

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO RETROSPECTIVA:
A EXPERIÊNCIA NORTEAMERICANA NA REVISÃO DO ESTOQUE REGULATÓRIO

GIANNE GLORIA LIMA FERREIRA

Rio de Janeiro

2021

GIANNE GLORIA LIMA FERREIRA

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO RETROSPECTIVA:
A EXPERIÊNCIA NORTEAMERICA NA REVISÃO DO ESTOQUE REGULATÓRIO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Rio de Janeiro

2021

Fa Ferreira, Gianne Glória
 Análise De Impacto Regulatório
Retrospectiva: A Experiência Norteamericana na
Revisão Do Estoque
Regulatório / Gianne Glória Ferreira. -- Rio
de Janeiro, 2021.
57 f.

Orientador: Carlos Alberto Bolonha.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em
Direito, 2021.

1. Direito administrativo. 2. Regulação. I.
Bolonha, Carlos Alberto, orient. II. Título.

GIANNE GLORIA LIMA FERREIRA

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO RETROSPECTIVA:
A EXPERIÊNCIA NORTEAMERICA NA REVISÃO DO ESTOQUE REGULATÓRIO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Bolonha.

Data de aprovação: 01 / 10 / 2021

Banca Examinadora:

Carlos Bolonha
Orientador

Luigi Bonizzato
Professor de Direito (UFRJ)

Rio de Janeiro

2021

DEDICATÓRIA

Para minha melhor amiga.

E para meu melhor amigo.

“Seriiedade, jovem, é um acidente do tempo.”

Herman Hesse, *O Lobo da Estepe*

RESUMO

FERREIRA, G. *Análise De Impacto Regulatório Retrospectiva: A Experiência Norteamericana Na Revisão Do Estoque Regulatório*. 2021. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2021.

Esta monografia possui por objeto a análise de impacto regulatório em sua forma retrospectiva. Como espécie de juízo tecnocrático, as análises de impacto regulatório - prospectiva e retrospectiva - representam avanços significativos na busca pela melhor regulação, possibilitando a incorporação de evidências técnicas e científicas ao debate político. Em sua primeira parte, o presente trabalho explora o potencial apaziguador da AIR e seu papel em ambientes politicamente polarizados. Em sua segunda parte, é apresentado um breve histórico da evolução da AIR nos Estados Unidos, que deu origem à forma retrospectiva da AIR, e que atualmente busca institucionalizar a prática. Nesta parte, também são apresentados os métodos e objetivos da AIR, bem como as limitações identificadas em sua forma prospectiva. A terceira e última parte do trabalho cuida da análise da AIR retrospectiva, apresentando seus potenciais ganhos em relação à forma prospectiva, o processo corrente de institucionalização nos EUA e os atuais desafios.

Palavras-Chave: Regulação. Análise de Impacto Regulatório. Análise Retrospectiva

ABSTRACT

FERREIRA, G. *Retrospective Regulatory Impact Analysis: The North American Experience In The Regulatory Inventory Review*. 2021. Monograph (Law Degree) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2021.

This monograph has as its object the regulatory impact analysis in its retrospective form. As a kind of technocratic judgment, regulatory impact analyzes - prospective and retrospective - represent significant advances in the search for better regulation, enabling the incorporation of technical and scientific evidence into the political debate. In its first part, this work explores the appealing potential of AIR and its role in politically polarized environments. The second part presents a brief history of the evolution of AIR in the United States, which gave rise to the retrospective form of AIR, and which currently seeks to institutionalize the practice. In this part, the methods and objectives of the RIA are also presented, as well as the limitations identified in its prospective form. The third and last part of the work deals with the analysis of retrospective RIA, presenting its potential gains in relation to the prospective form, the current process of institutionalization in the USA and the current challenges.

Keywords: Regulation, Regulatory Impact Analysis, Retrospective Analysis

AUTORIZAÇÃO

Eu, GIANNE GLORIA LIMA FERREIRA, DRE 116036141, AUTORIZO a Faculdade de Direito da UFRJ a divulgar total ou parcialmente o presente Trabalho de Conclusão de Curso através de meios eletrônicos e em consonância com a orientação geral do SiBI.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 2021.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIR	Análise de Impacto Regulatório
FND	Faculdade Nacional de Direito
OIRA	Office of Information and Regulatory Affairs
OMB	Office of Management and Budget
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1: JUÍZOS TECNOCRÁTICOS	13
1.1 A espécie "Análise de Impacto Regulatório".....	13
1.2 Juízos Tecnocráticos e polarização política.....	14
1.3 Os limites da tecnocracia.....	17
CAPÍTULO 2: EXPERIÊNCIA NORTEAMERICANA: PROSPECÇÃO E RETROSPECÇÃO	19
2.1 Os primórdios e a evolução da AIR nos EUA.....	19
2.2 Métodos e objetivos da AIR.....	25
2.3 As incertezas da análise prospectiva.....	30
CAPÍTULO 3: ANÁLISE RETROSPECTIVA	38
3.1 Análise retrospectiva e melhores resultados.....	39
3.2 Passos recentes de institucionalização.....	42
3.3 Desafios da análise retrospectiva.....	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55
REFERÊNCIAS JORNALÍSTICAS	56

INTRODUÇÃO

O quanto nossas políticas regulatórias são precisas? Entender e reconhecer a importância de evidências no planejamento é uma etapa vital para qualquer organização, seja ela pública ou privada. Na esfera pública, autoridades reguladoras lutam para ir além das suposições e buscam ativamente a produção de normas baseadas em evidências. E hoje, juízos técnicos - como a análise de impacto regulatório - já são aliados nesta busca.

A análise prospectiva – ou para o futuro – das normas está relacionada à uma perspectiva estática da economia, focada na análise da eficiência medida relativamente a um estado final de repouso, para o equilíbrio de concorrência perfeita, que supõe o concurso de condições irrealizáveis de sociedade e de mercado, bem como de racionalidade de decisões. Enquanto isso, a análise retrospectiva propõe-se a interpretar a regulação como um processo contingente e não finalista, assumindo que o real potencial da regulação é definido apenas face ao futuro. Nesse cenário, pouco útil seria a concepção de um Estado neoclássico, onisciente, capaz de antecipar perfeitamente as consequências de suas ações, sendo necessária sua substituição por um Estado mais sóbrio, que desconhece todos os estados futuros, mas é capaz de aprender com sua trajetória.

Nesta defesa, inicialmente, abordaremos o tema dos juízos tecnocráticos e o papel que desempenham em ambientes políticos polarizados, apresentando a análise de impacto regulatório como sua espécie, de modo a fixar e isolar o objeto da análise proposta: a evolução da discussão acerca da análise de impacto regulatório, com especial enfoque em seu resultado mais recente: a AIR em sua forma retrospectiva.

No capítulo 2, apresentaremos as origens históricas da análise de impacto regulatória nos Estados Unidos da América, país com vasta tradição de políticas consequencialistas informadas pela AIR. Neste capítulo abordaremos as chamadas Ordens Executivas, espécies de atos normativos editados pelo chefe do Poder Executivo Federal Norte-americano, que inauguram e uniformizam a prática da AIR em âmbito federal no país. Este breve panorama histórico permite a melhor compreensão da análise retrospectiva como um resultado dependente da trajetória.

Mais adiante, no capítulo 3, avaliamos a análise de impacto regulatório retrospectiva, propriamente. Concebendo-a como resultado de uma longa trajetória consequencialista e apresentando os ganhos provocados pela adoção desta prática, se comparados à fase prospectiva da AIR. Ainda neste capítulo, são abordados os desafios e as tentativas de institucionalização da AIR retrospectiva.

Enceramos o estudo com uma sintética conclusão, cujo objetivo é agrupar as principais observações realizadas a partir da análise bibliográfica que informa o presente trabalho, reconhecendo a AIR como resultado de uma evolução na própria forma de regular e na forma de administrar sistemas regulatórios complexos, revisitando os desafios contemporâneos à institucionalização da AIR em sua forma retrospectiva.

CAPÍTULO 1: JUÍZOS TECNOCRÁTICOS

1.1 A Espécie “Análise de Impacto Regulatório”

Como espécie de juízo tecnocrático, o objetivo da Análise de Impacto Regulatório é garantir que as escolhas regulatórias sejam feitas após consideração adequada de prováveis consequências. Nesse sentido, as autoridades devem basear suas ações em determinações fundamentadas de que os benefícios justificam os custos, muito embora alguns benefícios e custos sejam difíceis ou impossíveis de quantificar numa primeira análise.

A análise regulatória também possui uma função democrática importante: promover a responsabilidade e a transparência, além de ser uma parte central de um governo aberto. Uma análise de impacto regulatório adequada busca responder se a edição de normas é necessária para atingir uma meta social e esclarecer como elaborar regulações da maneira mais eficiente, menos onerosa e mais econômica.

Em sua forma prospectiva, a análise de impacto regulatório exige que reguladores realizem uma análise cuidadosa e transparente das consequências de ações regulatórias antes de sua edição e implementação. Esta análise inclui uma avaliação e (na medida do possível) uma quantificação e monetização dos benefícios e custos previstos como resultado da ação proposta e de ações regulatórias alternativas.

Já em sua forma retrospectiva, a análise de impacto regulatório busca determinar se, uma vez consolidados os resultados, determinadas regulações devem ser mantidos, modificados ou revogados, considerando o estoque de normas como um sistema complexo e vivo, no qual é impossível compreender os efeitos de determinada norma de forma prévia ou isolada. Por isso sua utilidade na avaliação a respeito dos reais ganhos na manutenção ou expansão de

determinada regulação, considerando problemas como o dos pesos cumulativos e da inevitável limitação informacional ao tempo da edição da norma, conforme veremos adiante.

É preciso lidar com a realidade. Mais que isso, *é preciso lidar com a realidade da forma como ela é, e não como gostaríamos que fosse*¹. É o que adverte o *Spacecaster* Clancy Gilroy, da série de animação de ficção científica *Midnight Gospel*, que aborda a constante busca pelo entendimento. Para isso, a série constrói diálogos profundos e informados sobre questões polêmicas da atualidade. Esta profundidade dos diálogos da animação é possível, justamente, porque os “diálogos” são realmente feitos com especialistas.

Seja na ficção ou na esfera pública, fazer com que especialistas sejam ouvidos, apaziguar discordâncias políticas polarizadas e orientar tecnicamente os debates não são tarefas simples. Os juízos tecnocráticos - característicos do sistema ideológico conhecido por Tecnocracia e identificados pela aplicação do método científico na resolução de problemas sociais, em contraste com a tradicional abordagem política - podem ter uma relevante função apaziguadora, ao conferirem maior carga de objetividade às questões discutidas. Esse insistente foco nos fatos e nas prováveis consequências das políticas, pode suavizar divisões e produzir consenso. A análise de custo-benefício, ou análise de impacto regulatório, é um proeminente exemplo de juízo tecnocrático, e revela este potencial apaziguador da tecnocracia.

1.2 Juízos Tecnocráticos e Polarização Política

A polarização, por si só, não é inimiga da democracia. Em países nos quais partidos organizam e apresentam propostas ideologicamente distintas, o eleitorado encontra melhores

¹ NETFLIX. *The Midnight Gospel*. Episódio 1. Temporada 1. (2020 -presente)

condições de distingui-las na hora de votar. E mais: há evidências de que, na dose certa, a polarização ajuda a promover estabilidade ao jogo democrático no longo prazo, fortalecendo partidos políticos capazes de representar com maior eficiência as opiniões, vontades e valores de seus eleitores². No entanto, a polarização política passa a ser um problema grave na medida em que atinge e manipula questões eminentemente técnicas. No Brasil, por exemplo, esse fenômeno é observado, no tratamento de questões relativas à pandemia de Covid-19: a doença respiratória causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2)³.

Desde a confirmação do primeiro caso da Covid-19 no país, em 26 de março, as declarações públicas do Presidente Bolsonaro seguiram uma perigosa tendência: a propagação do vírus foi chamada de “fantasia”, de “gripezinha” e de “resfriadinho”, e não foram poucas as vezes nas quais suas atitudes foram de encontro às recomendações do titular da pasta especializada, seu primeiro ministro da saúde, Henrique Mandetta⁴. Esta relativização da crise sanitária pelo Chefe do Executivo é parte de um movimento muito mais amplo. Estudo realizado pela Quaest Consultoria e Pesquisa, a fim de compreender a conjuntura política do Brasil, revelou um cenário de aguda polarização política: *enquanto apenas 10% dos eleitores que se consideram de esquerda aprovam a gestão Bolsonaro, a proporção é de 69% para os eleitores que se classificam de direita. Para 71% da esquerda, o Brasil está piorando, e só 5% acha que o país está melhorando. Para 44% da direita, o país estaria melhorando.*

² LUPU, Noam. Party Polarization and Mass Partisanship: A Comparative Perspective. *Polit Behav* 37, 331–356 (2015).

³ Em 20 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou o surto como Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional e, em 11 de março de 2020, como pandemia. Em 26 de setembro de 2021, 231.105.748 casos foram confirmados em 192 países e territórios, com 4.736.892 mortes atribuídas à doença, tornando-se uma das pandemias mais mortais da história, segundo estudo intitulado “Coronavirus COVID-19 Global Cases” desenvolvido pelo Centro de Ciência e Engenharia de Sistemas (CSSE) da Johns Hopkins University.

⁴ NUNES, Felipe; MEIRELES, Fernando. **Como o Brasil politizou a pandemia?**. JOTA INFO. 2020

No que tange especificamente à pandemia, o mesmo estudo revelou que eleitores de ideologias diferentes têm opiniões distintas sobre a crise do novo coronavírus: uma questão de saúde pública. *Politizamos a doença, algo que pode ter consequências graves*⁵.

Quando questionada se a mídia está exagerando acerca dos efeitos do vírus, a maioria da população pensa que não. No entanto, quando estes resultados foram estratificados e analisados de acordo com as ideologias autodeclaradas, o cenário mostrou nuances importantes: *34% dos entrevistados de direita acham que sim, a mídia exagera a crise do coronavírus; no centro e na esquerda, apenas 13% têm a mesma visão. Em outras palavras, 1 em cada 3 brasileiros de direita acham que a mídia amplia os riscos da Covid-19*⁶.

Uma das consequências da polarização de questões técnicas é a dificuldade em alterar as visões de quem, movido pelo debate político, age em desacordo com orientações cientificamente demonstradas, gerando custos para a sociedade. *Ideologias são construções arraigadas, dificilmente alteráveis no curto prazo. Isso obviamente cria uma enorme dificuldade para as autoridades, que, para o caso da pandemia, precisam convencer a população a permanecer em casa para evitar uma explosão de novos casos e evitar que o sistema de saúde seja sobrecarregado*⁷.

Em meio à polarização política, é útil e estratégico focar nos fatos, naquilo que é conhecido ou pelo menos cognoscível. Uma avaliação cuidadosa dos fatos junto à projeção de prováveis consequências, pode reduzir divisões políticas, mesmo em períodos de intensa

⁵ NUNES, Felipe; MEIRELES, Fernando. **Como o Brasil politizou a pandemia?**. JOTA INFO. 2020

⁶ “As diferenças persistem em relação a outras opiniões e atitudes. Em particular, pessoas de direita são 52% mais propensas a achar que o surto do novo coronavírus é pouco ou nada grave; e 21% são mais propensas a estarem pouco ou nada preocupadas que alguém próximo contraia o vírus. Esses resultados, estimados com modelos de avaliação de impacto, não são explicados pelas diferenças demográficas dos entrevistados”.

⁷ NUNES, Felipe; MEIRELES, Fernando. **Como o Brasil politizou a pandemia?**. JOTA INFO. 2020

polarização. Em condições favoráveis, uma análise técnica pode ser capaz de informar e orientar tomadores de decisão, esclarecendo cada uma das apostas realizadas. Mas que fique claro: discutir com números está longe de ser uma tarefa impossível na arena política, mas esta pode ser uma tarefa mais difícil se comparada ao ataque a argumentos exclusivamente políticos.

Além disso, uma vez que esses fatos, números, projeções e estatísticas passam a ser analisados - e mesmo questionados - as pessoas tendem a compreender melhor os limites daquilo que está sendo discutido. Essa compreensão, por si só, é um progresso importante, analisa Cass Sunstein (2013). A atenção especial às consequências humanas e, de fato, aos custos e benefícios, pode ajudar a promover o consenso e o progresso em hipóteses em que ambos poderiam ser difíceis de alcançar. Por isso, é relevante a ratificação e intensificação de um compromisso de longo prazo com as análises de custos e benefícios. E esse compromisso pode ser traduzido como um esforço para reduzir a atenção às intuições, aos dogmas, às posições políticas e às pressões de grupos de interesse, direcionando a cognição limitada das autoridades aos efeitos potenciais de políticas sobre os agentes que a elas estão ou estarão sujeitos.

1.3 Os limites da Tecocracia

Os ganhos democráticos promovidos pelos juízos tecnocráticos estão longe de ser milagrosos.

De volta ao exemplo da politização da pandemia de COVID-19, o mesmo estudo da Quaest Consultoria e Pesquisa revelou que a forma como se consome notícias e informações é uma variável relevante para entender as diferentes percepções. *Entre os brasileiros que se*

informam preferencialmente por meio de redes sociais, como Facebook, Twitter e WhatsApp – proporção que é de 13% na direita, contra 5% e 3% na esquerda e centro, respectivamente –, 55% acreditam que a mídia exagera os efeitos do vírus. Apenas 16% de quem tem a TV como fonte principal de informações pensa da mesma forma.

Embora Jair Bolsonaro, por força de suas convicções, tenha estimulado a população a agir na contramão de políticas de enfrentamento ao vírus vindas das mais diversas autoridades sanitárias – incluindo a Organização Mundial da Saúde -, é preciso reconhecer que *parte da direita já estava propensa a fazer isso em meados de março, especialmente ao rejeitar a imprensa tradicional e ao confiar em notícias difundidas pelas redes sociais, terreno por onde circulam fake News*⁸.

Para DeMuth e Ginsburg (1986), por mais que o conhecimento especializado possa contribuir para responder a questões de natureza técnica, as respostas sempre serão, além de técnicas: políticas. E, por isso, devem ser consideradas as diferenças - de capacidade, renda, idade, preferência e assim por diante - entre os indivíduos envolvidos no processo⁹.

E Greenstone(2009) também observa que esses desencontros são naturais e inevitáveis. Os proponentes de uma nova regulação inevitavelmente argumentam que seus benefícios são substanciais, enquanto os oponentes inevitavelmente argumentam que os custos são muito altos: o que vai caracterizar o chamado *problema dos dogmas inconsistentes*, mais facilmente observado nas análises prospectivas, e que abordaremos mais adiante. A dificuldade em validar qualquer dessas alegações é que as evidências necessárias quase sempre não estão disponíveis.

⁸ NUNES, Felipe; MEIRELES, Fernando. **Como o Brasil politizou a pandemia?**. JOTA INFO. 2020

⁹ Christopher C. DeMuth and Douglas H. Ginsburg. White House Review of Agency Rulemaking. P. 1078

CAPÍTULO 2: A EXPERIÊNCIA NORTEAMERICANA: PROSPECÇÃO E RETROSPECÇÃO

Os primórdios e evolução da AIR nos EUA

Nos Estados Unidos há uma significativa experiência de consequencialismo regulatório, sobretudo a partir do governo Carter¹⁰, com a criação do *Regulatory Analysis Review Group* (RARG) e edição da Ordem Executiva nº 12.044: que exigiu a realização de uma análise econômica para qualquer regulamentação com um impacto provável de mais de US \$100 milhões (cem milhões de dólares).

No entanto, neste momento, não foram estabelecidos métodos objetivos para que as agências equilibrassem custos e benefícios¹¹. Também não havia autoridade central com poderes para revogar as regras que não atendiam critérios de custo-benefício¹², o que mudou com a chegada de Reagan ao poder.

¹⁰ Nos anos 70, o presidente Nixon implementou “avaliações de qualidade de vida”, exigindo que as agências considerassem alternativas antes de adotarem determinada regulação. O presidente Ford exigiu que as agências produzissem “declarações de impacto da inflação” em algumas circunstâncias. Finalmente, os requisitos que mais se assemelham a AIR foram instituídos pelo presidente Carter, que instituiu o Regulatory Analysis Review Group (RARG) e, pela primeira vez, na Ordem Executiva 12044, exigiu uma análise econômica para qualquer norma com um impacto provável de mais de \$ 100 milhões.

¹¹ WEIDENBAUM, Murray. Regulatory Process Reform From Ford to Clinton. Regulation, 1997. P 22

¹² WEIDENBAUM, Murray. Regulatory Process Reform From Ford to Clinton. Regulation, 1997. P 23

Eleito com uma forte campanha a favor da desregulamentação, ainda no início do mandato¹³ Reagan editou a Ordem Executiva nº 12.291, que orientou a revisão das regulações já existentes, a ser realizada pelas próprias agências reguladoras. É à Administração Reagan que o mérito pela implementação das análises de impacto regulatório é atribuído mais comumente.

Após análise, consolidados os resultados, as agências deveriam determinar se as regulações deveriam ser mantidos, modificados ou revogados: num processo que ficou conhecido como revisão regulatória retrospectiva (*retrospective regulatory review*). A proposta era *adotar procedimentos para melhorar as regulamentações existentes e futuras*. Para isso, a Ordem Executiva nº 12.291 exigia que as agências (i)desenvolvessem regregulações simples e eficientes, (ii)identificassem regras propostas com um impacto significativo associado, (iii)emitissem relatórios de impacto econômico para normas com impacto econômico provável significativo e, por último, que (iv)revisassem as normas existentes da agência para determinar se alcançaram ou não os objetivos da política.

Na oportunidade, também foi instituído o OIRA (*Office of Information and Regulatory Affairs*), autoridade central do Governo Federal dos Estados Unidos para a revisão das regulações do Poder Executivo, aprovação de relatórios de informações do Governo, estabelecimento de práticas estatísticas e coordenação da política de privacidade federal com autoridade para revisar as normas.

Exigia-se que as agências reguladoras produzissem análises de impacto regulatório sobre normas com um provável impacto anual igual ou superior a \$100 milhões.

¹³ Carter assinou a Ordem Executiva em 23 de março de 1978.

As agências também ficaram obrigadas a demonstrar que os benefícios de suas regulações seriam superiores aos custos e, caso não superassem, deviam apresentar justificativas detalhadas para a promulgação das normas. Se as regulações não atendessem aos critérios estabelecidos nas ordens executivas, o OIRA tinha autoridade para devolver as normas às agências.

Enquanto os governos anteriores concentraram nas agências a avaliação dos custos e benefícios sociais de suas normas, o programa Reagan orientou o procedimento a ser adotado nesta avaliação, determinando que as agências efetivamente decidissem questões regulatórias de acordo com os resultados obtidos por meio das avaliações de custos e benefícios¹⁴.

Outras diferenças significativas: os governos anteriores exigiam que apenas as propostas de regulamentação previamente sinalizadas fossem avaliadas pelo OIRA, e eram vagos sobre as prerrogativas de publicação de normas que sofreram objeções da equipe do presidente. Já a política de Reagan exigiu a revisão de praticamente todas as regras pela Casa Branca e deixou claro que as agências mantêm sua discricionariedade edição de normas¹⁵: ainda que, desejavelmente, as agências devessem considerar as objeções realizadas pelo OIRA.

Neste momento, alguns críticos argumentaram que a ingerência do OMB (*Office of Management and Budget*) – órgão da Casa Branca ao qual o OIRA está subordinado hierarquicamente – responsável pela das iniciativas pré-regulatórias sob a Ordem Executiva I2.498, é especialmente inadequada. Eles alegam que essa revisão confere ao OIRA a

¹⁴ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. White House Review Of Agency Rulemaking. Harvard Law Review. Vol 99, pp. 1075

¹⁵ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. White House Review Of Agency Rulemaking. Harvard Law Review. Vol 99, pp. 1076

capacidade de influenciar a ação regulatória antes que a agência do programa tenha a oportunidade de avaliar as dimensões do problema por meio de consultas públicas, conferências, pesquisas, pesquisa de contrato e medidas semelhantes¹⁶.

O debate se estende: qual autoridade teria o poder de definir estas prioridades? Estas seriam definidas unilateralmente por cada agência ou pela administração do presidente como um todo, por meio de um processo capaz de refletir as demandas conflitantes da agência e as políticas do presidente¹⁷?

Naturalmente, os grupos de interesse que se beneficiam da alocação de recursos para as "suas" questões prefeririam que a autoridade de planejamento ficasse exclusivamente em "sua" agência de programa. Lá, esses grupos possuem uma oportunidade maior de moldar o resultado do processo regulatório de acordo com sua preferência, por meio de anos de orquestração com funcionários de agências, grupos de congressistas e imprensa especializada¹⁸.

Ao assumir, Clinton editou a Ordem Executiva nº 12.8665 cujo objetivo era orientar a revisão regulatória. A nova Ordem Executiva mudou parte da linguagem utilizada na Ordem Executiva Reagan¹⁹, exigindo que os benefícios de uma norma justifiquem seus custos. Antes, havia a exigência de que os benefícios superassem os custos. Além disso, acrescentou que a "redução da discriminação ou preconceito", como um dos benefícios a serem considerados como parte de uma análise regulatória eficiente.

¹⁶ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. **White House Review Of Agency Rulemaking**. Harvard Law Review. Vol 99, pp. 1087

¹⁷ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. **White House Review Of Agency Rulemaking**. Harvard Law Review. Vol 99, pp. 1087

¹⁸ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. **White House Review Of Agency Rulemaking**. Harvard Law Review. Vol 99, pp. 1087

¹⁹ SHAPIRO, Stuart. **The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decisionmaking**. Handbook on the Politics of Regulation p. 387

Já a *análise retrospectiva* teve início, oficialmente, com a edição da Ordem Executiva nº 13.563 de 18 de janeiro de 2011, no Governo Obama²⁰. Foi um projeto ambicioso: concentrando-se diretamente na questão da simplificação, o presidente Obama determinou que todos os órgãos reguladores do governo realizassem a análise das regras já existentes e por eles editadas, e exigiu, ainda, que todas as agências reguladoras federais apresentassem, em curto prazo, planos preliminares para esta análise.

Assim como a Ordem Executiva nº 12.866, a Ordem Executiva nº 13.563 exige que as agências considerem uma gama de alternativas regulatórias, incluindo a opção de não regular, e que elaborem suas normas da maneira mais econômica para atingir o objetivo regulatório. As agências devem selecionar a alternativa que maximize os benefícios líquidos, ao mesmo tempo que leva em consideração os impactos distributivos e os benefícios e custos qualitativos, a menos que uma lei ou ato normativo superior exija outra abordagem. A Ordem Executiva nº 13.563 exige especificamente que as agências “*usem as melhores técnicas disponíveis para quantificar os benefícios e custos presentes e futuros previstos com a maior precisão possível*”.

Obama emitiu a Ordem Executiva nº 13.563 ordenando que as agências aplicassem análises econômicas para examinar as regulamentações significativas, já após sua implementação. Na oportunidade, o presidente afirmou que as agências “*devem medir e buscar melhorar os resultados reais das exigências regulatórias*” e orientou as agências a desenvolverem planos para avaliar seu estoque existente de regulações.

²⁰ Antes, alguns líderes políticos começaram a reconhecer a necessidade de avaliar melhor como as regulações estão realmente funcionando na prática. Bill Clinton tentou encorajar as agências a revisar suas regras “periodicamente” e encarregou Al Gore de supervisionar uma revisão única de todo o governo das regulamentações existentes. O administrador do OIRA de George W. Bush empreendeu um processo de revisão semelhante.

À época, os Estados Unidos enfrentavam a chamada Crise do Limite da Dívida, um longo processo negocial e de debate no Congresso dos Estados Unidos sobre a possibilidade de aumento do limite de dívida, e, caso afirmativo, em que montante o limite deveria ser aumentado. Neste período econômico difícil, havia uma necessidade premente de eliminar exigências injustificadas e de reavaliar normas. Sabia-se que este seria um passo significativo para tornar todo o sistema mais simples e que poderia ter efeitos benéficos substanciais na economia. Além disso, este já era um pleito antigo do setor privado. Algumas regras caras, mesmo se bem motivadas quando editadas, provavelmente nunca fizeram muito sentido. Algumas regras antigas, sensatas quando emitidas, não fazem sentido hoje²¹.

No comando do OIRA e ao anunciar a iniciativa de análise retrospectiva do governo, Cass Sunstein deixou claro que isso não seria um empreendimento pontual. Na ocasião, declarou que queria que fosse um esforço para construir "*uma cultura regulatória de avaliação regular*". Mesmo depois de emitir a Ordem Executiva 13.563, o presidente Obama assinou outra ordem, a Ordem Executiva nº 13.609, há uma associação explícita da análise retrospectiva à promoção de uma espécie de cooperação regulatória internacional²², com a demanda por iniciativas de uniformização, capazes de reduzir custos e simplificar o sistema.

Por último, fala-se em estabelecimento de uma espécie de cooperação internacional para assuntos regulatórios, com a edição Ordem Executiva nº 13.610, também no Governo Obama, que exige ações para "*institucionalizar a avaliação regular de normas significativas*"²³. [...]

²¹ SUNSTEIN, Cass R., **The Regulatory Lookback**. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming, p. 10

²² SUNSTEIN, Cass R., **The Regulatory Lookback**. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming, p. 17

²³ COGLIANESE, Cary. **Moving Toward the Evaluation State**. The Regulatory Review. 2013

Métodos e objetivos da AIR

Greenstone(2009) afirma que o desenvolvimento de estimativas confiáveis dos custos e benefícios das normas começa com a especificação de uma hipótese ou hipóteses de causas para o problema, o que chamamos de *hipótese causal*. As principais características de uma hipótese causal são que ela contém (i)uma solução ou tratamento manipulável - passível de ajustes - que pode ser aplicado a um sujeito e (ii)um resultado que pode ou não responder à solução escolhida.

Por exemplo, considere-se a hipótese de que uma regulamentação com o objetivo de reduzir a poluição do ar em uma cidade reduzirá as taxas de mortalidade entre os residentes. Para que uma hipótese causal tenha qualquer relevância prática, devemos ser capazes de submetê-la a um teste. Esse teste requer que todos os outros determinantes do resultado sejam mantidos constantes para que o efeito da solução/tratamento possa ser isolado.

Idealmente, seria necessário observar simultaneamente o desenvolvimento de um mesmo problema, em dois cenários diferentes: um em que a norma é aplicada e outro em que não o é. Isso garantiria que todos os outros fatores fossem mantidos constantes e que qualquer diferença observada entre os cenários possa ser atribuída à implantação ou à ausência da norma.

Claro, é impossível observar os dois estados simultaneamente. Por exemplo, a regulamentação para reduzir a poluição do ar não pode ser administrada e negada, simultaneamente, numa mesma cidade. Esta impossibilidade é rotulada como o problema fundamental da inferência causal: a impossibilidade de observar o efeito da exposição e não exposição, simultaneamente, no mesmo objeto.

Esse problema é relevante para a análise de custo-benefício em pelo menos duas formas diferentes. Em primeiro lugar, muitas normas são implementados para toda uma população, o que torna impossível desenvolver um caso contrafactual válido para o que teria ocorrido na ausência de implementação de uma norma. E na ausência de um contrafactual, é impossível saber os impactos causais da política²⁴. Como solução, busca-se, então, calcular o "efeito causal médio", trabalhando-se com grupos que possam ser comparáveis²⁵.

O segundo problema envolve o chamado *viés de seleção* e ocorre quando uma norma é aplicada seletivamente, ou seja, atinge algumas pessoas ou lugares e não outros. Isso supõe a existência de um grupo de controle. No entanto, a composição do grupo regulado sempre será, de alguma forma, diferente do grupo de controle.

Por exemplo, para avaliar os efeitos de um programa de treinamento profissional, uma forma de estruturação da análise seria comparar as pessoas que se inscreveram no programa com outras que não o fizeram, mas que são semelhantes, de acordo com características observáveis. O problema é que as pessoas que se inscrevem ainda podem ser diferentes daquelas que não o fazem de uma forma não observada. O resultado é que uma comparação dos dois grupos de pessoas confundirá o impacto do programa com essas diferenças pré-existentes.²⁶

²⁴ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. P 116

²⁵ CZERINA, Dina. ALBUQUERQUE, Maria. **Modelos de inferência causal: análise crítica da utilização da estatística na epidemiologia**. Ponto de Vista. Rev. Saúde Pública 29 (5). 1995. p 420

²⁶ Estudos de Ashenfelter (1978) e Ashenfelter e Card (1985)

A questão é que uma análise de custo-benefício confiável requer a identificação de uma solução para este *problema fundamental da inferência causal*. E é precisamente neste ponto que os experimentos importam.

O padrão ouro para estimar o impacto causal de uma norma é o teste randomizado. Essa abordagem começa com uma população de pessoas, empresas ou locais que podem estar potencialmente sujeitos à regulamentação. Entre esta população, alguns são atribuídos aleatoriamente ao grupo de tratamento e a norma é aplicada a eles. Os outros são atribuídos aleatoriamente ao grupo de controle e não recebem nenhuma regulação. Por causa dessa atribuição aleatória, os grupos de tratamento e controle devem ser estatisticamente idênticos em todas as dimensões, exceto a exposição à regulação; assim, quaisquer diferenças nos resultados podem ser atribuídas à regulação.

De acordo com cartilha desenvolvida pelo OIRA para ajudar as agências no desenvolvimento de análises de impacto regulatório²⁷, os três objetivos básicos de qualquer análise de impacto regulatório - seja ela prospectiva ou retrospectiva - são: (i) atestar a necessidade da ação regulatória, (ii) identificar as abordagens regulatórias possíveis e (iii) estimar - qualitativa e quantitativamente - os custos e benefícios da ação regulatória proposta e de suas eventuais alternativas.

Assim, primeiro, a análise deve começar com uma explicação clara da necessidade da ação regulatória, incluindo uma descrição adequada do problema. As agências devem explicar se a ação tem como objetivo corrigir uma falha de mercado ou promover algum outro objetivo

²⁷ OIRA. **Circular A-4: Regulatory Impact Analysis: A Primer**. Office of Management and Budget. 2011. p.9

sociopolítico, como melhorar processos governamentais, proteger a privacidade ou combater a discriminação. Se a ação decorre de lei ou ordem judicial, as agências devem descrever a autoridade específica e a extensão da discricção permitida.

Como em qualquer processo discricionário, há primeiro um juízo de conveniência da intervenção regulatória, que passa por uma leitura do ambiente e identificação de falhas de mercado ou necessidade de promoção de objetivos políticos mais amplos. Essa leitura depende do processamento adequado de indicadores quantitativos e qualitativos, de informações gerais relativas ao mercado ou setor regulado e da confiabilidade destes dados.

Neste momento, não há uma consideração precisa dos custos envolvidos, uma vez que só podem ser atribuídos a soluções ou a conjunto de soluções específicos. Aqui, as preocupações são um pouco mais nobres. Houve redução no número de acidentes de trânsito? as taxas de emissão de carbono permanecem altas?

O juízo de conveniência funciona como um ponta pé inicial para a análise de impacto regulatório. Uma vez verificada que a intervenção regulatória pode ser necessária, deve-se partir para a identificação do conjunto de alternativas possíveis, incluindo a opção de não regulamentar (para casos em que os custos superem em muito os benefícios, por exemplo). As alternativas à regulamentação incluem regulamentação local ou em menor escala, ação voluntária por parte do setor privado, fiscalização antitruste, litígios iniciados pelo consumidor no sistema de responsabilidade do produto e sistemas de compensação administrativa. Quando relevante, as agências devem considerar abordagens flexíveis que reduzam os encargos e mantenham a liberdade de escolha, como avisos, regras padrão apropriadas e requisitos de divulgação.

Na medida do possível, as agências devem especificar os resultados esperados por meio de objetivos de desempenho, em vez de especificar o comportamento ou forma de conformidade que as entidades regulamentadas devem adotar. Trata-se de uma simplificação do processo regulatório que vem alcançando resultados positivos relevantes.

Ao substituir determinações genéricas por metas objetivas, traduzidas em objetivos de desempenho - ou indicadores -, as agências fortalecem a transparência e segurança jurídica para todos os agentes envolvidos. A edição da norma deixa de ser um fim em si mesma e a ideia de que a regulação é um processo informado de aperfeiçoamento contínuo ganha força.

A análise de custo-benefício também requer que todos os custos e benefícios de uma determinada norma sejam convertidos em uma unidade comum, quase sempre dinheiro.²⁸²⁹ Inclusive, uma das mais notáveis exigências da Ordem Executiva nº 13.563 é a de que os benefícios justifiquem os custos. Muito embora isso não signifique dizer que os custos devam ser, necessariamente, monetariamente inferiores aos benefícios para que uma norma seja aprovada, esse balanço negativo é um forte indicativo de que os recursos devem ser dedicados a outras regras ou que é necessário identificar uma forma de diminuir os custos³⁰. Ao converter todos os custos e benefícios para a mesma unidade, o governo pode evitar combinações irracionais de políticas que não conseguem maximizar o bem-estar.

²⁸ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation.** New Perspectives on Regulation. 2009. P 113

³⁰ Se os benefícios monetizados são muito mais baixos do que os custos monetizados, ainda seria possível demonstrar que os benefícios “justificam” os custos. Nesse caso, talvez os benefícios não quantificáveis sejam considerados grandes e forneçam essa justificativa. Mas isso não seria fácil de demonstrar.

Assim, depois de identificar as potenciais abordagens regulatórias, a agência deve conduzir uma análise que estima os benefícios e custos associados a cada abordagem alternativa. Os benefícios e custos devem ser quantificados e monetizados, apresentados em unidades físicas (por exemplo, número de doenças evitadas) e em termos monetários. Quando a quantificação de um determinado benefício ou custo não é possível, este deve ser descrito qualitativamente³¹.

Todo o processo de quantificação e qualificação de custos e benefícios deve ser baseado nas melhores informações científicas, técnicas e econômicas disponíveis³². Para isso, a agência geralmente deve confiar na literatura científica revisada por pares, quando disponível³³. Nos casos em que não há dados ou pesquisas confiáveis, a agência deve considerar o desenvolvimento dos dados e pesquisas necessárias.

As incertezas da análise prospectiva

Muito embora a Análise de Impacto Regulatório possua o potencial de apaziguar discordâncias de natureza eminentemente políticas, trazendo fatos e prováveis consequências ao centro do debate, quando realizada prospectivamente, essa análise às vezes é especulativa e pode estar sujeita a erros. Além disso, as circunstâncias sempre estarão sujeitas a mudanças, muitas vezes de maneiras inesperadas.

³¹ A análise dessas alternativas também pode considerar - quando relevante e apropriado - valores como equidade, dignidade humana, justiça, potenciais impactos distributivos, privacidade e liberdade pessoal.

³² Além disso, a agência deve cumprir as Diretrizes de qualidade da informação para a agência e com as "Diretrizes para garantir e maximizar a qualidade, objetividade, utilidade e integridade das informações divulgadas por agências federais do OMB.

³³ Em casos disruptivos ou muito complexos, a agência deve considerar submeter seus modelos analíticos à revisão por pares.

Avaliações de custos e benefícios forçam os reguladores a enfrentar problemas de redistribuição e perseguição exagerada aos objetivos da agência, problemas que a experiência tem mostrado serem comuns no programa regulatório³⁴.

Nos Estados Unidos, a maioria das decisões regulatórias já são fundamentadas por algum tipo de análise de custo-benefício³⁵, característica que, segundo SUSTEIN (2003) identifica o Estado de Custo-Benefício³⁶. O problema deixou de ser a ausência de análises de custo-benefício, e passou a ser a baixa qualidade das evidências que permitem a análise³⁷. Isso abriu espaço para que os críticos da análise de custo-benefício argumentassem que ela pode ser distorcida para produzir os resultados desejados, apontar em uma determinada direção ou favorecer determinado grupo. Greenstone (2009) afirma que uma das principais razões para esse tipo de crítica é que a maioria das análises de custo-benefício não é realizada de maneira confiável. O diagnóstico de Greenstone(2009) é de que *o maior problema com o sistema atual é que a maioria das normas está sujeita a uma análise de custo-benefício apenas antes de sua implementação*. Este seria o ponto em que menos se sabe e qualquer análise estaria embasada em muitas suposições inverificáveis e potencialmente controversas³⁸.

Essas análises prospectivas possuem uma função relevante, ao fornecer um primeiro passo na avaliação de normas. No entanto, mesmo que os reguladores sejam bem intencionados,

³⁴ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. White House Review Of Agency Rulemaking. Harvard Law Review. Vol 99, p 1.082

³⁵ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. P 113

³⁶ Na obra *The Cost-Benefit State*. Cass Sunstein defende que a formulação de políticas nos Estados Unidos se transformou em uma política que enfatiza o uso da análise econômica para informar as decisões do governo antes de adotar novas políticas regulatórias. Esse movimento foi documentado pelo autor duas décadas depois da edição da Ordem Executiva 12.291, pelo presidente Reagan, que inaugura o processo de revisão de normas de agência pela Casa Branca, e que convida as agências federais a usar análises de custo-benefício para examinar cuidadosamente as regulamentações significativas antes de adotá-las.

³⁷ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. P 113

³⁸ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. 114

o problema permanece: não é possível saber o efetivo impacto causal de uma determinada política com este tipo de antecedência.

Nesse sentido, é preciso absorver a ideia de continuidade na promoção da qualidade das análises de impacto regulatório. Isso porque os comportamentos sempre sofrem influências, dado que emergem de um conjunto amplo de interações cujo início quase sempre é impossível de ser totalmente documentado. Assim, tanto a segurança, quanto a transparência e a capacidade de tratamento de informações são temas que possuem relevância progressiva, considerada sua enorme capacidade de otimização de processos. E o direito administrativo não ficou inerte a isso. A incorporação de novas tecnologias aos mais diversos mercados e ao setor público oferecem uma oportunidade única de compreensão dos mais diversos problemas regulatórios.

Como mencionado no subcapítulo anterior, todo o processo de quantificação e qualificação de custos e benefícios deve ser baseado nas melhores informações científicas, técnicas e econômicas disponíveis. A provável ausência de dados disponíveis e confiáveis ao tempo da edição de uma norma esbarra num problema conhecido e inevitável: o da limitação informacional, agravado em situações de incerteza.

Ao dar um passo atrás, temos que o próprio termo regulação traz consigo uma série de problemas, que envolvem, quase sempre, situações de risco e de incerteza. Enquanto as situações de incerteza ocorrem quando é possível identificar os resultados de determinada escolha, mas não as probabilidades da ocorrência destes resultados, as situações de risco envolvem a possibilidade de previsão de resultados aliada à probabilidade de ocorrência de cada um deles.

SUNSTEIN (2014) ilustra:

Podemos imaginar, por exemplo, uma norma para o qual a estimativa, tanto dos benefícios quanto dos custos, abrange uma ampla escala. Talvez os agentes reguladores não consigam identificar as probabilidades que devem ser atribuídas a vários pontos ao longo da escala estimada. Mesmo que consigam, talvez não fique evidente, por si só, o que deve ser feito quando, em alguns pontos, os benefícios excedem os custos dentro das respectivas escalas, mas não conseguem excedê-los em outros pontos. Nós podemos também imaginar casos nos quais os agentes reguladores podem identificar uma ampla variedade tanto de benefícios quanto de custos, mas não são capazes de atribuir probabilidades aos pontos dentro dessas variações — quais benefícios justificam os custos durante cada parte dessa variação.

Em termos práticos, as situações de risco costumam oferecer condições mais confortáveis para a tomada de decisão, uma vez que tanto os resultados quanto suas respectivas probabilidades de ocorrência estão disponíveis. Assim, em regra, quanto mais informações disponíveis, maiores as chances de uma agência desenvolver estratégias regulatórias eficientes³⁹.

BARAN (1980) defende que a análise de custo benefício possui grandes limitações metodológicas e que seria capaz de produzir abusos institucionais⁴⁰. Principalmente em cenários de incerteza, nos quais as informações disponíveis são insuficientes ou pouco confiáveis, as agências ficam mais livres para decidir de acordo com percepções menos objetivas, justificando mais abertamente as decisões por esta ou aquela abordagem regulatória, o que abre mais espaço para tomadas de decisão capturadas.

³⁹ Em “Too Much Information: Understanding What You Don’t Want to Know”, Cass Sunstein defende que o que precisamos é de mais clareza sobre o que as informações estão realmente fazendo ou alcançando, uma vez que a evitação e busca de informações são notavelmente heterogêneas e dependem de crenças e dogmas pré-existentes.

⁴⁰ BARAN. Michael S. Cost benefit analysis: An Inadequate Basis for Health , Safety , and Environmental Regulatory Decisionmaking. Ecology Law Quarterly. 1980. P 473

E é justamente em cenários de grande polarização política e complexificação dos mais diversos setores sujeitos à regulação, cresce a demanda pelas análises de impacto regulatório. O problema é que quando paramos na análise prospectiva. Por ser uma análise pontual e menos informada, essa análise é, muitas vezes, especulativa e pode estar sujeita a erros⁴¹. Seja pela limitação informacional, seja pela inexigência de um embasamento técnico robusto, a análise de impacto regulatório prospectiva desenha um cenário futuro nebuloso, que exige o confronto oportuno entre expectativa e realidade. Além disso, há o risco de que as circunstâncias que antecederam a edição da norma mudem radicalmente, muitas vezes de forma inesperada⁴².

Para SUNSTEIN (2014), as análises de impacto regulatório prospectivas exibem, frequentemente, projeções de custos e benefícios baseadas em suposições, e que, portanto, são altamente especulativas. Isto reforça a afirmação de que os julgamentos tecnocráticos podem ter a função de apaziguar debates polarizados e ajuda a explicar as divisões contemporâneas no domínio regulatório, acrescenta. Havendo dificuldade em prever com certo grau de assertividade os custos e benefícios esperados, torna-se impossível construir um argumento técnico robusto, e a decisão pela aplicação da norma passa a depender do peso de argumentos políticos.

Isto não significa defender que a regulação deveria ser um processo neutro de aplicação de conhecimentos técnicos. Se a regulação fosse apenas a aplicação de "expertise" neutra, não haveria espaço para procedimentos de consulta pública ou grande parte das demais ferramentas do direito administrativo. Ao exigirem tais procedimentos, tanto o Congresso quanto os

⁴¹ SUNSTEIN, Cass R., The Regulatory Lookback. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming. 2013. P.1

⁴² SUNSTEIN, Cass R., The Regulatory Lookback. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming. 2013P.1

tribunais demonstraram que os legisladores possuem poder discricionário substancial para afetar a distribuição de recursos da sociedade⁴³.

Na análise prospectiva, continua SUNSTEIN (2013), quase sempre o melhor que pode ser feito - em termos de previsão de resultados - é a identificação de limites ou intervalos, nos quais são estimados custos e benefícios mínimos e máximos. E estes intervalos podem ser bastante amplos.

SUNSTEIN (2013) observa que quando há pouca variação entre os intervalos máximos e mínimos para os custos e benefícios mais relevantes ou quando as autoridades regulatórias são capazes apresentar algo próximo de estimativas pontuais certas, a evidência ali descrita pode, de fato, produzir consenso. Mas quando os limites são amplos, certo grau de contestação política será inevitável e as divergências podem se tornar acaloradas e difíceis de resolver. Além disso, mesmo estes limites podem ser pessimistas ou otimistas demais. Os custos podem acabar sendo muito maiores do que o previsto.

Há de se falar, também, na mudança de circunstâncias, manifestada na forma de transformações de cenário político, inovações comerciais, tecnológicas e outros tantos fatores que influenciam o emprego da regulação. Desse modo, ainda que a análise prospectiva fosse capaz de prever adequadamente os efeitos esperados, a simples mudança de elementos que ensejaram sua edição poderia tornar a regulação mais ou menos eficiente.

⁴³ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. White House Review Of Agency Rulemaking. Harvard Law Review. Vol 99, p. 1078

Evidências em mãos, SUNSTEIN (2013) identifica, ainda, o surgimento de um problema decorrente das fontes destes dados estimativos/prospectivos: *a polarização do debate sobre os verdadeiros custos e benefícios*. Frequentemente, agentes que estão mais envolvidos com a matéria, tecnicamente habilitados à apresentação de estudos e estimativas, não serão totalmente confiáveis em suas análises, sobretudo quando chegam a conclusões inflexíveis e prematuras, argumenta SUNSTEIN (2013). E continua: *em razão das posições que ocupam e dos interesses que delas decorrem, alguns agentes serão previsíveis ao realizarem suposições sobre os efeitos de determinada norma*.

Para as normas que possuem um grau de incerteza de resultados considerável, pode-se esperar que os agentes e grupos de interesse alinharem seus discursos às previsões mais polarizadas de custos e benefícios, de modo a promover seus interesses econômicos ou objetivos ideológicos que estiverem em jogo. Desse modo, em debates a respeito de uma norma capaz de gerar ônus à indústria, como no caso de regulações de natureza ambiental, é comum observar grupos da indústria construindo argumentações que reforcem a crença de que os benefícios provocados pela norma estariam na extremidade mais baixa do intervalo estimado e os custos na extremidade superior. E que, portanto, a norma não deveria ser editada ou que os ônus à indústria deveriam ser reduzidos.

Nestes mesmos casos, observa-se grupos de interesse público argumentando exatamente o oposto: diante de um intervalo significativamente variável para custos e benefícios, entidades e grupos aliados à causa ambientalista constroem pareceres em defesa da norma, assumindo como verdadeira sua potencialidade de gerar os maiores benefícios pelo menor custo estimado. Novamente, não se pode perder de vista que mesmo os levantamentos de evidências mais robustos raramente são capazes de apontar para uma solução específica e inequívoca. O espaço

para construção de soluções regulatórias passa pelo debate público transparente sobre os estudos e cálculos realizados.

Embora essa polarização contamine, mais frequentemente, o debate sobre custos, os benefícios estimados também provocam inúmeras divisões. SUNSTEIN (2013), a partir de sua experiência como administrador do OIRA, relata que os representantes da indústria frequentemente argumentam que os benefícios são extremamente exagerados e altamente especulativos. Enquanto isso, grupos de interesse público frequentemente argumentam que os benefícios são subestimados, especialmente à luz do fato de que muitos são difíceis de quantificar e são baseados em informações científicas em evolução.

Uma agência pública encarregada de defender a nação ou construir rodovias ou promover o comércio invariavelmente desejará gastar "muito" em seus objetivos. Uma agência é bem sucedida ao cumprir as metas que o Congresso estabeleceu para ela da maneira mais completa possível e não equilibrando suas metas com outras metas igualmente válidas. Isso justificaria uma restrição administrativa compensatória na forma de um órgão central responsável pelo controle do orçamento.

SUNSTEIN (2013) também apresenta o problema das cargas regulatórias cumulativas, que pode ser descrito da seguinte forma: as agências frequentemente impõem altas cargas cumulativas ao setor privado. Se consideradas individualmente, cada obrigação imposta pode parecer razoável, mas consideradas como um todo, podem ser redundantes, inconsistentes, sobrepostas e mesmo incapazes de atingir os objetivos desejados.

Aqui, é importante fazer a distinção entre os conceitos de carga regulatória cumulativa e carga regulatória agregada. Uma regra pode custar \$100 milhões, outra \$200 milhões e outra mais \$300 milhões, e esses custos podem ser facilmente agregados. Para os benefícios, achar o agregado é igualmente simples. Desde que os valores sejam precisos, as questões de custos e benefícios são simétricas. Exercício matemático simples, que exige - tão somente - que as grandezas sejam traduzidas numa mesma unidade.

Já o conceito de cargas cumulativas é diferente. Não se trata de uma simples agregação, mas do fato de que se um funcionário público, uma pequena empresa ou um indivíduo for solicitado a se envolver nas tarefas A, B, C e D, pode haver pouco espaço para outras tarefas, simplesmente por causa da escassez de tempo. Os custos de oportunidade de um grande conjunto de regras sobrepostas, inconsistentes ou redundantes podem acabar sendo grandes. Em princípio, uma análise competente dos custos pode ser capaz de capturar essas perdas, mas é extremamente difícil fazê-lo.

CAPÍTULO 3: ANÁLISE RETROSPECTIVA

Como vimos, a Análise de Impacto Regulatório possui o potencial de apaziguar discordâncias de natureza eminentemente políticas, trazendo fatos e prováveis consequências ao centro do debate. Apesar disso, quando realizada prospectivamente, essa análise por vezes acaba sendo meramente especulativa e pode estar sujeita a erros. Além disso, as circunstâncias sempre estarão sujeitas a mudanças, muitas vezes de maneiras inesperadas. Por estas razões, a análise retrospectiva, projetada para identificar os efeitos reais (em vez dos esperados), possui vantagens significativas.

É surpreendente que, até muito recentemente, não houve nenhum esforço sustentado para reunir, muito menos agir a partir de dados acumulados sobre os efeitos práticos das normas - e que os esforços existentes permanecem preliminares e parciais, segundo SUNSTEIN (2014). “*Esse exame retrospectivo pode muito bem ajudar as agências a simplificar o sistema, eliminando encargos injustificados e uma grande quantidade de burocracia inútil*”, complementa.

Análise retrospectiva e melhores resultados

Reguladores de todo o mundo estão desenvolvendo cada vez mais estratégias baseadas no risco para administrar seus recursos⁴⁴. Essa espécie de reputação de "reguladores de risco" foi muito elogiada pelas instituições de controle regulatório e é justamente esse endosso generalizado aliado à experiência de falha regulatória, que, sinaliza a lógica das análises de risco pode ser adaptada ao enfrentamento de problemas complexos e à dinâmica da regulação na prática, defendem BLACK e BALDWIN (2010).

A análise retrospectiva é, portanto, um instrumento de regulação reativa ou responsiva. Por regulamentação reativa, Baldwin e Black (2008), entendem a aplicação de uma variedade de instrumentos de maneira que a regulação se torne flexível e sensível a uma série de fatores-chave.

Isso inclui não apenas o comportamento, a atitude e a cultura da empresa ou indivíduo regulamentado, mas também os ambientes institucionais nos quais a regulação ocorre, as formas como os diferentes instrumentos de controle interagem,

⁴⁴ Reguladores têm desenvolvido estruturas de supervisão baseadas em risco em uma ampla gama de países, particularmente nas áreas de meio ambiente, segurança alimentar, saúde e segurança ocupacional, serviços financeiros e regulamentação de pensões. (BLACK 2008 - Risk-Based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learned. Paris: OECD, 2008-SG/GRP(2008)4.)

*o desempenho do próprio regime de controle e as mudanças que ocorrem em prioridades regulatórias, desafios e objetivos*⁴⁵.

Existem dificuldades consideráveis ao aplicar a regulamentação baseada no risco de forma realmente responsiva⁴⁶. Isso porque a estrutura de uma regulação realmente responsiva obriga o afastamento da visão simplista da regulação baseada em risco, que a entende a produção de normas como *um meio mecânico/quantitativo de resolver problemas regulatórios*⁴⁷. Em vez disso, a proposição de uma norma é como um ponto de partida específico e um meio de construir e abordar um conjunto de questões regulatórias. Também nos obriga a ver a regulação baseada em risco não como um modo autônomo e discreto de controle, mas como uma estratégia que é rotineira e muitas vezes necessariamente implantada em conjunto com uma série de outras estratégias para enfrentar os desafios da intervenção regulatória.

Uma análise realmente responsiva também sugere que, uma vez que os reguladores tenham estabelecido seus objetivos, eles devem considerar a forma como qualquer abordagem regulatória lida com as cinco tarefas fundamentais envolvidas na implementação da regulamentação, de modo a promover esses objetivos⁴⁸. As tarefas são as seguintes: (i) detectar comportamento indesejável, (ii) responder a esse comportamento desenvolvendo ferramentas e estratégias, (iii) aplicar essas ferramentas e estratégias no terreno, (iv) avaliar seu sucesso ou fracasso, e (v) modificação de abordagens de acordo⁴⁹.

⁴⁵ BLACK, Julia; BALDWIN, Robert "Really responsive risk-based regulation," LSE Research Online Documents on Economics 27632, London School of Economics and Political Science, LSE Library. 2010. P. 182

⁴⁶ BLACK, Julia; BALDWIN, Robert "Really responsive risk-based regulation," LSE Research Online Documents on Economics 27632, London School of Economics and Political Science, LSE Library. 2010. P. 182

⁴⁷ BLACK, Julia; BALDWIN, Robert "Really responsive risk-based regulation," LSE Research Online Documents on Economics 27632, London School of Economics and Political Science, LSE Library. 2010. P. 183

⁴⁸ BLACK, Julia; BALDWIN, Robert "Really responsive risk-based regulation," LSE Research Online Documents on Economics 27632, London School of Economics and Political Science, LSE Library. 2010. P.183

⁴⁹ BLACK, Julia; BALDWIN, Robert "Really responsive risk-based regulation," LSE Research Online Documents on Economics 27632, London School of Economics and Political Science, LSE Library. 2010. P.183

E é também na prevenção ao fenômeno da captura que tomadas de decisões baseadas em evidências possuem relevância progressiva. Ainda que seja pouco provável que levantamentos e processamentos de dados apontem algoritmicamente a melhor solução regulatória, uma das principais vantagens da introdução de evidências no debate é a sua capacidade de apaziguar discordâncias políticas. Isso porque o protagonismo de fatos, no lugar de crenças, e de prováveis consequências, no lugar de desejos e aspirações, tornariam possível o consenso.

DeMuth e Ginsburg (1986) sugerem que os presidentes norte-americanos teriam fortalecido o controle sobre a atividade das agências na década de 1970, mesmo que os programas regulatórios fossem incontestados ou amplamente admirados⁵⁰. Mas esse não era o caso. Os programas regulatórios - de certo - não eram amplamente admirados ou incontestados. Na década de 1970, um crescente corpo de literatura acadêmica mostrou que esses programas frequentemente produziam resultados altamente perversos e indesejáveis: que aumentavam em vez de baixar os preços, restringiam em vez de promover a concorrência, prejudicavam em vez de melhorar a saúde e a segurança e outros como aspectos do bem-estar do consumidor, perseguindo objetivos geralmente aceitos (ar mais limpo e drogas mais seguras) de maneiras bastante ineficientes.

Os presidentes Ford, Carter e Reagan fizeram ataques agudos ao crescimento da regulamentação federal em suas campanhas eleitorais e incluíram a "reforma regulatória" entre seus principais objetivos para a política interna do país. Esse estabelecimento de uma revisão das regras das agências pela Casa Branca foi a resposta política mais importante às crescentes

críticas populares e acadêmicas à regulamentação federal⁵¹. As falhas de regulação identificadas eram de duas naturezas, segundo DeMuth e Ginsburg (1986): excesso de cautela e favorecimento de grupos.

Em primeiro lugar, a regulamentação tenderia a ser excessivamente cautelosa, forçando investimentos em redução de risco muito superiores ao valor que os indivíduos considerariam justo⁵². Em segundo lugar, a regulamentação tenderia a favorecer grupos estreitos e bem organizados em detrimento do público em geral⁵³.

Por esses motivos, a análise de impacto regulatório retrospectiva - ou regulação retrospectiva - apresenta vantagens significativas. Neste tipo de abordagem, abandona-se a ideia de previsão de prováveis efeitos, concentrando esforços na tarefa de compreensão da realidade, a partir da observação dos efeitos práticos e custos e benefícios reais produzidos por determinada norma.

Um sistema regulatório sensato, dedicado à análise empírica e projetado para transcender as divisões partidárias, deve ir além de dogmas conflitantes, perquirindo a realidade. Simplificadamente, deve cumprir a tarefa de descobrir se regras específicas devem ser revisadas, simplificadas, fortalecidas, expandidas ou eliminadas, à luz do que foi aprendido sobre o que essas regras estão realmente provocando.

Passos recentes de institucionalização

⁵¹ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. White House Review Of Agency Rulemaking. Harvard Law Review. Vol 99, p. 1080.

⁵² DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. White House Review Of Agency Rulemaking. Harvard Law Review. Vol 99, p. 1081.

⁵³ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. White House Review Of Agency Rulemaking. Harvard Law Review. Vol 99, p. 1080.

Para Greenstone(2009) a solução do problema atravessa dois pontos principais: (i)deve-se admitir que *é impossível avaliar as normas prospectivamente* e (ii)deve-se adotar *uma cultura de experimentação e avaliação regulatória*⁵⁴. O objetivo passa a ser, então, promover a uma cultura de formulação de políticas na qual as agências não apenas continuem a conduzir análises prospectivas de regulamentações por meio de uma lente de custo-benefício, mas que também levem a sério a necessidade de uma revisão retrospectiva rigorosa da regulamentação⁵⁵.

Greenstone(2009) adverte que o objetivo deve ser avaliar rigorosamente todos as normas, a fim de expandir aqueles que funcionam e eliminar os que falham em promover ganhos de bem-estar (ou pior, que promovem perdas)⁵⁶. E vai além, ao defender que *é impossível saber os benefícios e custos de uma norma até que ele seja efetivamente testado*. O sistema atual de análise prospectiva avalia políticas no momento em que sabemos o mínimo sobre sua eficácia, e, como qualquer decisor, o Estado é racionalmente limitado. Se os resultados são inerentemente incertos à partida⁵⁷, e as intervenções podem ter consequências não completamente antecipadas e mesmo não desejadas, a revisão do estoque regulatório passa a ser a medida mais adequada à correção das possíveis falhas regulatórias.

Sunstein(2014) afirma que, se institucionalizada, a análise retrospectiva pode ser a mudança estrutural mais importante na política regulatória norte-americana, desde o requisito original de análise prospectiva durante o governo Reagan. Mesmo reconhecidos, os avanços não vieram desacompanhados de críticas, COGLIANESE ()⁵⁸ avalia que as medidas para

⁵⁴ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. p 114

⁵⁵ COGLIANESE, Cary. **Moving Toward the Evaluation State**. The Regulatory Review. 2013. p 111

⁵⁶ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. p 112

⁵⁸ COGLIANESE, Cary. **Institutionalizing Regulatory Lookback**. The Regulatory Review. 2013

promover a avaliação retrospectiva se assemelham ao estado da análise prospectiva anterior ao governo Reagan: ad hoc, não sistemático e fugaz⁵⁹.

Curiosamente, todas essas palavras poderiam ter descrito a situação em relação à análise regulatória prospectiva nas décadas anteriores ao estabelecimento da Ordem Executiva 12.291 do presidente Reagan, comenta Coglianesi(), em referência ao processo de institucionalização da análise prospectiva. O que mudou com a ordem de Reagan foi que a revisão regulatória prospectiva se tornou institucionalizada. A ordem de Reagan marcou o que poderia ser chamado de transformação cultural quando se tratava de fazer com que as agências governamentais olhassem para o futuro antes de tomar decisões. Agora, o que precisamos é a transformação cultural de olhar para trás⁶⁰.

De fato, a dependência de esforços pontuais e ad hoc comprometem a qualidade da regulação no longo prazo. É preciso pensar em institucionalizar. Para esse fim, Coglianesi defende que grandes mudanças por meio de nova legislação e novas instituições são ideias valiosas que devem ser consideradas⁶¹. Mudanças de circunstâncias, identificadas pelas revisões podem tornar as regras elegíveis para reavaliação e ajuste, ou talvez exclusão. Talvez novas tecnologias tenham tornado essas regras obsoletas. Talvez haja um problema de redundância e sobreposição. Talvez os estados também estejam impondo requisitos e as regulamentações federais não sejam mais necessárias. Talvez o mercado privado agora esteja funcionando bem e as regras antigas não tenham mais sentido, já que não há mais a falha de

⁵⁹ Mesmo os predecessores de Reagan - Nixon, Ford e Carter - tentaram estimular as agências reguladoras a realizarem mais análises antes da edição de normas, mas foi necessária a ordem executiva de Reagan para tornar a análise prospectiva um acessório institucional regular na formulação de políticas regulatórias.

⁶⁰ COGLIANESE, Cary. **Moving Toward the Evaluation State**. The Regulatory Review. 2013.

⁶¹ Por exemplo, a proposta de Lei de Melhoria Regulatória (Regulatory Improvement Act) de 2013 pretendia criar no país uma nova agência independente, projetada especificamente para avaliar as regulamentações existentes.

mercado que ensejou a edição da norma. Todas estas possibilidades de alteração das circunstâncias iniciais, previsíveis ou não, só poderiam ser identificadas na fase retrospectiva.

GREENSTONE (2009) simplifica: Quando as agências emitem regras, elas precisam especular sobre benefícios e custos. Depois que as regras estiverem em vigor, eles devem testar essas especulações e devem usar o que aprenderam ao visitar uma norma ou emitir um novo.

Na ausência de referências ou experiências anteriores consolidadas, a Ordem Executiva 13,563 não oferece às agências um roteiro definitivo para revisão das normas. Em vez disso, solicita a apresentação de planos preliminares para revisão retrospectiva. Desse modo, cada agência estaria para eleger critérios de revisão: seja por antiguidade, relevância, custos ou consulta ao público. Afinal, antes de revisar, é preciso eleger quais normas serão revisadas ou quais precisam ser revisadas com mais urgência.

A regulação é um processo contingente e não finalista e, por isso, as revisões retrospectivas não poderiam ser eventos pontuais. Na tentativa de estabelecer uma *cultura de análises retrospectivas*, o presidente emitiu uma nova ordem executiva com três componentes principais, segundo SUNSTEIN (2014): (i) as agências estariam obrigadas a solicitar continuamente ao público sugestões sobre reformas; (ii) deveriam priorizar reformas capazes de causar impactos mais significativos, como as que pudessem promover maior corte de gastos, e (iii) deveriam reportar o progresso ao OIRA e ao público, também de forma contínua.

A título exemplificativo, podemos analisar a experiência da agência de segurança interna dos EUA (DHS). Com a edição da Ordem Executiva nº13.566, e a fim de auxiliar o

desenvolvimento do Plano Preliminar de Revisão⁶², a agência de segurança interna dos Estados Unidos⁶³ buscou a opinião pública por vários meios. Em 8 de março de 2011, publicou um aviso no Federal Register⁶⁴, solicitando opiniões sobre como deveria desenvolver seu plano preliminar e sobre as regras específicas existentes que o DHS deveria considerar para revisão retrospectiva. Além disso, a agência solicitou o feedback do público por meio do IdeaScale. Uma ferramenta online para facilitar o diálogo público. O IdeaScale permitiu que os usuários enviem ideias, comentem as ideias uns dos outros e votem nas ideias uns dos outros.

Em 26 de maio de 2011, o Plano Preliminar do DHS foi disponibilizado ao público⁶⁵. Neste momento, foi aberto novo prazo para apresentação de sugestões, desta vez a respeito do plano preliminar publicado. Então, cerca de dois meses após o início das consultas, o DHS anunciou o lançamento da versão final de seu Plano Preliminar. Um princípio central do Plano Final foi o reconhecimento do papel essencial da contribuição do público na condução e foco da revisão retrospectiva do DHS. *No desenvolvimento do Plano - e na implementação do Plano - o DHS buscou, e continuará a buscar, comentários públicos.* E além de descrever o processo do DHS para revisão retrospectiva, o Plano Final continha apêndices e anexos, que identificam revisões em andamento de ações regulatórias e candidatas à revisão retrospectiva de longo prazo.

Desafios da análise retrospectiva

⁶² DHS. **Preliminary Plan for Retrospective Review**. U.S. Department of Homeland Security. 2011

⁶³ A função do DHS é garantir uma pátria segura, protegida e resiliente contra o terrorismo e outros perigos. Há cinco áreas principais sob a responsabilidade da agência: (1) prevenir o terrorismo e aumentar a segurança; (2) proteger e gerenciar fronteiras; (3) fazer cumprir e administrar leis de imigração; (4) salvaguardar e proteger o ciberespaço; e (5) garantir resiliência a desastres.

⁶⁴ Imprensa Oficial norte-americana.

⁶⁵ O DHS disponibilizou seu Plano Preliminar no site do DHS e no portal Federal eRulemaking. A Casa Branca também disponibilizou o Plano DHS no site da Casa Branca.

Ao tratar da temática da institucionalização da análise retrospectiva, Coglianesse (2013) dá um passo atrás e chama atenção para a importância da edição de um guia geral para análises retrospectivas. Haveria o dever de formulação de diretrizes específicas a serem seguidas pelas agências, na condução de uma avaliação retrospectiva. Essas diretrizes devem ter como objetivo promover o uso de técnicas sofisticadas de pesquisa de avaliação e devem espelhar o nível de detalhes técnicos encontrados na famosa Circular A-4, o manual do governo para análise de impacto regulatório prospectivo⁶⁶.

Como política interna das agências, COGLIANESE(2013) considera relevante a criação de planos de avaliação: trata-se da inclusão, em cada análise regulatória prospectiva, de previsões e elementos para a avaliação retrospectiva. Assim, cada nova norma editada contaria com um plano de revisão, específico e previamente formulado, que deverá especificar métricas a serem usadas em uma avaliação retrospectiva, discutir quais tipos de dados precisariam ser coletados e especificar um prazo para a avaliação subsequente.

Resta saber se o desenho preliminar das revisões retrospectivas, caso a caso, não incorreria nos mesmos problemas da própria análise retrospectiva, dado que seria formulado no mesmo contexto de limitação informacional. Ora, se é impossível conhecer os reais efeitos de determinada norma antes de sua implementação, seria desejável planejar e agendar revisões retrospectivas no momento da edição da norma?

Coglianesse(2013) antecipa o problema, e sugere que esses planos não sejam vinculativos, e acrescenta que ajudariam a estimular as agências no início do desenvolvimento de regras a se concentrarem nas necessidades de avaliação. As agências poderiam, inclusive, ajudar a

⁶⁶ COGLIANESE, Cary. **Institutionalizing Regulatory Lookback**. The Regulatory Review. 2013

estimular a pesquisa de avaliação independente por outras entidades governamentais e organizações de pesquisa.

A tarefa de identificação da potencialidade de impacto da revisão não seria uma tarefa exclusiva da agência, para COGLIANESE (2013). O OIRA ficaria responsável pelo envio de *prompt letters*, ou cartas de comando, às agências, identificando regras específicas existentes que mereceriam uma revisão técnica mais aprofundada. E classifica:

As características das regras que merecem cartas imediatas podem ser: aquelas regras para as quais os custos estimados na análise prospectiva original eram quase iguais aos benefícios estimados; regras com alta incerteza - aquelas regras em que as estimativas de custo ou benefício em uma análise prospectiva exibiram altos níveis de incerteza; e regras que levantam questões comuns - aquelas regras que se baseiam, por exemplo, em suposições comuns a outras regras.

Nem sempre a análise retrospectiva resultará em redução ou eliminação de normas, muito embora esse tenha sido um objetivo imposto pelo problema cargas regulatórias cumulativas. Em alguns casos, consideradas as evidências encontradas, pode-se expandir a regulação, aumentando exigências ou replicando a norma para outros agentes.

Sunstein (2013) explica:

Uma determinada agência pode aprender que uma regra custa muito menos do que o previsto e que mais rigor pode ser exigido. Pode aprender que, com novas tecnologias (relatórios eletrônicos em vez de em papel, por exemplo), o compliance torna-se barato e fácil, o que faz com que eventuais isenções a pequenas empresas sejam injustificadas. Ou, ainda, pode descobrir que uma regra está funcionando muito bem, mas que sua cobertura é muito limitada e que mais pessoas deveriam estar sujeitas a ela.

Apesar de relevante, Sunstein não classifica a expansão regulatória como um resultado central no processo de análise retrospectiva, *e não é esperado que ganhe maior relevância no futuro*, comenta. Isso porque, ainda segundo Sunstein, a maioria das agências já estava trabalhando diligentemente para preencher lacunas regulatórias, para expandir as salvaguardas e para desenvolver o que estava funcionando⁶⁷.

Neste ponto, nos parece que a mera existência de um esforço prévio, por parte das agências, na expansão das normas eficientes não é suficiente para ignorar os ganhos que a análise retrospectiva pode promover também neste aspecto. A necessidade de regulação inteligente, ou *smart regulation*⁶⁸, valoriza processos de aprendizado como aqueles oferecidos pela revisão retrospectiva. Adiante, abordaremos a forma como a regulamentação inteligente, depende de uma revisão retrospectiva para identificar as regulamentações boas, ruins e intermediárias e, com isso, melhorar mesmo as ferramentas prospectivas.

Apesar de, nos Estados Unidos, muitas agências já fornecerem avaliações de suas próprias normas. Greenstone avalia que a história não costuma ser gentil com organizações que se dedicam apenas à autoavaliação⁶⁹. Isso porque seria muito difícil para as pessoas e organizações assumir que, apesar de seus melhores esforços, suas políticas ou programas são ineficazes. Além disso, aqueles que estão profundamente envolvidos na implementação de uma determinada regulação provavelmente observarão os benefícios de tal projeto com muito mais clareza e atenção do que os custos.

⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R., **The Regulatory Lookback**. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming. 2013.p. 18

⁶⁸ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. **Smart regulation**. Australian National University Press. p. 137

⁶⁹ GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. P 119

Uma solução, para Greenstone (2009), seria criar um conselho de revisão regulatória, órgão independente e com autoridade para avaliar a eficácia das normas. O conselho revisaria todos os estudos disponíveis e poderia financiar estudos adicionais. Estas evidências seriam então utilizadas para avaliar se uma norma passa ou não em uma análise de custo-benefício.⁷⁰

Demuth e Ginsburg (1986) apontam que, sem alguma restrição compensatória, agências "gastariam demais" - por meio de regulamentações que gastam os recursos da sociedade, mas não aparecem no orçamento fiscal do governo federal - no controle da poluição e segurança no local de trabalho. Essa tendência é reforçada pela participação "pública" no processo de regulamentação, que na prática se limita aos grupos organizados com maior e mais imediata participação nos resultados. Embora presidentes e legislaturas também sejam vulneráveis à pressão de grupos politicamente influentes, o processo de regulamentação nas agências - operado em relativa obscuridade da vista do público, mas abundantemente frequentado por grupos de interesse - é ainda mais vulnerável. Um número substancial de regras da agência não poderia sobreviver ao escrutínio público e ganhar duas maiorias legislativas e a assinatura do presidente.

Nesse sentido, uma revisão centralizada, realizada a partir de critérios de custo/benefício, por um órgão que não tem uma agenda política pré-definida e que presta contas perante o presidente seria uma resposta apropriada às falhas de regulação. Esse modelo encorajaria a coordenação de políticas, maior responsabilidade política e decisões regulatórias mais equilibradas⁷¹.

⁷⁰ Greenstone defende, ainda, que, com base nessas avaliações, este conselho poderia revogar normas consideradas ineficazes.

⁷¹ DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. **White House Review Of Agency Rulemaking**. Harvard Law Review. Vol 99, p. 1081.

Ainda que a análise de custo-benefício, por si só, não seja capaz de abolir a influência política e ainda que os interesses institucionais de um órgão central nem sempre ofereçam um perfeito contrapeso aos interesses da agência, Demuth e Ginsburg (1986) defendem que a revisão por uma autoridade externa pode ser suficiente para justificar o processo de revisão: os reguladores devem prestar contas ao presidente antes de emitir suas regras e devem ser obrigados a demonstrar os custos e benefícios de suas regras tão exaustivamente quanto as circunstâncias permitirem.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, ao menos uma constatação relevante pôde ser feita: a AIR em sua forma retrospectiva é resultado de um longo processo de compreensão da regulação como um fenômeno dinâmico e vivo, dependente de trajetória e, portanto, sensível a mudanças circunstanciais.

A compreensão da regulação como um fenômeno estático, dependente de um esforço previsivo pontual compromete sua qualidade no longo prazo. Segundo a bibliografia especializada, um dos principais problemas da Análise de Impacto regulatório é sua aplicação pontual, exclusivamente antes da implementação da norma, na tentativa de prever ou estimar seus possíveis resultados. Muito embora as estimativas e previsões sejam importantes – e essenciais - para a edição da norma, a ausência de revisões periódicas compromete as realizações de objetivos democráticos. Isso porque as análises de impacto regulatório prospectivas possuem limitações informacionais que poderiam ser compensadas pelo processo revisional.

Boas regulações se beneficiam da cultura de análise permanente, por meio de revisões. O objetivo deve ser avaliar rigorosamente todas as regulações, a fim de expandir aquelas que funcionam e eliminar os que falham em promover ganhos de bem-estar (ou pior, que promovem perdas)⁷².

⁷² GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation.** New Perspectives on Regulation. 2009. P 112

Alguns autores defendem que é impossível saber os benefícios e custos de uma norma até que ela seja efetivamente testada. O sistema atual de análise prospectiva avalia políticas no momento em que sabemos o mínimo sobre sua eficácia, e, como qualquer decisor, o Estado é racionalmente limitado. Se os resultados são inerentemente incertos à partida, e as intervenções podem ter consequências não completamente antecipadas e mesmo não desejadas, a revisão do estoque regulatório passa a ser a medida mais adequada à correção das possíveis falhas regulatórias.

Além dos erros de previsão provocados pelas limitações informacionais, muitas são as possibilidades de mudanças de circunstâncias: talvez novas tecnologias tenham tornado essas regras obsoletas. Talvez haja um problema de redundância e sobreposição. Talvez os estados também estejam impondo requisitos e as regulamentações federais não sejam mais necessárias. Talvez o mercado privado agora esteja funcionando bem e as regulações antigas não façam mais sentido, já que não há mais a falha de mercado que ensejou sua edição. Todas estas possibilidades de alteração das circunstâncias iniciais, previsíveis ou não, só poderiam ser adequadamente identificadas na fase retrospectiva.

Este trabalho representa um esforço inicial de compreensão do tema, que – por sinal – também se revelou ainda mais rico e complexo do que poderíamos prever ao tempo da elaboração do projeto de pesquisa. A supervisão adequada do estoque de normas exige o uso eficiente de tempo e informação, dois insumos extremamente inelásticos e que avançam em proporções diretas. São visíveis os avanços, mas, mesmo nos Estados Unidos, ainda é clara a modernidade do tema. O processo de institucionalização da AIR retrospectiva ainda representa um desafio a níveis teóricos e práticos, mas o esforço parece valer a pena. Erros de previsão e mudanças de circunstâncias, identificadas pelas revisões podem ensejar a reavaliação e ajuste,

ou talvez mesmo a revogação da norma, conferindo sustentabilidade ao estoque regulatório. Por isso, mudanças legislativas e mesmo a criação de novas instituições são ideias valiosas que devem ser consideradas.

REFERÊNCIAS

BARAN, Michael S. **Cost benefit analysis: An Inadequate Basis for Health , Safety , and Environmental Regulatory Decisionmaking**. Ecology Law Quarterly. 1980. P 473, 572

BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. **Really responsive risk-based regulation**. LSE Research Online Documents on Economics 27632, London School of Economics and Political Science, LSE Library. 2010. P.183

COGLIANESE, Cary. **Institutionalizing Regulatory Lookback**. The Regulatory Review. 2013. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2013/06/10/10-coglianes-regulatory-lookback/>

COGLIANESE, Cary. **Moving Toward the Evaluation State**. The Regulatory Review. 2013. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2013/12/09/09-coglianes-evaluation-state/>

Coronavirus COVID-19 Global Cases. Centro de Ciência e Engenharia de Sistemas (CSSE)da Johns Hopkins University. Disponível em <https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>.

CROLEY, Steven. **White House Review of Agency Rulemaking: An Empirical Investigation**. The University of Chicago Law Review. Vol. 70, No. 3 ,2003. pp. 821-885

CZERINA, Dina. ALBUQUERQUE, Maria. **Modelos de inferência causal: análise crítica da utilização da estatística na epidemiologia**. Ponto de Vista. Rev. Saúde Pública 29 (5). 1995. p 415-423.

DEMUTH, Christopher C., GINSBURG, Douglas H. **White House Review Of Agency Rulemaking**. Harvard Law Review. Vol 99, pp. 1075 -1088.

DHS. **Preliminary Plan for Retrospective Review**. U.S. Department of Homeland Security. 2011

GREENSTONE, Michael. **Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation**. New Perspectives on Regulation. 2009. P 111-119.

LEVI-FAUR, David. **Regulation and Regulatory Governance**. Handbook on the Politics of Regulation. P.3

LUPU, Noam. **Party Polarization and Mass Partisanship: A Comparative Perspective**. Polit Behav 37, 331–356 (2015).

NETFLIX. **The Midnight Gospel**. Episódio 1. Temporada 1. (2020 -presente)

OIRA. **Circular A-4: Regulatory Impact Analysis: A Primer**. Office of Management and Budget. 2011. Disponível em https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/inforeg/regpol/circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf

SHAPIRO, Stuart. **The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decisionmaking**. Handbook on the Politics of Regulation p. 385

SUNSTEIN, Cass R., **The Regulatory Lookback**. Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, Forthcoming. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2360277>

SUNSTEIN, Cass R., **Too Much Information: Understanding What You Don't Want to Know**. MIT Press. 2020

WEIDENBAUM, Murray. **Regulatory Process Reform From Ford to Clinton**. Regulation, 1997. P 20-26

REFERÊNCIAS JORNALÍSTICAS

NUNES, Felipe; MEIRELES, Fernando. **Como o Brasil politizou a pandemia?**. JOTA INFO. 2020