

Como identificar fenómenos de *gold-plating*: desafios e soluções¹

How to identify “gold-plating”: challenges and solutions

Manuel Cabugueiraⁱ

Ana Sofia Figueiredoⁱⁱ

ⁱUniversidade Lusófona, Portugal

ⁱⁱInstituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, da Universidade de Lisboa, Portugal

Resumo:

A intervenção pública tem de encontrar um equilíbrio entre os objetivos inerentes à política pública e os impactos secundários que exerce sobre cidadãos e empresas ao condicionar a sua atividade e capacidade de decisão, bem como quando gera encargos. No quadro do processo legislativo europeu, esta dicotomia é ainda reforçada pela complexidade da cadeia regulatória, que inclui as instituições europeias e os Estados-Membros, pela aplicação do princípio da subsidiariedade e pelos objetivos de promoção da competitividade da economia europeia e de sustentação do mercado único.

É neste quadro que nos propomos discutir o tema do *gold-plating*, as razões da sua existência e as dificuldades práticas de identificação. Propomos, ainda, que se atribua particular atenção à possibilidade de olhar para este tipo de dinâmica na perspetiva da promoção da transparência do processo legislativo europeu.

Palavras-Chave:

Better Regulation; Legislar Melhor; Gold-plating; Transparência; Políticas Públicas.

¹ Este texto resume uma intervenção no painel “Transparency in the transposition of EU Directives: the cases of «nudging»and «gold-plating»”, Conferencia ICON’S, Mundo, setembro de 2021. Agradecemos os contributos e comentários de todos os participantes no painel.

Abstract:

Public intervention must find the balance between public policy objectives and the secondary impacts on citizens and businesses by conditioning their activity and decision-making capacity, as well as by creating burdens. Within the European legislative process, this dichotomy is further reinforced by the complexity of the regulatory chain, which includes the European Institutions and the Member States, by the application of the subsidiarity principle and by promotion the European economy competitiveness and the sustainability the Single Market.

It is in this framework that we propose to discuss the topic of gold-plating, the reasons for its existence and the practical difficulties of its identification. We also look at this type of dynamic from the perspective of promoting transparency in the European legislative process.

Keywords:

Better Regulation; Regulatory policy; Gold-plating; Transparency; Public Policies.

Submission: 24/07/2021

Acceptance: 20/08/2021

1. A practical approach to Gold-Plating

As iniciativas legislativas europeias têm por objetivo promover o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos, num ambiente de desenvolvimento sustentável respeitando os valores sociais europeus. A par daqueles objetivos primários, a implementação da legislação gera, no entanto, impactos secundários que se refletem sobre cidadãos e empresas, perturbando o funcionamento do mercado único e pondo em causa a

competitividade da economia europeia². Encontrar um equilíbrio entre estes dois tipos de impactos tem sido um desafio assumido pelos programas “Legislar Melhor”³.

Os programas de Legislar Melhor têm vindo a ganhar relevância, tanto pelas boas práticas motivadoras de exemplos de excelência internacionais, como pelo amplo envolvimento das instituições, Estados-Membros e partes interessadas (*stakeholders*)⁴. No centro deste programa, está uma preocupação com a qualidade da legislação, a sua capacidade para ser adequada aos objetivos e ajustada às necessidades de um futuro em mutação, sem criar de obrigações administrativas e de cumprimento excessivas que possam afetar a capacidade de decisão de cidadãos e empresas com repercussões na competitividade e no bem-estar. O seu sucesso depende, no entanto, não só da qualidade do processo legislativo ao nível das instituições europeias, mas também no momento da transposição e implementação nos Estados-Membros⁵.

É neste ecossistema de debate sobre a qualidade da legislação europeia e de determinação pela redução de encargos em prol de um mercado interno mais harmonizado e competitivo, bem como promotor de bem-estar a todos os cidadãos, que o tema do *gold-plating* permanece numa indefinição nebulosa, que permite trocas sucessivas de argumentos entre legisladores e envolvidos⁶.

² Ver EUROPEAN COMMISSION, “Better regulation for better results - An EU agenda”, COM(2015) 2015 final, Bruxelas 2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0215&from=EN>; OECD, “OECD Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance”, In OECD Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance, Paris, 2014, <https://doi.org/10.1787/9789264209657-en>; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, “Measuring administrative costs and reducing administrative burdens, in the European Union”, COM(2006) 691 final, Bruxelas, 2006, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_06_425.

³ Ver EUROPEAN COMMISSION, “Better Regulation—simply explained”, Bruxelas, 2006, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cccc188f-0d33-4c44-8407-eddd6242d967>; TSIPOURI, L. J., “Smart Governance of the internal market for business”, *European Economic and Social Committee*, Bruxelas, 2014. <https://doi.org/10.2864/97117>

⁴ Ver EUROPEAN COMMISSION, “Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Better regulation: Joining forces to make better laws”, COM(2021) 219 final, Bruxelas, 2021(a) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0219&from=EN>; EUROPEAN COMMISSION, “Commission Decision of 11.05.2020 establishing the Fit for Future Platform”, Bruxelas, 2020(a), https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/c2020_2977_en.pdf e EUROPEAN COMMISSION, “Better Regulation—simply explained”, Bruxelas, 2006, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cccc188f-0d33-4c44-8407-eddd6242d967>.

⁵ Ver EUROPEAN COMMISSION, “The European Union’s efforts to simplify legislation Annual Burden Survey 2020”, Bruxelas, 2020(b), https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/annual-burden-survey_2020_en.pdf.

⁶ Ver ATTHOFF, K., e WALLGREN, M, *Clarifying Gold-Plating - Better Implementation of EU Legislation*, Estocolmo, Näringslivets Regelnämnd NNR AB, 2019, <https://nnr.se/clarifying-gold-plating-better-implementation-of-eu-legislation/e> e SQUINTANI, L., “Gold-Plating: A Misleading Overarching Concept”, in *Beyond Minimum Harmonisation*, Cambridge University Press, 2019, pp. 13–71. <https://doi.org/10.1017/9781108646055.002>.

Considerando o desenvolvimento histórico do conceito de *gold-plating* fica claro que, na sua origem, se trata de uma ideia centrada nas empresas e na preocupação com a competitividade da UE e com o bom funcionamento do mercado interno da UE⁷. É neste sentido que acompanhamos o conceito proposto nas *guidelines* de *Better Regulation* nas quais se define “*gold-plating* como um processo pelo qual um Estado-Membro que tem de transpor ou implementar as Diretivas da UE para a sua legislação nacional, ou tem de implementar a legislação da UE, aproveita o processo de transposição para impor requisitos, obrigações ou normas adicionais aos que vão além os requisitos ou normas previstos na legislação transposta”⁸.

Neste texto, propomo-nos discutir questões relacionadas com a prática de *gold-plating* e, em concreto, com as razões da sua existência e as dificuldades associadas à sua deteção. Para tal, começamos por estender o conceito apresentado, acompanhando a proposta de países como o Reino Unido⁹ os Países Baixos ou a Suécia, quando às formas que o *gold-plating* pode assumir¹⁰:

- 1.º Acrescenta requisitos, obrigações ou normas para além daquelas que constam da diretiva;
- 2.º Estende o âmbito da diretiva;
- 3.º Não aproveita todas as derrogações permitidas pela diretiva;
- 4.º Mantem os requisitos ou as obrigações definidas pela regulação nacional, que são mais exigentes do que os estabelecidos pela diretiva em questão;
- 5.º Utiliza a implementação da diretiva para introduzir obrigações que saem do âmbito da diretiva;
- 6.º Recorre a mecanismos de implementação ou a sanções mais severos do que aqueles necessários para implementar a legislação

Cada uma das situações tem o potencial de aumentar os encargos suportados por cidadãos e empresas, prejudicando a sua competitividade e o bom funcionamento do mercado interno, pondo em causa o esforço para reduzir a fragmentação jurídica. A sua origem

⁷ Ver TSIPOURI, L. J., *EESC*, 2014; SQUINTANI, L., 2016 e MAGRANI, E., ALIJA, N. e ANDRADE, F., 2021, “Gold-Plating in Europe”, *e-Pública* (Forthcoming).

⁸ EUROPEAN COMMISSION, “Better Regulation Guidelines”, SWD (2017) 350, Bruxelas, 2017(a), <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/better-regulation-guidelines.pdf>

⁹ Reino Unido, enquanto Estado Membro da EU, era dos países mais ativos nesta discussão (HM Treasury, 2018, Department for Business Innovation and Skills, 2013 e Department for Business, E. & I. S., 2020).

¹⁰ Ver ATTHOFF, K., *Clarifying*, 2019 e SQUINTANI, L., *Beyond...*, 2019.

pode estar associada às opções regulatórias, densificando ou complexificando a regulação, i.e., às características das medidas adotadas (1.º, 2.º, 4.º, 5.º) ou ao processo regulatório (3.º e 6.º).

Nos próximos dois pontos, são abordadas cada uma destas situações, destacando as dificuldades práticas da sua identificação. No ponto 2., apresentamos a cadeia regulatória, que relaciona o processo legislativo europeu e o relaciona com os processos legislativos internos aos Estado-Membros, realçando os momentos de análise de casos de *gold-plating*, bem como as razões que os justificam. No ponto 3., abordamos a existência de *gold-plating* ao nível das medidas e a forma como pode ser identificado. No ponto 4. propomos novas perspetivas sobre a prática de *gold-plating*, abrindo espaço para outras reflexões.

2. Cadeia regulatória – obrigações vs flexibilidade

A complexidade do processo legislativo europeu decorre da sua estrutura multinível que envolve três dimensões: o da Comissão Europeia, o dos colegisladores – o Conselho e o Parlamento Europeu - e a cadeia legislativa interna dos Estados-Membros, que se sustenta no princípio da subsidiariedade¹¹. Neste sentido, para identificar as situações de *gold-plating* importa, em primeiro lugar, conhecer os objetivos e os limites da atuação da União Europeia estipulados nos Tratados, bem como o modo com decorre o procedimento legislativo a nível europeu e a sua relação com o procedimento nacional de cada Estado-Membro.

Os Tratados determinam as áreas sob as quais pode adotar legislação a UE, os governos nacionais ou ambos. É neste contexto que os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade¹² ganham expressão, pois a UE apenas pode intervir sobre os domínios que lhe forem atribuídos por via da ratificação dos Estados-Membros, tendo presente que essa intervenção se deve limitar ao necessário para que os objetivos dos Tratados sejam

¹¹ Ver TSIPOURI, L. J., *EESC*, 2014.

¹² Artigo 5.º do Tratado da União Europeia (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF).

alcançados e, nos casos em que ambos podem legislar, apenas nos casos em que se considere que a intervenção transversal da UE seja mais eficaz¹³.

Os domínios de competência exclusiva da UE na adoção de legislação, previstos no artigo 3.º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁴, são os seguintes: união aduaneira; estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; e política comercial comum.

Nos casos em que a competência é partilhada entre a UE e os Estados-Membros, importa ter presente que os Estados-Membros apenas poderão adotar legislação nos casos em que a UE não o tenha feito ou não o pretenda fazer. Os domínios de atuação neste caso são dez¹⁵, entre os quais se destaca, entre outros, o mercado interno, ambiente, defesa do consumidor, transportes, agricultura e energia.

Como referido anteriormente, o conceito de *gold-plating* está vinculado às políticas públicas centradas nas empresas e a argumentos promotores da competitividade do mercado interno, pelo que importa compreender o procedimento legislativo da UE, sob a lente dos programas de simplificação legislativa europeus (*REFIT Programm*). Só por via do cruzamento destas duas linhas de procedimentos administrativos europeus é possível conceber o mapa complexo da tomada de decisão, da intervenção externa dos interessados e da implementação das políticas públicas com origem europeia. É precisamente neste mapa que importa identificar os fenómenos de *gold-plating*, as suas origens e motivações, vistas tanto na perspetiva das instituições europeias como na perspetiva dos governos dos Estados-Membros.

Sendo certo que existem diferentes instrumentos jurídicos europeus, atendamos àqueles que cujo procedimento de adoção decorre de acordo com o processo legislativo ordinário¹⁶. Nestes casos, a iniciativa legislativa é da responsabilidade da Comissão Europeia, configurando-se esta fase do processo como o foco primordial do Programa

¹³ Ver BORCHARDT, K., “O ABC do Direito da União Europeia”, 93-139, União Europeia, 2017 <https://op.europa.eu/webpub/com/abc-of-eu-law/pt/> e MARTINS, A., *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 481-503.

¹⁴ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF).

¹⁵ Artigo 4.º do TFUE.

¹⁶ Artigos 289.º e 294.º do TFUE.

REFIT e cujas regras de operacionalização se encontram claramente definidas no Acordo Interinstitucional sobre Legislar Melhor¹⁷.

Neste contexto, a Comissão Europeia deve, antes de apresentar uma proposta aos colegisladores, descrevê-la num roteiro ou nota, decorrendo de seguida um processo de avaliação de impacto das diferentes alternativas para alcançar os objetivos de política pública. Ao longo dos últimos anos, este processo passou a ser acompanhado por processos de consulta pública transparentes e abrangentes¹⁸, garantindo assim uma recolha de evidências que se pretende ser completa, de modo a permitir que os exercícios e avaliação de impacto prévios refletem a realidade dos abrangidos nos diferentes contextos de cada Estado-Membro. A criação de Plataformas entre representantes dos governos dos Estados-Membros e grupos representativos das partes interessadas que representam organizações empresariais e não governamentais (anterior *REFIT Platform* e a atual *Fit-for-Future Platform*) são outros mecanismos de apoio à Comissão para dar voz aos envolvidos nos processos de simplificação da legislação europeia¹⁹.

Os relatórios de avaliação de impacto são ainda sujeitos ao escrutínio do *Regulatory Scrutiny Board* (Comité de Controlo da Regulamentação), cuja responsabilidade é a de assegurar a qualidade das avaliações por via da análise e emissão de pareceres sobre todos os projetos de avaliação de impacto, bem como sobre outras avaliações da legislação em vigor levadas a cabo pela Comissão²⁰.

Findo o processo, a Comissão, em função da natureza da proposta, envia o texto final da iniciativa ao Parlamento Europeu e ao Conselho, bem como aos Estados-Membros, podendo haver lugar à sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE). Este é o passo inicial do processo legislativo ordinário, que pode ser resumido de forma muito simplificada como um procedimento em que os colegisladores analisam e alteram a proposta inicial da Comissão em leituras sucessivas e atos de negociação, procurando-se chegar a um acordo relativo ao texto final para posterior adoção. Seja deste modo ou por via de processos especiais, as iniciativas legislativas adotadas são posteriormente

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, “Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making”, Bruxelas, 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.123.01.0001.01.ENG

¹⁸ De acordo com os relatórios da OCDE, (OECD, 2019, OECD, 2018(a), OECD, 2018(b) o processo de consulta pública da Comissão Europeia encontra-se entre melhores a nível mundial.

¹⁹ EUROPEAN COMMISSION, 2020(a).

²⁰ EUROPEAN COMMISSION, “Decision of the President of the European Commission on an independent Regulatory Scrutiny Board”, Bruxelas, 2020(c) https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/rsb_decision_23_01_2020_en.pdf

publicadas no JOUE, dando início ao processo de transposição ou aplicação por parte dos Estados-Membros.

Sendo certo que os regulamentos e as decisões são diretamente aplicáveis a partir da sua data de entrada em vigor, as diretivas implicam ainda um processo de transposição, sendo que o prazo para o efeito está previsto no texto da iniciativa e a Comissão deve assistir os legisladores nacionais neste processo, prevenindo assim casos de infração. Até ao final do prazo previsto, os Estados-Membros devem informar a Comissão quais são as medidas nacionais de execução e, desejavelmente, os casos em que optou pela aplicação de medidas mais restritivas – o *gold-plating*.

É chegado a este ponto da cadeia regulatória que se assiste à troca de argumentos sobre a origem dos encargos administrativos excessivos sobre as empresas, pois se por um lado a Comissão Europeia aponta a implementação e os consequentes casos de *gold-plating* como os motores da fragmentação jurídica e deterioração da competitividade do mercado único, também por outro os Estados-Membros acusam a Comissão Europeia de impor obrigações e tarefas administrativas onerosas para as empresas nacionais, em particular para as pequenas, médias e micro empresas, sem ter em consideração a realidade e especificidade do tecido empresarial de cada Estado. As demonstrações de esforços de redução de encargos são uma realidade tanto em relatórios da Comissão Europeia como dos Estados-Membros²¹.

Na mais recente Comunicação da Comissão Europeia, publicada em abril de 2021²², estão previstas diversas linhas de atuação para fomentar a competitividade do mercado interno e a recuperação económica dos Estados-Membros, apelado a que as instituições europeias, os governos nacionais, representantes de interesses e Comité das Regiões, se unam a este esforço de melhoria regulatória. Neste documento podem ainda encontrar-se duas referências claras ao esforço que a todos compete, nomeadamente aos legisladores – “reiteramos o apelo que lançámos ao Parlamento Europeu e ao Conselho para honrarem os seus compromissos assumidos no Acordo Interinstitucional sobre legislar melhor. Em particular, instamos as duas instituições a documentarem o efeito das suas alterações no que diz respeito aos impactos previstos”²³ e aos Estados-Membros – “a Comissão reitera

²¹ EUROPEAN COMMISSION, “Overview of the Union's Efforts to Simplify and to Reduce Regulatory Burdens”, Bruxelas, 2017(b), https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/overview-union-efforts-to-simplify-and-to-reduce-regulatory-burdens_en.pdf

²² EUROPEAN COMMISSION, 2021(a).

²³ EUROPEAN COMMISSION, 2021(a).

o seu apelo aos Estados-Membros para que a informem sempre que decidirem aditar elementos que não resultem da legislação da EU”²⁴.

Num último nível de evolução da cadeia legislativa encontramos o processo interno a cada Estado-Membro, que terá mais ou menos liberdade de transposição na forma como define os requisitos, obrigações ou normas adicionais ou no processo de implementação, podendo alterar a sua densidade, número de normas ou nível de concretização das normas de implementação (que Zhelyazkova e Thomann²⁵, denominam de restrição na implementação). Este processo de customização da legislação europeia para a dimensão nacional pode diluir as exigências (*watering down effect* de Zhelyazkova e Thomann²⁶) ou aumentar os níveis de exigência, *gold-plating*.

A customização pode resultar, apenas, da interpretação feita por cada Estado-Membro ou pode resultar de diferentes fatores²⁷:

- diversidade: necessidade de adequação à diversidade, às especificidades de cada Estado-Membro, nomeadamente a objetivos de política específica, mais ambiciosos na área social – *social plating*, ambiental – *green plating* (Jans set al., 2009), na justiça ou outras;
- inércia: quando já existem normas nacionais sobre o mesmo objeto pode ser mais simples não proceder à sua revogação;
- falta de coordenação: quando estão em causa intervenções que afetam diferentes áreas de governação, podem acontecer sobreposições ou incoerências que aumentem a complexidade de implementação;
- aversão ao risco: as normas nacionais podem apenas refletir a insegurança ou a aversão ao risco dos funcionários públicos, que assumem a responsabilidade da implementação;
- a proteção de grupos de interesse: quando a customização é desenhada de forma a proteger um grupo de interesses específico²⁸.

²⁴ EUROPEAN COMMISSION, 2021(a).

²⁵ ZHELYAZKOVA, A., e THOMANN, E., “‘I did it my way’: customisation and practical compliance with EU policies”, *Journal of European Public Policy*, 1–21, 2021, <https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1859599>

²⁶ ZHELYAZKOVA, A, *JEPP*, 2021.

²⁷ Ver TSIPOURI, L. J., *EESC*, 2014.

²⁸ O que estaria alinhado com a teoria da captura ou com a teoria económica da política. Para um resumo destas abordagens e confronto com a teoria do bem-estar ver NOLL, R. G., “Chapter 22 Economic

Estes fatores podem justificar um aumento da exigência legislativa ao nível dos requisitos, das obrigações ou das normas, mas também do processo de implementação, que, tanto pode, aumentar os encargos suportados por cidadãos e empresas, bem como, dificultar a sua atividade, alterando as condições da tomada de decisão e a estrutura de mercado (dificultando a entrada a manutenção ou a saída do mercado), diminuindo a eficácia pretendida no desenho original da legislação europeia e, podendo por em causa a competitividade e a consolidação do mercado único²⁹.

3. Identificar o fenómeno de *gold-plating*

Uma qualquer iniciativa legislativa integra medidas que, visando um benefício de interesse público, condicionam a atividade das empresas e a vida dos consumidores ou promovem o acesso de cidadãos e empresas a um benefício. Para além destes impactos diretos que visam a competitividade da economia e o bem-estar da sociedade, a iniciativa legislativa também gera impactos indiretos sobre os cidadãos ou empresa, seja porque impõem obrigações ou porque alteram a estrutura dos mercados e o ambiente de decisão.

O efeito prático destes impactos depende dos requisitos e das obrigações que são definidos, bem como do seu âmbito, i.e., da incidência de implementação no que se refere à população que pode incluir cidadãos e/ou empresas e, no último caso, um ou mais sectores económicos.

Os cidadãos ou as empresas podem ser afetados por encargos diretos, tais como a exigência de aquisição de equipamento ou contratação de serviços ou pelo pagamento de taxas ou de outro tipo de contribuições financeiras ao Estado, ou indiretos, porque recaem sobre eles obrigações de prestação de informação ou o cumprimento de tarefas que impliquem despendar tempo ou recursos. Ainda no que se refere a impactos indiretos,

perspectives on the politics of regulation”, in *Handbook of Industrial Organization*, 1989, pp. 1253–1287. Elsevier Science Publishers B.V. [https://doi.org/10.1016/S1573-448X\(89\)02010-8](https://doi.org/10.1016/S1573-448X(89)02010-8)

²⁹ Note-se que ZHELYAZKOVA e THOMANN (2021) desenvolvem um estudo estatístico do impacto do aumento de densidade e restrição na aplicação das regras europeias, concluindo que o aumento da densidade pode por em causa a eficácia da intervenção por aumentar os encargos e a complexidade de implementação. No entanto, o aumento da concretização das normas de implementação (aumento das restrições, segundo os autores) e a consequente diminuição da discricionariedade e o aumento da segurança jurídica podem aumentar a eficácia, principalmente quando a norma europeia deixa um grau de liberdade excessivo. Ver também, ZHELYAZKOVA, A., KAYA, C., e SCHRAMA, R., “When Practice Goes beyond Legislators’ Expectations: Analysis of Practical Implementation Exceeding Legal Compliance with EU Directives”, *Journal of Common Market Studies*, 56(3), 2018, 520–538, <https://doi.org/10.1111/jcms.12637>

tanto os cidadãos com as empresas podem ver a sua capacidade para decidir afetada pela criação de regras de acesso, permanência ou saída dos mercados ou pela alteração da estrutura destes mercados.

O circuito legislativo europeu, a que se fez referência no ponto anterior, transfere para o Estado-Membro a responsabilidade da transposição das diretivas europeias, o que implica a especificação das medidas concretas – requisitos, obrigações e âmbito - a adotar, bem como a definição do processo de implementação e monitorização. Deste processo decorrem as obrigações de informação ou outras tarefas a desempenhar. A liberdade que é concedida ao Estado-Membro nas duas situações permite a criação de fenómenos de *gold-plating*, que, tal como já referimos, podem ter diferentes origens, decorrendo da densificação ou complexificação das medidas adotadas³⁰ ou dos processos.

Relativamente à definição das medidas, o Estado-Membro estabelece os requisitos e as obrigações que concretizam a intervenção e o seu âmbito, i.e., a população sobre a qual incidem as medidas. Nestas duas dimensões, o Estado-Membro pode tornar os requisitos ou as obrigações mais exigentes (1.º acrescenta requisitos, obrigações ou normas para além daquelas que constam da diretiva) ou alargar o âmbito no momento da transposição (2.º estende o âmbito da diretiva). Em ambos os casos, há um potencial de aumento dos encargos a suportar pelos cidadãos ou empresas com impacto negativo na competitividade da economia, nacional e do mercado interno, e no bem-estar das sociedades.

A identificação de *gold-plating* nestas situações implica uma correta definição dos requisitos, obrigações ou normas e do âmbito de aplicação contantes da diretiva, o que depende da objetividade e clareza como os mesmos estão expressos no texto.

Em diferentes diretivas, as obrigações são expressas de forma genérica utilizando termos indeterminados, dificultado a identificação da exigência de base sobre a qual o eventual *gold-plating* pode ser determinado e calculado. Da mesma forma, o âmbito de aplicação, cidadãos e sector, pode não ser claro, deixando em aberto a sua concretização. Nestas situações, para efeitos de análise, a exigência de base poderá ser definida numa de duas formas: utilizar os textos que acompanham o processo legislativo europeu, em particular os que sustentaram a escolha de determinada medida tais, como a avaliação de impacto;

³⁰ Ver ZHELYAZKOVAe, A, *JEPP*, 2021 e ZHELYAZKOVA *et al*, *JCMS*, 2018.

alternativamente pela comparação com a forma como outros Estados-Membros procedem à transposição, i.e., pela identificação de situações de “*gold-plating* relativo”³¹

Ainda no que se refere à definição das medidas, a liberdade de transposição que é concedida aos Estados-Membros permite-lhes manter anteriores decisões na mesma área, as quais podem ser mais restritivas (4.º Mantêm requisitos ou as obrigações definidas pela regulação nacional, que são mais exigentes do que o previsto pela diretiva em questão) ou podem estender os mesmos objetivos a outras áreas de intervenção (5.º Utiliza a implementação da diretiva para introduzir obrigações que saem do âmbito da diretiva). A existência de *gold-plating* nestes casos levanta a questão da liberdade dos Estados-Membros, que podem manter objetivos de política pública que vão para além daqueles delineados pela União Europeia e que podem estar de acordo com os objetivos de bem-estar internamente definidos em áreas relevantes como o ambiente ou a igualdade social. Nestes casos de “*green plating*” ou de “*social plating*”, pode estar em causa a harmonização legislativa que favorece o mercado interno, diminui os custos de contexto e promove a competitividade, i.e., pode estar em causa a visão centrada nas empresas que sustenta o conceito inicial de *gold-plating*.

Para além da definição das medidas, os Estados-Membros estabelecem o processo de implementação e a monitorização, dos quais podem resultar encargos para cidadãos e empresas decorrentes de obrigações de prestação de informação ou de cumprimento com tarefas necessárias ao cumprimento das medidas (6.º Recorre a mecanismos de implementação ou a sanções mais severos do que aqueles necessários para implementar a legislação). A identificação deste tipo de *gold-plating* volta a levantar dificuldades de definição dos processos mínimos de base que constituem o contrafactual para determinação das exigências excessivas. A análise das sanções coloca particulares dificuldades estando dependente do quadro sancionatório geral do Estado-Membro, bem como do sucesso e das tradições da estrutura judicial.

Por último, o *gold-plating* pode resultar do custo de oportunidade e da perda de competitividade associado a uma transposição mais rápida, que (3.º) não aproveite todas as derrogações permitidas pela diretiva. Se as empresas de um Estado-Membro são sujeitas a um conjunto de obrigações num momento anterior ao necessário e àquele que é imposto

³¹ SQUINTANI, L. *Beyond...*, 2019.

às empresas concorrentes dos restantes Estado-Membro, estas vão suportar uma perda de competitividade e assumir um custo pela antecipação dos encargos regulatórios.

4. Passos adicionais para compreender o *gold-plating*

Identificado o fenómeno e compreendidas as motivações da sua aplicação, importa considerar quais as soluções futuras possíveis que permitam cumprir os objetivos de política pública consagrados nos Tratados tendo em vista o Mercado Interno, bem como assegurar a autonomia dos Estados através do reconhecimento das normas e regras de cada ordenamento jurídico.

Conforme a opinião da Plataforma REFIT de 2019³², é fundamental que a Comissão Europeia envide esforços para alertar e apoiar os Estados-Membros para a relevância do processo de transposição, de modo a assegurar o cumprimento dos objetivos de política pública almejados. Todavia, importa também que os legisladores nacionais recorram a ferramentas e processos de transposição transparentes, seja pela disponibilização de guias públicos de apoio à implementação das normas legais, como também pela divulgação transparente dos processos de implementação da legislação europeia em todos os níveis da cadeia regulatória nacional, incluindo os envolvidos.

Por outro lado, é igualmente necessário discutir a liberdade de cada Estado-Membro para manter a sua tradição ou ambição em determinadas áreas de intervenção pública, que justifiquem a adoção de medidas mais restritivas ou ambiciosas no que se refere a opções sociais, ambientais, de justiça ou outras.

Pelo exposto, é assim necessário aprofundar o conhecimento do fenómeno de *gold-plating*, seja porque se deve compreender os seus impactos na competitividade e no funcionamento do mercado único, seja porque se deve esclarecer quais as ambições que o sustentam ou seja até porque se deve exigir um processo legislativo de elevada qualidade e transparente.

A transparência pode ser, na verdade, o fator-chave para lidar com os fenómenos de *gold-plating*, tanto nos processos como nos resultados, o que nos remete para a maior

³² Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/xxii.9.a_transparent-transposition.pdf

adequação da expressão proposta pela Plataforma REFIT para este contexto: transposição transparente.

Para o efeito, considere-se a transposição transparente nos seguintes âmbitos de aplicação:

- a nível europeu na exata medida em que todos os Estados-Membros notifiquem, à semelhança do que sucede nos casos previstos no Sistema Europeu de Normalização, das normas previstas para implementação das diretivas, ou seja, dos fenómenos de *gold-plating* considerados, reforçando assim a autonomia dos Estados em equilíbrio com certeza jurídica necessária às empresas a atual no mercado interno;
- a nível nacional na identificação e avaliação do impacto dos fenómenos de *gold-plating*, comunicando-os de forma clara aos cidadãos e empresas abrangidas.

A transposição transparente não combate os fenómenos de *gold-plating*, mas antes torna-os visíveis, eliminando a componente pejorativa do conceito e destacando os benefícios dos processos transparentes e monitorizados. Este novo prisma de observação do fenómeno implica, e implicará ainda, uma transformação profunda do modo como decorrem os processos de negociação e transposição do direito da União Europeia, mas também do modo como os interessados acompanham os processos legislativos, desde o momento da apresentação das iniciativas legislativas até à avaliação dos resultados da implementação.

Neste texto fomos apresentando uma análise prática do conceito de *gold-plating*, no qual nos centramos na identificação das razões da sua existência, nos fatores para a sua identificação e na estrutura que o suporta. Esta reflexão deve ser, agora, complementada com uma análise de processos de transposição, que nos permitam aferir em exemplos concretos destes elementos constituintes do *gold-plating* e da relevância do conceito de transposição transparente.

Referências

1. ATTHOFF K, WALLGREN M, Clarifying Gold-Plating - Better Implementation of EU Legislation. Estocolmo: Näringslivets Regelnämnd NNR AB; 2019. <https://nnr.se/clarifying-gold-plating-better-implementation-of-eu-legislation/e>

2. SQUINTANI L. Gold-Plating: A Misleading Overarching Concept. In *Beyond Minimum Harmonisation*. Cambridge: Cambridge University Press; 2019. pp. 13–71. <https://doi.org/10.1017/9781108646055.002>
3. MAGRANI E, ALIJA N, ANDRADE F. Gold-plating in the transposition of EU Law. *e-Pública*; 2021 set; 8;(2):44-68.
4. BORCHARDT K. O ABC do Direito da União Europeia. *União Europeia*; 2017:93-139. <https://op.europa.eu/webpub/com/abc-of-eu-law/pt/>
5. MARTINS A. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2017; pp. 481-503.
6. ZHELYAZKOVA A, THOMANN E. ‘I did it my way’: customisation and practical compliance with EU policies. *Journal of European Public Policy*; 2021 jan 7:1-21. <https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1859599>
7. NOLL RG. Chapter 22 Economic perspectives on the politics of regulation. In *Handbook of Industrial Organization*. Elsevier Science Publishers B.V; 1989. pp. 1253-1287. [https://doi.org/10.1016/S1573-448X\(89\)02010-8](https://doi.org/10.1016/S1573-448X(89)02010-8)
8. ZHELYAZKOVA A, KAYA C, SCHRAM R. When Practice Goes beyond Legislators’ Expectations: Analysis of Practical Implementation Exceeding Legal Compliance with EU Directives. *Journal of Common Market Studies*; 2018; 56;(3):520–538. <https://doi.org/10.1111/jcms.12637>

Notas biográficas

Manuel Cabugueira

ECEO, Universidade Lusófona e investigador do projecto LegImpact: Legislative production as a means of carrying out public policies: quantitative analysis and socio-economic impact (fct project PTDC/DIR-OUT/32353/2017).

Universidade Lusófona

Campo Grande, 376

1749-024 Lisboa, Portugal

mcabugueira@ulusofona.pt

Ana Sofia Figueiredo

Doutoranda no Programa de Doutoramento “Administração e Políticas Públicas”, do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, da Universidade de Lisboa.

Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, da Universidade de Lisboa

Campus Universitário do Alto da Ajuda

Rua Almerindo Lessa

1300-663 Lisboa, Portugal

anasmartins@edu.ulisboa.pt