela polícia.

3.3 A experiência do Canadá

No Canadá, a *Federal Policy on Evaluation*, de 2009, deu início do processo de institucionalização da análise regulatória retrospectiva. Por meio do programa, o governo do país objetivou se tornar uma “*learning organisation*”, continuamente verificando quais políticas funcionam e quais não atingem seus objetivos e identificando alternativas mais eficientes.⁵⁷ Para efetivar os objetivos do programa, foi editado o documento *Directive on the Evaluation Function*,⁵⁸ que estabeleceu as competências e os procedimentos de avaliação retrospectiva da regulação e das políticas públicas setoriais.

berating/RIAGermanFederalLaws_Willwacher.pdf; e OCDE. *Regulatory Policy Outlook 2015: Germany*. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Germany-web.pdf>.

⁵⁶ ZIEKOW, J.; PIESKER, A.; KATZ, D.; WILLWACHER, H. Evaluierung des Rechtsextremismus-Datei-Gesetzes nach Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus vom 20. August 2012. *German Bundestag paper 18/8060*, 2015. Disponível em: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/080/1808060.pdf>.

⁵⁷ “The Government of Canada is committed to becoming a learning organisation. Evaluation supports this aim by helping to find out what works and what does not, and by identifying cost-effective, alternative ways of designing and improving policies, programs, and initiatives” (CANADÁ. 2009 Policy on Evaluation. Disponível em: <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12309>).

⁵⁸ CANADÁ. Rescinded [2016-07-01] – Directive on the Evaluation Function. Disponível em: <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=15681>.

Entre as exigências do programa, destaca-se que todas as agências reguladoras deveriam editar e enviar a um órgão central⁵⁹ dois tipos de planos. O primeiro deles é o chamado *Rolling Five Year Departmental Evaluation Plan*, que deveria estabelecer um cronograma de cinco anos para a revisão dos programas e principais medidas da agência. O outro, específico para novas intervenções regulatórias específicas, é o *Performance Measurement and Evaluation Plan* (PMEP).⁶⁰ Trata-se de um plano que deveria acompanhar toda proposição de norma ou política considerada de “alto impacto”, contendo procedimentos e cronogramas para a realização da AIR *ex post* uma vez que a norma esteja em vigor. Vale notar que não há critérios objetivos para a verificação de quais normas são de “alto impacto”, sendo que isso é definido pela própria agência em conjunto com o órgão central.⁶¹

Cada PMEP contém, entre outros elementos, os indicadores e as variáveis de avaliação a serem monitorados e a estratégia de avaliação *ex post*. Além disso, um resumo desse plano acompanha a AIR *ex ante* na fase de elaboração normativa. Como se percebe, o modelo canadense trouxe uma conexão forte entre as AIR prospectiva e retrospectiva, uma vez que, ao menos em regulações de alto impacto, a primeira já é elaborada com a segunda em mente. Esse processo traz nítidas vantagens: (i) fixa-se, desde logo, como as variáveis serão mensuradas, evitando-se dificuldades e divergências metodológicas entre as AIRs prospectivas e retrospectivas; (ii) permite um monitoramento periódico de variáveis previamente fixadas e já avaliadas no AIR *ex ante*; e, assim, (iii) facilita a verificação da efetividade das previsões da AIR inicial, possibilitando o aprimoramento contínuo das técnicas preditivas.⁶²

Em 2016, o programa foi revisto. A *Policy on Evaluation* e a *Directive on Evaluation Function*, ambas de 2009, foram substituídas respectivamente

⁵⁹ O órgão central, definido pelo item 6.1. da “Directive on Evaluation Function” de 2009, é o “Treasury Board of Canada Secretariat” (TBS).

⁶⁰ Previsão no subitem 6.1.4 da “Directive on Evaluation Function” de 2009.

⁶¹ Diferentemente dos EUA, as regulações no Canadá não têm um piso de valor para serem consideradas significativas – e, assim, suscetíveis de AIR *ex post*. O Ministério competente edita um “Triage Statement” em colaboração com o órgão central, dividindo as regulações em de impacto: (i) alto: deve ser elaborado um PMEP; (ii) médio: elaboração opcional de um PMEP; (iii) baixo: não se elabora o PMEP. Há, assim, ampla discricionariedade para o estabelecimento dos critérios de mensuração de impactos. Divulga-se apenas um formulário divulgado quando uma regulação é editada.

⁶² Em estudo contratado pelo governo alemão para o aprimoramento da AIR retrospectiva naquele país, essa característica do modelo canadense foi considerada exemplar pelos técnicos para reformas futuras do sistema de AIR retrospectiva da Alemanha: Normenkontrollrat, “Expert report on the implementation of ex-post evaluation: Good practice and experience in other countries”. Prognos, 2013. Disponível em: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/656764/775370/00837e2d07a0f6230b155a656a412694/2014-evaluation-report-data.pdf?download=1>.

pela *Policy on Results* e pela *Directive on Results*, que mantiveram as linhas gerais do programa anterior, em reconhecimento do sucesso da política de avaliação periódica,⁶³ mas fizeram algumas alterações no sentido de tornar a avaliação retrospectiva nas esferas do governo mais organizada e abrangente. Entre as mudanças, vale destacar (i) a introdução do *Performance Information Profiles* em substituição ao PMEP; trata-se de um documento permanente para cada norma e política existente no qual devem constar, além dos dados para facilitar avaliações futuras, informações detalhadas das avaliações retrospectivas já feitas e de suas dificuldades,⁶⁴ (ii) a criação de um registro digitalizado unificado de dados e análises das normas e programas federais (*Program Inventory*), do qual devem constar todos os *Performance Information Profiles* e (iii) a obrigação de avaliações periódicas para todos os programas que gerem custos acima de cinco milhões de dólares canadenses por ano.⁶⁵

4 Iniciativas de avaliação retrospectiva no Brasil

Como adiantado na introdução, a AIR retrospectiva ainda não é realizada de forma periódica e institucionalizada no Brasil, como ocorre nos países estudados. Contudo, há iniciativas pontuais de revisão do estoque regulatório partindo das agências reguladoras e da Casa Civil, na sua condição de coordenadora das melhores práticas regulatórias na Administração federal.

Se, por um lado, o *Guia Orientativo* da Casa Civil foca sua explanação nos processos de efetivação da AIR *ex ante*, ele também recomenda a execução de “Avaliações de Resultado Regulatório – ARR” quando a regulação for dotada de maior complexidade, além de sugerir que se façam revisões periódicas do estoque regulatório.⁶⁶ Nesse sentido, o *Guia* ressalta a importância da ARR, mas não traz procedimentos e medidas concretos a orientarem as agências na sua realização. De fato, até o presente momento, quase toda a experiência brasileira vem sendo focada em incentivar e homogeneizar a realização da AIR prospectiva.

⁶³ CANADÁ. Treasury Board of Canada Secretariat – TBS. Evaluation on the 2009 Policy on Evaluation. 2015. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/services/audit-evaluation/centre-excellence-evaluation/evaluation-2009-policy-evaluation.html#toc-exec>.

⁶⁴ V. item A.2.5 do Anexo A da “*Directive on Results*”.

⁶⁵ V. item B2.2.1.1 do Anexo B da “*Directive on Results*”.

⁶⁶ O guia assim conceitua a ARR: “Avaliação da Resultado Regulatório – ARR é o processo sistemático de avaliação de uma ação para averiguar se seus objetivos foram alcançados (OCDE, 2015). Não deve ser confundida com os processos de fiscalização ou monitoramento, que buscam averiguar o cumprimento de obrigações e o atingimento de metas pré-definidas, respectivamente. O objetivo da ARR é verificar o que de fato ocorreu após a implementação da ação escolhida pela agência, órgão ou entidade” (BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil*. Jun. 2018. p. 82).

No entanto, é possível apontar alguns casos de iniciativas e programas em que os gestores públicos federais voltaram seus olhos para o passado e efetuaram algum tipo de análise retrospectiva do estoque regulatório.

De início, destacam-se as iniciativas constantes do documento *Gestão do Estoque Regulatório: Iniciativas das Agências Reguladoras Federais*, de maio de 2018, elaborado pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil.⁶⁷ Esse documento reúne diversas iniciativas das agências de gestão de seus estoques regulatórios. Que fique claro: essas medidas, em regra, não são propriamente análises retrospectivas de impacto regulatório, mas demonstram evidentes avanços no sentido de racionalizar, organizar e monitorar os resultados das regulações existentes.

Entre as ações destacadas no relatório, cite-se o exemplo da ANVISA, que instituiu uma série de medidas de revisão do estoque de normas. Entre elas, criou-se um programa intitulado “Guilhotina Regulatória”, por meio do qual a agência periodicamente revisita seu estoque regulatório para revogar normas obsoletas; instituiu-se um formulário público *on-line* por meio do qual qualquer pessoa pode relatar problemas com normas; e criou-se uma biblioteca de normas organizada por temas, com o objetivo de facilitar a identificar normas contraditórias. Essas iniciativas da ANVISA ganharam, em 2018, o Prêmio FGV Direito Rio de Melhores Práticas em Regulação.⁶⁸

No mesmo relatório, a ANS e a ANTT expuseram que já avançaram, ainda que timidamente, na instituição da AIR retrospectiva em seus âmbitos. A primeira alega ter recentemente revogado a sua Resolução Normativa nº 278, de 2011, que instituiu e regulamentava o “programa de conformidade regulatória” (por meio do qual as operadoras de saúde suplementar ganhavam benefícios desde que cumprissem alguns requisitos adicionais de *compliance*), após ter realizado sua primeira AIR retrospectiva e verificado que a resolução não estava mais servindo aos seus objetivos. Já a ANTT anunciou que está começando a implementar uma “iniciativa de monitoramento e avaliação *ex post* [que] visa elaborar um processo de rotina para a manutenção de um estoque sempre atualizado, eficiente e efetivo”, e que pretende, como próximo passo, elaborar um guia orientativo interno de avaliação retrospectiva.⁶⁹

⁶⁷ BRASIL. Casa Civil. *Gestão do Estoque Regulatório: Iniciativas das Agências Reguladoras Federais*. Maio 2018. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/gestao-estoque-regulatorio/gestao-estoque-regulatorio-iniciativas-das-agencias-reguladoras-federais>.

⁶⁸ FGV DIREITO RIO. Conheça os projetos premiados no Prêmio FGV Direito Rio – Melhores Práticas em Regulação. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br>.

⁶⁹ Veja-se trecho da contribuição da ANTT para o relatório *Gestão de Estoque Regulatório*: “Enquanto a iniciativa de Revisão do Estoque Regulatório possui como função principal a organização das normas existentes, funcionando como um filtro maior, a iniciativa de monitoramento e avaliação *ex post* visa

Mais recentemente, foi publicado o Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, com o intuito de tornar regra geral, para toda a administração pública federal, aquilo que, como visto acima, algumas agências já vinham implementando: a consolidação e racionalização do estoque regulatório vigente de forma a aumentar a transparência sobre os atos normativos e diminuir os custos incorridos pelos administrados no esforço de compreender as legislações setoriais. O decreto introduziu algumas regras importantes nesse sentido, como a exigência de que os atos normativos dos órgãos e entidades assumirão apenas três nomenclaturas: portarias,⁷⁰ resoluções⁷¹ e instruções normativas,⁷² facilitando a identificação do conteúdo de cada ato das agências.

Já em seu art. 1º, o regulamento presidencial anuncia dispor sobre *revisão* e consolidação de atos normativos, mas a sua leitura na íntegra revela que o seu foco parece ser antes a *consolidação*, a *transparência* e a *operabilidade* do estoque regulatório. De fato, o que o decreto denomina *revisão* não é propriamente a avaliação de impactos *ex post* descrita nas seções anteriores deste artigo. Trata-se, na verdade, de uma forma de diminuir duplicações e redundâncias causadas pelo mau gerenciamento do estoque de normas, revogando expressamente aquelas que já foram revogadas tacitamente, já tiveram efeitos exauridos e aquelas que estão vigentes, mas “cuja necessidade ou cujo significado não pode ser identificado” (art. 8º); consolidando, com “a melhor técnica legislativa” (descrita em pormenores no art. 9º), os atos que sobrarem; e publicando todos os atos, de forma padronizada e acesso facilitado, na *internet* (art. 16). Os administradores estão sujeitos a prazos rígidos para a revisão e consolidação: se não o fizerem até 2021, a norma pode deixar de produzir efeitos prejudiciais aos administrados até que a situação seja regularizada (art. 18).⁷³

elaborar um processo de rotina para a manutenção de um estoque sempre atualizado, eficiente e efetivo. Esta iniciativa está sendo conduzida pela Sureg, e teve início em agosto de 2016. As atividades concluídas até o momento são: revisão bibliográfica e consulta a Agências que possuem projetos similares; diagnóstico situacional interno; realização de dois estudos pilotos. O próximo passo é elaborar um guia orientativo, voltado aos servidores da casa contendo metodologias a serem utilizadas em processos de avaliação *ex post* e monitoramento, bem como diretrizes de aplicação”.

⁷⁰ Art. 2º, I, Decreto nº 10.139/2019: “atos normativos editados por uma ou mais autoridades singulares”.

⁷¹ Art. 2º, II, Decreto nº 10.139/2019: “atos normativos editados por colegiados”.

⁷² Art. 2º, III, Decreto nº 10.139/2019: “atos normativos que, sem inovar, orientem a execução das normas vigentes pelos agentes públicos”.

⁷³ “Art. 18. A não consolidação do ato normativo tem como consequência a vedação aos agentes públicos:

I – de aplicação de multa por conduta ilícita tipificada apenas na norma não consolidada; e II – de negativa de seguimento ou de indeferimento de requerimento administrativo fundada, exclusivamente, no não cumprimento de exigência constante apenas de norma não consolidada.

§1º Se, após notificado da irregularidade, o infrator não regularizar a situação no prazo de um mês, deixará de ser aplicado o disposto no inciso I do *caput*.

Em suma, o decreto consolidou e conferiu força obrigatória às experiências de sucesso na gestão de estoque regulatório que vinham sendo debatidas no âmbito da Casa Civil, mas ainda não introduziu a avaliação retrospectiva de impactos na administração pública brasileira. Ainda assim, a consolidação e racionalização do estoque normativo é um passo inicial importante nesse sentido, porque aumenta a transparência e facilita a identificação de normas defasadas e seus custos e benefícios. O comando do supracitado art. 8º, por exemplo, de que a *necessidade* das normas deve ser *identificada*, é um passo inicial necessário para que essa necessidade identificada seja futuramente *reavaliada*.

Além dessas iniciativas de gestão de estoque e revisão regulatória, alguns poucos relatórios de AIR *ex post* já foram divulgados no Brasil. Um bom exemplo foi a realização, em 2015, de uma ARR – “Análise de Avaliação de Resultados Regulatórios” pelo Inmetro sobre o parâmetro elétrico da tomada de três pinos que fora adotado em 2011.⁷⁴ Segundo o órgão, houve dificuldade de coleta de dados na ARR justamente pela falta de realização de AIR na implementação da medida – não havia indicadores de monitoramento específicos para avaliar.⁷⁵ Após identificar como objetivos regulatórios de normas sobre plugues e tomadas (i) a redução de desperdícios de energia e (ii) a redução de risco de acidentes, o relatório mapeou as alternativas existentes mundo afora e o estado nacional de utilização e fiscalização dos plugues e tomadas. A conclusão foi por recomendar a “manutenção das medidas regulatórias” já existentes, “tendo em vistas o alcance dos objetivos propostos na intervenção do Estado no Mercado”.⁷⁶

Todavia, o relatório de ARR destacou as inúmeras dificuldades informacionais enfrentadas. Indicou-se que a não realização de uma AIR *ex ante* quando a tomada de três pinos foi adotada dificultou muito a identificação dos efeitos pretendidos com aquela mudança de parâmetro e de quais dados e variáveis relevantes deveriam ser monitorados. Entre as recomendações do relatório, ademais, consta a de que se deve “estabelecer indicadores e métodos de monitoramento que possam comprovar a solução dos problemas originalmente apontados”.⁷⁷

§2º Ressalvado o disposto no *caput*, a mera violação de regra, diretriz ou procedimento deste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma”.

⁷⁴ Nota Técnica nº Dconf/Diape/047/2015 – Inmetro, de 6 de outubro de 2015.

⁷⁵ “Tendo em vista que, na época, não existia o Processo de Avaliação de Impacto Regulatório (AIR), procurou-se, a partir das evidências encontradas, avaliar os impactos não previstos, propor ações corretivas para alguns e a criação de indicadores para monitoramento nos próximos cinco anos” (Nota Técnica nº Dconf/Diape/047/2015 – Inmetro, de 6 de outubro de 2015. p. 1).

⁷⁶ Nota Técnica nº Dconf/Diape/047/2015 – Inmetro, de 6 de outubro de 2015. p. 70.

⁷⁷ *Id.*

Uma outra iniciativa tendente a implementar a AIR retrospectiva no Brasil é a das Tomadas Públicas de Contribuição (TPC) da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). São espécies de consultas públicas informais da agência, com o objetivo de coletar, junto aos agentes do mercado, informações sobre a efetividade e os custos de regulações vigentes e obter sugestões de melhoria, substituição ou revogação. Essas iniciativas tiveram início após a greve dos caminhoneiros de maio de 2018, que teve como consequência uma crise de abastecimento de combustíveis, e as recomendações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no relatório *Repensando o setor de combustíveis* para melhorar o ambiente regulatório e concorrencial setoriais,⁷⁸ que culminaram na formação de um grupo de trabalho com a ANP para identificar normas a serem reavaliadas.⁷⁹

Desde então, foi inaugurada uma dezena de TPCs para coletar contribuições sobre a avaliação de normas de diferentes áreas abrangidas pela agência, como combustíveis, gás natural e extração de petróleo.⁸⁰ Embora não sejam propriamente AIRs retrospectivas, constituem iniciativas inovadoras de reavaliar medidas regulatórias em vigor. A TPC nº 01/2018, por exemplo, visava avaliar a “elaboração de ato normativo estabelecendo periodicidade mínima para o repasse do reajuste do preço dos combustíveis”. Foram coletadas contribuições sobre diferentes métodos possíveis de repasse do reajuste, processo que culminou na elaboração de um relatório contendo espécie de avaliação dos impactos comparando a prática vigente até então (liberdade no repasse) e as alternativas propostas (periodicidades mínimas),⁸¹ recomendando-se a manutenção da regra atual de liberdade no repasse de reajustes.

⁷⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*. Relatório do Departamento de Estudos Econômicos, maio 2018. Disponível em: https://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf.

⁷⁹ Conforme exposto nos *consideranda* do aviso de abertura da TPC nº 3/2018, a ANP e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) constituíram Grupo de Trabalho (“GT”) com o intuito de “analisar a estrutura do mercado de combustíveis, avaliar a implementação das medidas propostas pelo Cade para repensar o setor de combustíveis, a possibilidade de serem adotadas permanentemente as medidas regulatórias excepcionais apresentadas pela ANP durante a greve dos caminhoneiros para assegurar o abastecimento nacional de combustíveis e outras possíveis medidas”. O aviso inaugural da TPC nº 2/2018 também deixou claro que “há grupo de trabalho regulado pela Portaria Conjunta Cade/ANP no 4/2018, com a finalidade de avaliar a implementação das medidas pró-concorrência para setor de combustíveis”.

⁸⁰ Os documentos das nove TPCs inauguradas em 2018 e da TPC nº 01/2019 estão disponíveis em: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS – ANP. Consultas e Audiências Públicas. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/consultas-e-audiencias-publicas>.

⁸¹ Nota Técnica Conjunta nº 1/2018/DG/DIR1/DIR2/SBQ/CPT/ANP.

Já a TPC n° 02/2018, que também teve os seus resultados publicados,⁸² buscou avaliar os efeitos econômicos de normas da ANP existentes que vedam a venda direta de álcool combustível das usinas produtoras para os postos revendedores, exigindo-se a intermediação de uma distribuidora.⁸³ No relatório com as conclusões do estudo e das contribuições recebidas, a agência expôs e avaliou alguns dados sobre a norma existente e os possíveis impactos da sua alteração ou revogação.

Embora as TPCs da ANP sejam medidas ainda esparsas no Brasil de avaliação *ex post*, vale notar que elas só foram inauguradas após forte pressão e paralisação, que geraram clamor público pontual pela melhora no ambiente regulatório, com a consequente diminuição dos preços de combustíveis e dos riscos de desabastecimento. Não se trata de processo institucionalizado e periódico, mas *ad hoc* e pontual. Além disso, os exemplos das TPCs n°s 01 e 02/2018 revelam os efeitos da falta de padronização técnica da AIR *ex post*: enquanto o relatório da primeira anunciou estar realizando uma espécie de AIR, o da segunda, além de não afirmar estar realizando AIR, foca nos impactos *prospectivos* da revogação da norma, sem avaliar propriamente os impactos retrospectivos da norma em vigor no atendimento aos seus objetivos.

Verifica-se, em todos os casos discutidos acima, que as experiências brasileiras de avaliação regulatória retrospectiva são um tanto quanto heterogêneas, e que as agências reguladoras brasileiras não têm, em regra, sistematizado nem normatizado a realização de AIRs retrospectivas, embora a experiência envolvendo as AIRs prospectivas já seja mais robusta. A seguir, são feitas algumas sugestões para enfrentar esse problema.

5 Conclusão: sugestões para institucionalização da AIR retrospectiva no país

As experiências narradas, e o cenário atual brasileiro, permitem a formulação de algumas sugestões para instituir no país uma prática constante de avaliação regulatória retrospectiva.

Primeiro, recomenda-se a elaboração de planos para avaliação *ex post* quando houver proposta de nova ação regulatória, no mesmo momento em que for realizada cada AIR prospectiva. Esse plano deveria conter, por exemplo, métricas, variáveis para serem acompanhadas durante o período de vigência da regulação, fontes de informações para a AIR futura e cronograma constando período de tempo adequado para reavaliar a

⁸² Nota Técnica do GT-Portaria n° 357/2018 n° 001/2018.

⁸³ Art. 6° da Resolução ANP n° 43/2009.

norma.⁸⁴ Conforme mostra o bem-sucedido caso do Canadá, a introdução de um plano de avaliação posterior na AIR *ex ante* fornece uniformidade metodológica e melhor monitoramento das variáveis relevantes. Embora a lei brasileira não exija esses planos, é possível que se passe a prevê-los (i) no regulamento de AIR, que será elaborado por exigência da Lei nº 13.848/2019 e da Lei nº 13.874/2019, (ii) nos regimentos internos das agências reguladoras, que deverão dispor “sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito” (art. 6º, §2º, da Lei nº 13.848/2019) ou (iii) em guias e diretrizes gerais de AIR, como o divulgado pela Casa Civil.

A segunda sugestão é a elaboração de um guia específico para a orientação de gestores públicos sobre a realização da AIR retrospectiva. Como visto, o *Guia Orientativo* da Casa Civil, publicado em 2018, embora detalhado e abrangente no tocante à AIR prospectiva, não apresenta o mesmo grau de aprofundamento quando trata da retrospectiva (chamada pelo guia da ARR). Embora muitos dos procedimentos da AIR prospectiva sejam aplicáveis à retrospectiva, há métodos e técnicas de avaliação que são característicos de quando se quer avaliar uma medida que já foi implementada, como análises estatística dos impactos e dos efeitos causais da intervenção regulatória.⁸⁵

Terceiro, recomenda-se que a necessidade de efetuar avaliações periódicas de impacto e eficácia das regulações existentes se torne previsão legal, a fim de se garantir que os esforços de revisão sejam constantes e tornem-se parte da cultura institucional das agências. Nesse sentido, a proposta de uma “Lei Nacional da Liberdade Econômica” elaborada por um grupo de publicistas em iniciativa Sociedade Brasileira de Direito Público e da FGV Direito SP⁸⁶ é um passo nessa direção, ao prever que órgãos e entidades devem “fazer a revisão constante das normas de ordenação pública para reduzir sua quantidade e os custos para os agentes econômicos e para a sociedade, sem prejuízo às finalidades públicas” (art. 9º, inc. V) e “fazer avaliações periódicas da eficácia e do impacto de todas as

⁸⁴ Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos dos países estudados ao realizar uma AIR retrospectiva é monitorar dados e variáveis relevantes, o que é ilustrado pelo caso da União Europeia, que tem dificuldade de obter dados uniformes dos Estados-membros quando não traça previamente a forma de monitorá-los, e da ARR da tomada de três pinos.

⁸⁵ A mesma sugestão é feita por Carry Coglianese para o contexto estadunidense. COGLIANESE, C. Moving Forward with Regulatory Lookback. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017. p. 18.

⁸⁶ SUNDFELD, C. A. et al. *Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação*: proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança nos âmbitos municipal, estadual, distrital e federal, com minuta de projeto para a Lei Nacional da Liberdade Econômica. São Paulo: FGV DIREITO SP; SBDP, 2019. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econômica-FGV-Direito-SP-sbdp-versão-final-04.04.19.docx.pdf>.

medidas de ordenação pública, no mínimo a cada cinco anos, e, quando for o caso, sua revisão” (art. 9º, inc. VI). A alternativa é apenas fazer a avaliação quando houver cláusulas nesse sentido nas próprias regulações (como ocorre na Alemanha e na União Europeia). O importante é que essas avaliações se tornem rotinas administrativas, e não apenas esforços *ad hoc*.

A quarta e última sugestão é a instituição de cronogramas de avaliação de regulações passadas em planos anuais das agências. Esses planos são importantes porque fazem com que os gestores, para elaborá-los, periodicamente revisitem o estoque regulatório, ao mesmo tempo em que conferem racionalidade e organização aos trabalhos de avaliação *ex post*. Os artigos 17 a 21 da nova Lei nº 13.848/2019 trazem a obrigação de que as agências reguladoras elaborem plano estratégico quadrienal, plano de gestão anual e agenda regulatória. O cronograma aqui sugerido poderia estar presente em um destes planos.

Em suma, é este o desafio que americanos, europeus e canadenses estão enfrentando, e que só agora pode começar a ser levado a sério também no Brasil: como fazer com que as intervenções regulatórias sejam metódica e sistematicamente avaliadas, questionadas, corrigidas e, quando inadequadas, substituídas ou eliminadas. É dizer, transformar toda regulação em experimental e provisória. Espera-se que a exposição das experiências estrangeiras e nacionais e as sugestões elencadas possam contribuir para isso.

Review of regulatory stock: the trend to focus on retrospective regulatory impact analysis

Abstract: This paper reports a tendency, observed in some foreign jurisdictions, to shift the focus from a prospective regulatory impact analysis to a retrospective analysis. Based on this foreign experience, the article examines the stage of the evolution of Brazilian law on the implementation of “regulatory lookbacks” and makes some suggestions for its development.

Keywords: Regulatory impact analysis. Regulatory lookback. Regulation. Comparative Law.

Referências

ABEELE, E. V. D. The EU’s REFIT strategy: new bureaucracy in the service of competitiveness? *European Trade Union Institute Working Paper nº 2014.05*, Bruxelas, 2014.

ALBUQUERQUE, K. F. de. *A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado*. SEAE/MF, 2006. (Documento de Trabalho n. 35, dez. 2006).

ALEMANHA. Normenkontrollrat, “Expert report on the implementation of ex-post evaluation: Good practice and experience in other countries”. Prognos, 2013. Disponível em: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/656764/775370/00837e2d07a0f6230b155a656a412694/2014-evaluation-report-data.pdf?download=1>.

ALEMANHA. *The National Regulatory Control Council*. Set. 2015. Disponível em: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/656764/765684/b6a65c0867cc47f1868224606388df72/2016-nkr-infobrochure-en-data.pdf>.

ALEMANNO, A. How Much Better is Better Regulation? Assessing the Impact of the Better Regulation Package on the European Union – A Research Agenda. *European Journal of Risk Regulation*, 6(3), p. 344-356, 2015.

BRASIL. Casa Civil. *Gestão do Estoque Regulatório: Iniciativas das Agências Reguladoras Federais*. Maio 2018. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/gestao-estoque-regulatorio/gestao-estoque-regulatorio-iniciativas-das-agencias-reguladoras-federais>.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*. Relatório do Departamento de Estudos Econômicos, maio 2018. Disponível em: https://www.cade.gov.br/ acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf.

BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil*. Jun. 2018.

CANADÁ. Treasury Board of Canada Secretariat – TBS. Evaluation on the 2009 Policy on Evaluation. 2015. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/services/audit-evaluation/centre-excellence-evaluation/evaluation-2009-policy-evaluation.html#toc-exec>.

COGLIANESE, C. Moving Forward with Regulatory Lookback. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017.

COGLIANESE, C. Moving Forward with Regulatory Lookback. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017.

CREWS JR., C. Trump Exceeds One-In, Two-Out Goals On Cutting Regulations, But It May Be Getting Tougher. *Forbes*, 23 out. 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/waynecrews/2018/10/23/trump-exceeds-one-in-two-out-goals-on-cutting-regulations-but-it-may-be-getting-tougher/#10940fd3d404>.

EISNER, M. A. *Regulatory Politics in an Age of Polarization and Drift: Beyond Deregulation*. Nova Iorque: Routledge, 2017.

GAETANI, F.; ALBUQUERQUE, K. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, P. I. S. *Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

GOLEN, T. van; VOORST, S. van. Towards a Regulatory Cycle? The Use of Evaluative Information in Impact Assessments and Ex-post Evaluations in the European Union. *European Journal of Risk Regulation*, 7(2), p. 388-403, 2016.

- GREENSTONE, M. Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation. In: MOSS, D.; CISTERMINO, J. (ed.). *New Perspectives on Regulation: The Torbin Project*. 2009. Cap. 5.
- HAHN, R. W.; TETLOCK, P. C. Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions? *AEI – Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08*, abr. 2007.
- HAHN, R.; LITAN, R. Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the U.S. and Europe. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 2, p. 473-508, 2005.
- HAHN, R.; SUNSTEIN, C. A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis. *AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working Paper n. 02-04*, 2002.
- MENEGUIN, F. B.; BIJOS, P. R. S. *Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas*. Senado Federal; Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2016. (Textos para Discussão nº 193).
- MINTZ, J. The President's Two for One Executive Order and the Interpretation Mandate of the National Environmental Policy Act: A Legal Constraint on Presidential Power. *UMKC Law Review*, v. 87, n. 3, p. 681-695, 2019.
- OCDE. *Closing the regulatory cycle: effective ex post evaluation for improved policy outcomes*. 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Proceedings-9th-Conference-MRP.pdf>.
- OCDE. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*. 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>.
- OCDE. *Regulatory Policy Outlook 2015: Germany*. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Germany-web.pdf>.
- OLIVEIRA, R. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, (edição especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica Rio de Janeiro, 2014.
- RAGAZZO, C. E. J. Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 513-536, 2018.
- RAGAZZO, C. E. J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RANDAELLI, C.; FRANCESCO, F. Regulatory Impact Assessment. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. (ed.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: OUP, 2010.
- REINO UNIDO. *Better Regulation Framework Manual*. 2013b. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/UK-better-regulation-framework-manual-guidance-for-officials-July-2013.pdf>.
- REINO UNIDO. *Enterprise and Regulatory Reform Act Policy Paper*. 2013b. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf.
- RÜHL, G. (Ex Post) Evaluation of Legislative Actions in the European Union: The Example of Private International Law. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n. 3, p. 433, set. 2017.

SUNSTEIN, C. Paradoxes of the Regulatory State. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, primavera 1990.

SUNSTEIN, C. *Simpler: The Future of Government*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2013.

SUNSTEIN, C. The Regulatory Lookback. *Boston University Law Review*, n. 94, p. 579-602, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Better Regulation: delivering better results for a stronger Union*. 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-delivering-better-results-stronger-union_sept_2016_en.pdf.

UNIÃO EUROPEIA. European Court of Auditors Special Report n° 16: *Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete*. 2019. Disponível em: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_16/SR_BETTER_REGULATION_EN.pdf.

UNIÃO EUROPEIA. *Smart Regulation in the European Union*. 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0543:FIN:EN:PDF>.

VALENTE, P. R. P. *Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VINIK, D. Trump's war on regulations is real. But is it working? *Politico*, 20 jan. 2018. Disponível em: <https://www.politico.com/agenda/story/2018/01/20/trumps-regulatory-experiment-year-one-000620>.

VOORST, S. van. Evaluation capacity in the European Commission. *Evaluation*, v. 23, n. 1, p. 24-41, 2017. (European Court of Auditors Special Report n° 16: *Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete*. 2018).

WILLWACHER, H. The evaluation of German federal laws in theory and praxis. Institute for Regulatory Impact Assessment and Evaluation. Disponível em: http://www.foev-speyer.de/files/de/beratung/RIAGermanFederalLaws_Willwacher.pdf.

ZIEKOW, J.; PIESKER, A.; KATZ, D.; WILLWACHER, H. Evaluierung des Rechtsextremismus-Datei-Gesetzes nach Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus vom 20. August 2012. *German Bundestag paper 18/8060*, 2015. Disponível em: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/080/1808060.pdf>.

Recebido em: 03.12.2019
Aprovado em: 09.10.2020

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Filipe. Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 227-255, abr./jun. 2020.
