

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 143

julho/setembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Múltiplos de cidadania: o modelo da neojurisdição comunitário-européia

Jorge Fontoura

Sumário

1. Introdução. 2. Prestação jurisdicional e hipertrofia da cidadania européia. 3. Jurisprudência comunitária e cidadania múltipla. 3.1. O Acórdão Costa/ENEL: a primazia a favor do indivíduo. 3.2. O Acórdão Van Geend en Loos: empresa *versus* Estado. 4. O direito comunitário de segunda geração: o Acórdão Francovich. 4.1. A natureza da caso Francovich como exercício da cidadania múltipla. 5. Conclusões.

1. Introdução

O portentoso fenômeno da construção de blocos econômicos, paradoxal marco de paz do final do século XX, o mais belicoso século de toda história, entre todo o turbilhão de novidades que traz, inova e surpreende também com os inauditos espaços jurisdicionais comunitários.

Tais espaços, impensáveis há um átimo de tempo, ainda mais sob a ótica “estatólatra” do Direito, passam, a partir dos prodígios de renovação jurídica trazidos pelos ventos e marés da União Européia, a constituir-se em um mundo de todo novo também para o jurista. E não há como tergiversar diante da *débaçle* de certezas jurídicas sedimentadas, fulminadas pela hegemonia das idéias que preside à construção de blocos econômicos, derivada do querer coletivo e coordenado de Estados Nacionais, receptivos à autolimitação soberana e de subordinação à ordem comunitária.

Nas novas clivagens trazidas pelo direito comunitário europeu, celeremente cons-

Jorge Fontoura é Doutor em Direito Internacional Público pela Universidade de Parma, Itália, e pela Universidade de São Paulo, Consultor Parlamentar da Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal e Membro Consultor da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor -visitante do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná.

truído sobre os escombros de uma plethora de convicções seculares pretensamente dogmático-jurídicas, são inúmeros os exemplos do inexorável choque entre o que corajosamente deve ser feito e o que claramente precisa ser mudado, prosaica síntese da dialética da evolução. A forma como se deu a acomodação do princípio de direito inglês da supremacia do Parlamento ao *mandamus* comunitário de primazia e efeito direto de suas normas é, nesse sentido, um significativo e rutilante exemplo.

A assimilação do efeito direto das normas comunitárias deu-se de forma lenta porém incisiva. O direito inglês, conforme vimos, especialmente, foi obrigado a prodígios de criatividade e incomum desprendimento, no sentido de viabilizar juridicamente a adesão do Reino Unido às, então, Comunidades Européias. Para tal propósito, o *European Communities Act*, de 17 de outubro de 1972 (... Art. 2. (1) “*All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided by or under Treaties, or as in accordance with Treaties, are without further enactment to be given legal effect or used in the U.K. and shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly ...*”), concebeu uma inventiva fórmula de compromisso para conciliar o ancestral dualismo britânico com as ingentes necessidades da integração. Nos termos de seu art. 2, § 1, *supra*, por meio de um ato do Parlamento, incorporava-se não só o direito comunitário então existente, como ainda conformava-se uma espécie de adesão antecipada a todas as normativas comunitárias futuras, sem precedentes em qualquer ordenamento jurídico e mesmo na lógica jurídica, concedendo uma efetiva “carta branca” à Comissão Européia para legislar a *autrance*. De certa forma, foi somente no recente episódio das “vacas loucas” que a opinião pública britânica pôde efetivamente compreender o significado e abrangência institucional do *European Communities Act*.

A construção de um direito não-estatal, no sentido de gerado além das instâncias internas de *municipal law* e não proveniente da negociação estatal soberana e expressa, pelo viés do tratado internacional, ou mais remotamente pelo consentimento tácito com *opinio juris*, na forma do costume, conforme vem-se construindo o direito comunitário europeu, é prática inusitada e extravagante sob o ponto de vista do direito internacional público clássico, por excelência soberanófilo. Nesse sentido, seu ineditismo e atipia têm sido objeto de críticas de grande densidade doutrinária, com o trabalho de interpretação construtiva e aplicação interpretativa das normativas comunitárias européias pela Corte de Justiça das Comunidades Européias, no Luxemburgo, sendo considerado por muitos juristas como o colapso branco da velha democracia iluminista, com a imprecisão de ter a União Européia se construído à revelia dos parlamentos, sob a égide ilegítima da magistratura comunitária, em uma inaceitável *Europe des juges*.

Não há como se negar, de fato, a substancial natureza pretoriana da construção do direito comunitário, cujos princípios basilares vem sendo deduzidos a partir da jurisprudência luxemburguesa, proferida por quinze juízes que formal e materialmente não representam seus Estados, senão o compromisso apátrida da consolidação e do aprofundamento comunitários. Os quinze juízes e os nove advogados gerais que compõem a Corte são nomeados de comum acordo pelos governos, por seis anos renováveis por mais seis. De fato, cada um dos Estados-membros designa um juiz e os cinco maiores países – Alemanha, França, Itália, Reino Unido e Espanha – dispõem cada um de um advogado geral permanente, estabelecendo-se um sistema de rodízio para os quatro demais postos. Contando com três assessores pessoais, *les référendaires*, os magistrados comunitários usam o Francês como idioma de trabalho, com a cultura jurídico-comunitária impondo-se de forma a não identificá-los como representantes ou prepostos nacionais.

O aperfeiçoamento das relações políticas, econômicas e culturais dos Estados comunitários europeus tem sido, com efeito, rigidamente conduzido por uma neonata ordem jurídica, de todo inovadora em seus princípios e propósitos. A maciça adesão ao processo de integração europeia que se tem verificado, o seu inexorável sucesso político, recomendam, no entanto, dentro de uma concepção da Ciência do Direito como dúctil caudatária dos influxos sociais, antes que inflexível e dogmática condutora das sociedades, que à *Europe des juges* se contraponha a idéia correlata, porém distinta em essência, de *Europe du Droit Communautaire*.

A novidade e atipia do fenômeno de integração de Estados soberanos com o objetivo de formar blocos econômicos, surgido a partir do Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951, e substancialmente sofisticado com o Tratado de Roma, que instituiu as Comunidades Europeias, em 25 de março de 1957, determinaram a imediata criação do Direito Comunitário Europeu. Tomando por referencial o modelo adotado, que poderia grosso modo ser seguido em análogos processos de integração, o ordenamento jurídico comunitário comportaria três grupos de normas jurídicas, diferenciados a partir de suas fontes.

Cumprir assinalar que, nesse sentido, um dos fatores complicadores para o entendimento jurídico da integração reside, em nosso País, no pouco estudo que temos dedicado ao direito internacional público, considerado por significativa parte da comunidade jurídica como “perfumaria” de pouca ou nenhuma utilidade. Celso de Albuquerque Mello registra, com muita propriedade, no prefácio de recente edição de seu antológico Curso de Direito Internacional Público, Editora Renovar, o surrealismo da propalada abertura do Brasil para o mundo, em oposição à carência quase absoluta de conhecimentos jurídicos para a empreitada. Em verdade, ainda era possível, até há bem pouco tempo, o bacharelado jurídico em prestigiosas faculdades brasileiras sem cur-

sar-se a disciplina de direito internacional público, meramente facultativa ou mesmo “não oferecida”.

Destinado a aplicar-se em um espaço jurisdicional inusitado, envolvendo os territórios dos Estados-partes, o direito comunitário europeu tem o condão de conformar, em relação aos súditos dos quinze Estados comunitários, um formidável desdobramento das prerrogativas da cidadania.

A abordagem mais direta e atual que se poderia dar ao tema da cidadania europeia parte da exegese dos artigos 17 a 22 do Tratado de Amsterdã. Aqui se considera o vasto *acquis communautaire* já constituído, por meio do *status civitatis* conferido pela cidadania da União¹. Ao estipular que

“... é cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro. A cidadania da União é complementar da cidadania nacional e não a substitui”,

como está previsto no art. 17 do Concerto de Amsterdã, deu-se vazão à nítida *mens legis* de querer atribuir à cidadania comunitária natureza aditiva em relação àquela nacional, inteiramente ao sabor do que se pode expressar como *múltiplos de cidadania*. Ademais, é também o que celebra o precedente Tratado de Maastricht em seu artigo 8º, ainda que sem estipular de forma expressa que a cidadania da União é complementar à nacional e não a substitui².

No âmbito do presente trabalho, preferi, também, deixar de lado os instigantes e neonatos institutos da Petição ao Parlamento Europeu e ao Provedor de Justiça, nos termos do art. 21 do Tratado de Amsterdã. Abandonei, ainda, o fascinante tema de dimensão político-jurídica da neocidadania múltipla, como a inaudita capacidade eleitoral ativa e passiva, art. 19 do Tratado de Amsterdã, corolário da irrestrita liberdade de circulação e permanência.

Da mesma forma, não centrei meu estudo na questão da identidade externa que se tem buscado forjar como *acquis communautaire*, inclusive pela inovadora atribuição

alargada da proteção diplomática, nos termos do artigo 20 do Tratado de Amsterdã, o que em certa medida já tinha sido elaborado jurisprudencialmente no caso *Boukhalfa versus República Federal da Alemanha*, Processo C-214/94, Acórdão de 30 de abril de 1996.

A abordagem que preferi dirigiu-se à cidadania múltipla derivada da capacidade para a propositura de ações atribuída indistintamente a todos os jurisdicionáveis. Inédita sob todos os prismas, nomeadamente em se tratando de uma ação proposta pelo súdito contra seu próprio Estado patrial, ainda que pelos inefáveis meandros de representação via Comissão Européia, em alguns casos, feitos de tal cariz são hoje comuns no dia-a-dia da Justiça Européia e projetam-se como o motivo condutor do presente trabalho.

A ampliação da *facultas agendi* e da *norma agendi* do cidadão comunitário, imbuído de direitos e deveres perante a ordem jurídica comunitária, configura uma dinâmica não de direito internacional, porém de direito interno e de aplicação pelos próprios juízes locais. A legitimidade *ad causam* conferida aos indivíduos, que podem atuar *in pectore*, sem os tradicionais mecanismos de representação do “direito das gentes” (o filtro político da representação diplomática), conforma um novo matiz do exercício clássico da cidadania, atrelada ancestralmente a uma necessária ordem estatal, contra a qual nem a tutela internacional dos direitos humanos ousou atentar. Verifique-se que a previsão de salvaguardas como a da “exaustão dos remédios locais”, antes do emprego dos limitados e retóricos instrumentos dos quais a tutela internacional dos direitos humanos dispõe, é forma elegante de referir e preservar incólume a soberania estatal.

2. Prestação jurisdicional e hipertrofia da cidadania européia

A eficácia e efetividade da prestação jurisdicional comunitária, estendida também aos indivíduos, a proliferação do sentimen-

to de cidadania européia, enfatizada por uma série de programas políticos de grande profundidade, como a eleição direta para os membros do Parlamento Europeu (não se trata mais de grupos de representação de Parlamentos nacionais, a partir de 1979, e sim de representação direta da cidadania européia), a capacidade eleitoral difusa ativa e passiva, e o prestigiamento das regiões dos Estados-membros, muitas vezes em detrimento dos poderes centrais, com as autoridades locais, prefeitos, chefes de governos regionais, relacionando-se diretamente com a Comissão Européia, projeta e acendra o exercício de cidadania derivada. A hipertrofia da cidadania comunitária, revelada de forma intensa, inclusive em uma série de emblemáticas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, determinou mesmo o avanço político da própria Europa de instituições comuns.

À parte da Corte Européia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, alheia ao estrito âmbito da União Européia, por não dizer respeito a sua estrutura funcional, referindo-se a um processo paralelo de tutela internacional dos direitos humanos, fundamentada no direito internacional público clássico, a Corte de Justiça das Comunidades Européias, no Luxemburgo, tem promovido sobremaneira, em sua original atuação, o *status civitatis* comunitário, que, ao contrário de elidir ou restringir a cidadania originária, dá-lhe inteireza e funcionalidade, em especial tratando-se de demanda contra o próprio Estado patrial. Agora, nas novas relações do direito comunitário, os Estados podem ocupar o pólo passivo da relação processual ainda que muita vez demandado pela Comissão Européia, *sub iudice* não somente em relação a seu Poder Judiciário, mas como réu potencial na Justiça Comunitária, o que quer significar, como veremos, um espectro bem mais amplo do que a mera jurisdição estatal.

Em que pese estarmos há poucas décadas do início e ainda em pleno processo de consolidação e aprofundamento da Europa

de instituições comuns, já é no entanto possível asseverar que a construção comunitária é fundamentalmente um processo de construção jurídica. E também é a experiência recente que tem demonstrado, no modelo europeu, a vitalidade e a oportunidade da jurisprudência, diante do silêncio obsequioso dos tratados em relação a matérias vitais ou politicamente indesejáveis em um determinado momento histórico, o que não vincula a posterior faculdade decisória de uma instância judicial supranacional.

As características originárias do direito comunitário europeu, deduzidas a partir do Tratado de Roma, têm sido identificadas como AUTONOMIA, OBRIGATORIEDADE e UNIFORMIDADE DE APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO. O modelo seguido pelo direito europeu, para conformar tal uniformidade, foi surpreendente: valendo-se do instituto que se constitui na chave mestra ou válvula estabilizadora de todo o direito comunitário, os juízes nacionais, que são em última análise seus efetivos aplicadores, podem, sempre que a matéria permita, consultar, por via “pré-judicial”, a Corte do Luxemburgo, para que esta pronuncie a correta interpretação aplicável ao caso concreto. O ineditismo de tal julgamento, bem como os princípios de independência e livre convicção do juiz que adotamos, seguramente nos distanciam em muito de tal solução. O julgamento com a consulta prévia feita pelo juiz singular (facultativa), ou colegiado de última instância (obrigatória), em busca de um *prius logico*, conforme a sentença, por mais extraordinário que possa parecer, já é aplicado corriqueiramente na União Européia, nos termos do emblemático art. 177 do Tratado de Roma, 234 na versão de Amsterdã, assim redigido oficialmente na língua portuguesa:

“O Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial:

a) sobre a interpretação do presente Tratado;

b) sobre a validade e interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade;

c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça”.

Certamente a parte final do dispositivo, que constringe a via pré-judicial em casos de julgamentos nacionais de última instância (“...*talle giurisdizione è tenuta ...* “, no texto original do Tratado de Roma), é a que mais estupefaz e intriga a nossa visão latino-americana e logo iberogênica de exercício da jurisdição. Definitivamente, há muito de novo sob o sol.

3. *Jurisprudência comunitária e cidadania múltipla*

Às características originárias, subsumidas da interpretação literal do Tratado de Roma e de seus complementos institucionais, têm-se somado aquelas que, forjadas na jurisprudência luxemburguesa, apresentaram-se como *sine quibus non* à efetividade da integração contida no projeto europeu, a saber: a PRIMAZIA do direito comunitário sobre os ordenamentos jurídicos internos e o seu EFEITO DIRETO, sem os mecanismos de incorporação aos direitos estatais. Pelo seu caráter inusitado, essas inovadoras e surpreendentes clivagens têm sido designadas como direito comunitário de primeira geração, distinguindo-se do segundo grande passo jurisprudencial dado pela Corte do Luxemburgo, ao afirmar o princípio da responsabilidade do Estado pela violação

do direito comunitário, ainda que em relação aos seus próprios jurisdicionados, deduzido a partir do Acórdão Francovich, de 19 de novembro de 1991, e que vem sendo considerado direito comunitário de segunda geração³.

3.1. O Acórdão Costa/ENEL: A primazia a favor do indivíduo

No silêncio dos tratados institutivos das então Comunidades Europeias quanto à hierarquia das normas comunitárias em relação aos ordenamentos jurídicos internos (o que seguramente foi deixado pelo legislador comunitário para ser construído pela tessitura inquestionável dos fatos, em uma insuspeita inspiração de *common law*)⁴, já na primeira metade dos anos 60 a Corte do Luxemburgo constrói e prolata o princípio da primazia do direito comunitário. Com isso, consolida-se o entendimento de que normas internas posteriores não poderiam revogar o direito comunitário, fosse ele originário ou derivado, em que o contribuinte demandava o Estado italiano, por não-observância do Direito Comunitário.

Tratou-se do histórico Acórdão Costa/ENEL, em reenvio procedente da Itália, proferido em 15 de julho de 1964, que definiu o particularismo do direito comunitário em relação ao direito internacional clássico:

*“... le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communautaire”*⁵.

Dando contornos mais definitivos à característica da primazia, o *Aresto Simmenthal*, de 9 de março de 1978, sobre questão “pré-judicial” proveniente do Tribunal de Susa, na Itália,⁶ em causa da *Amministrazione delle Finanze* contra S.p.a. *Simmenthal*, determinou que “o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, a

disposição de direito comunitário tem a obrigação de garantir a plena eficácia de tais normas, deixando de aplicar por iniciativa própria qualquer disposição contrastante da legislação nacional, ainda que posterior, sem solicitar ou esperar a prévia modificação legislativa ou mediante qualquer outro procedimento constitucional”⁷.

Considerada a característica mais sacrílega do direito comunitário, sob o ponto de vista da concepção clássica do Direito, a primazia do ordenamento jurídico comunitário acabou por incorporar-se pacificamente à cultura jurídica europeia, tendo a jurisprudência comunitária recebido o respaldo de interpretações benignas de alguns textos constitucionais de Estados comunitários, como ocorreu na França, onde a arraigada concepção cartesiana de soberania foi suplantada pela inteligência pró-integração do art. 55 da Constituição da V República⁸

Também merece destaque o caso da Itália, onde reiterados arestos da Corte de Cassação consagraram o primado do direito comunitário, apoiados na interpretação extensiva do art. 11 da Constituição de 1946, historicamente destinado a permitir a adesão da República Italiana às Nações Unidas, no delicado contexto do segundo pós-guerra⁹.

Vale considerar, quanto à questão da primazia, que o direito comunitário suscita *insights* totalmente novos para um dos mais tradicionais temas debatidos no direito público clássico e que diz respeito às relações de potencial conflito entre o direito interno e o direito internacional, ou, dialeticamente, apenas não-interno na contingência do direito comunitário europeu. Diante dos novos quadros que se verificam na União Europeia, tendentes a aplicarem-se em virtuais direitos comunitários de blocos econômicos que, à imagem e semelhança da Europa, pretendam-se mercados comuns, as tradicionais doutrinas do monismo e do dualismo, bem como as antológicas teses de Tripel e Anzziloti, parecem irremediavelmente superadas por demandas inconcebíveis há apenas poucas décadas.

3.2. *O Acórdão Van Geende en Loos: empresa versus Estado*

O histórico processo *Van Geend en Loos*, julgado em 5 de fevereiro de 1963, que define jurisprudencialmente os termos do efeito direto do direito comunitário europeu, tem sido curiosamente considerado em doutrina, em que pese seu anterior julgamento em relação ao caso *Costa/Enel* (15 de julho de 1964), como corolário e decorrência inelutável da primazia.

Não expressamente previsto como princípio geral no Tratado de Roma, a dispensa da passagem do direito comunitário derivado (não contido nos tratados institutivos e seus eventuais protocolos adicionais) pelos tradicionais mecanismos de incorporação e recepção do direito interno, o efeito direto logo se consagrou na cultura jurídica comunitária, implementado pela jurisprudência do Luxemburgo.

Em verdade, o art. 189, “c”, do Tratado de Roma, ao estipular que os regulamentos comunitários eram diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico interno, deixou um imenso hiato em relação a todas as demais normativas comunitárias, em especial as diretivas, o que conduziu a Corte do Luxemburgo a realizar uma efetiva construção pretoriana do efeito direto. O ponto de partida, o caso *Van Geend en Loos*, estabeleceu a faculdade que os particulares têm de invocar o direito comunitário de qualquer natureza, já perante suas jurisdições nacionais, independentemente da eventual incorporação que se lhe tenha conferido por meio dos trâmites constitucionais ordinários.

Como clara decorrência doutrinária da primazia, o efeito direto recebeu definição mais acabada também pelo viés jurisprudencial, nos termos do Acórdão *Simmenthal*, prolatado em 9 de março de 1978:

“... a aplicabilidade direta significa que as regras de direito comunitário devem operar a plenitude de seus efeitos de uma maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir de suas entradas em vigor e durante to-

das as suas vigências; da mesma forma, tais disposições são uma fonte imediata dos direitos e obrigações para todos, quer se tratem de Estados-membros ou particulares que sejam partes em relações jurídicas relevantes de Direito Comunitário. Tal efeito concerne ainda a todo magistrado, que, no âmbito da competência da qual é investido, possui, enquanto órgão do Estado-membro, a missão de proteger os direitos conferidos aos particulares pelo Direito Comunitário”¹⁰.

4. *O direito comunitário de segunda geração: o Acórdão Francovich*

Ao julgar o processo C-6/90, firmando o acórdão de 19 de novembro de 1991 (“*Andrea Francovich e outros*” versus “*Repubblica Italiana*”), a Corte de Justiça das Comunidades Europeias decidiu que

“o direito comunitário impõe o princípio segundo o qual os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pela violação de direito comunitário que lhes sejam imputáveis...”¹¹

A responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares, compreendidas as pessoas físicas ou jurídicas, não está prevista em nenhuma disposição dos Tratados de Roma ou Maastricht, ou mesmo no Ato Único Europeu, ou em qualquer outro documento convencional da União Européia. Pelo mecanismo tradicional, a ação de incumprimento, solução que se depreende da inteligência dos artigos 169, 170 e 171 do Tratado de Roma, constituía-se em remédio ineficaz, já que se resolvia com pouca convicção a questão das sanções a serem aplicadas a um Estado comunitário faltoso. Diante da ação ou omissão estatal em relação ao direito comunitário, tal Estado deveria tão-somente tomar as medidas necessárias à execução do Acórdão decorrente, em uma típica atitude de *soft law*, ou seja, a redação retórica e pouco eficaz que se pode utilizar em tratados, dentro do espírito de

coordenação ínsito ao direito internacional público. Se, no entanto, o Estado nada fizesse, poderia apenas sofrer como consequência ou uma nova ação por incumprimento, dessa vez baseada no acórdão não cumprido, ou uma ação de natureza política, levada a cabo pelos Estado-membros insatisfeitos, o que poderia ocorrer ou não, em função das peculiaridades do caso objetivamente considerado. A propósito, Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro afirma, em sua tese de doutoramento, na Universidade de Coimbra, em 24 de novembro de 1995, que:

“... tomando em consideração este panorama, a única conclusão possível era a de que o cumprimento do direito comunitário e o próprio sucesso da construção comunitária dependia só e exclusivamente da vontade ilimitada dos Estados-membros. Fenômeno de direito internacional ainda que dotado de características próprias, o direito comunitário padecia aqui de uma mesma fraqueza, mais concretamente, ausência de uma sanção eficaz para a violação do princípio pacta *sunt servanda*”¹².

Por outro lado, Joël Rideau lembra que as ações ou inações dos Estados sempre tiveram a possibilidade de constituir violação do direito comunitário, suscetíveis de engajar suas responsabilidades¹³, tendo inclusive a Corte de Justiça Comunitária se manifestado expressamente, conforme ocorreu no Acórdão *Humblet*, de 16 de dezembro de 1960¹⁴

Também a revisão do Tratado de Maasticht, ao introduzir modificações no art. 171 do Tratado de Roma, criando sanções financeiras aos Estados inadimplentes do direito comunitário, com intuito meramente dissuasório, não chegou, no entanto, a viabilizar efetivas indenizações em relação a prejuízos sofridos por jurisdicionáveis comunitários, comprometendo o exercício da cidadania derivada, esta de natureza europeia.

A Corte do Luxemburgo permaneceu, a propósito, por longo tempo silenciosa sobre

a efetivação da responsabilidade estatal, aparentemente deixando à discrição dos Estados e de seus ordenamentos jurídicos uma eventual responsabilização do poder público. Tratava-se a toda evidência de matéria altamente polêmica e que trazia a lume o delicado contexto da remanescente autoridade do Estado, *vis-à-vis* o crescente espaço de poder granjeado pela “Europa Comum”.

Conforme observou Denys Simon, desde sua cátedra na Universidade Robert Schuman, em Estrasburgo, o pano de fundo para a construção do princípio da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário em relação a particulares, por meio do eficaz iter da elaboração jurisprudencial, já havia sido adredemente lançado, com a adoção dos princípios da primazia e do efeito direto.

Ao julgar o Caso *Francovich*, em verdade e mais amplamente, também o caso “Bonifaci e outras” *versus* “Republica Italiana”, contemplando uma diretiva sobre tutela de empregados em caso de falência do empregador, inatendida pela Itália, a Corte do Luxemburgo deu o terceiro e decisivo passo na construção jurisprudencial do direito comunitário europeu.

4.1. A natureza do caso *Francovich* como exercício da cidadania múltipla

Em janeiro de 1990, deram entrada na Secretaria da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, por despachos *a quo* de 9 de julho e 30 de dezembro de 1989, os processos C-6/90, Tribunal de Vicenza, Itália, e C-9/90, Tribunal de *Basano del Grapa*, Itália, para efeitos de reenvio pré-judicial, nos termos do art. 177 do Tratado de Roma, trazendo à mesa judicial comunitária, a questão da correta interpretação do artigo 189, parágrafo 3º, do mesmo Tratado de Roma, bem como a Diretiva 80/987 CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980¹⁵. Tal norma comunitária derivada referia-se à harmonização legislativa dos Estados-membros no que concerne à proteção dos trabalhadores

assalariados, em caso de insolvência do empregador, no sentido de constituírem-se fundos imediatamente disponíveis para a pronta e efetiva tutela econômica dos cidadãos abruptamente desempregados.

O primeiro dos processos, C-6/90, referia-se à demanda do Senhor Andrea Francovich contra a República da Itália, fundado na seguinte *causa petendi*: o autor tinha trabalhado para a empresa CDN Elettronica S.n.C., em Vicenza, de 11 de janeiro de 1983 a 7 de abril de 1984, tendo apenas recebido pagamentos esporádicos por conta de seu salário, pelo que demandou o empregador no Tribunal de Vicenza, que condenou a empresa, por decisão de 31 de janeiro de 1985, a pagar ao reclamante a quantia de 6 milhões de Liras italianas.

Na fase de execução da sentença, o oficial de justiça certificou a negativa de penhora, estando o estabelecimento fechado, dilapidado e abandonado, pelo que invocou então Andrea Francovich o direito de obter as garantias contempladas pela Diretiva comunitária que não havia sido cumprida pelo Estado italiano.

O processo C-9/90, que foi poucos meses posterior ao Caso *Francovich*, era totalmente análogo e dizia respeito à ação proposta por Danila Bonifaci e outras contra a empresa Gaia Confezioni S.r.L., que foi declarada em situação falimentar em 5 de abril de 1985, sem possibilidades de indenizar as reclamantes. Da mesma forma, pleiteou-se então junto à Justiça italiana, no Tribunal de *Basano del Grapa*, diante da insolvência da ré, a responsabilização da República Italiana por não ter obedecido a diretiva 80/987, violando dessa forma o direito comunitário. Tal *status quaestio* levou o juiz italiano a suspender a instância, até que a Corte do Luxemburgo decidisse, a título “pré-judicial”, a efetiva natureza da responsabilidade do Estado, diante da pretensão dos particulares destinatários do dano.

Com o reenvio pré-judicial à Corte do Luxemburgo, procedido pela Justiça italiana, suspendeu-se o julgamento até 19 de novem-

bro de 1991, quando da publicação do Acórdão *Francovich*, fadado historicamente a marcar a mais importante evolução instrumental do direito das comunidades européias e significativamente vinculado ao exercício do direito de petição, apenas que projetado a uma nova órbita jurisdicional, agora de natureza comunitária.

Nos anos que se seguiram, inúmeras causas análogas às demandas italianas foram trazidas à Corte Européia, com a responsabilidade do Estado sendo detalhadamente construída e lapidada a partir da violação do direito comunitário, em especial nos Acórdãos “Brasserie du Pêcheur” (Processo nº C-46/93)¹⁶ e “Factortame”. Referindo-se não mais a indivíduos como vítimas de prejuízos materiais e sim a empresas, tivemos, no primeiro caso, uma cervejaria francesa demandando a República Federal da Alemanha por danos sofridos diante de barreiras não-tarifárias que impediram a livre circulação de seu produto, em flagrante violação do artigo 30 do Tratado de Roma, tendo o reenvio pré-judicial procedido da Suprema Corte Federal alemã. No segundo caso, originário da *High Court*, Reino Unido, havia uma demanda proposta por armadores espanhóis da empresa Factortame, que, tentando operar no Reino Unido, foram impedidos, haja vista uma série de exigências nacionais de domicílio e residência de proprietários de navios, totalmente extravagantes ao bom direito comunitário.

5. Conclusões

De toda a sorte, o princípio da responsabilidade estatal deduzido a partir do caso *Francovich*, o mais importante aperfeiçoamento instrumental do direito comunitário europeu, consagra-se como indiscutível consequência inerente ao sistema de tratados de construção e consolidação da Europa de instituições comuns. De resto, o aporte que traz ao exercício da cidadania européia parece ser definitivo.

No momento em que o Mercosul decididamente supera sua fase de decisões semi-

nais, para como marca internacionalmente vencedora afirmar-se na qualidade de efetiva terceira união aduaneira de toda a História (o *Zollverein*, do processo de unificação alemã, e o Tratado de Roma das comunidades européias são os dois outros casos efetivamente relevantes), e diante do inexorável aprofundamento das relações entre os países signatários do Concerto de Assunção de 26 de março de 1991, a reflexão concernente aos aspectos aqui abordados, a saga da construção do direito comunitário europeu projeta-se com grande significado e interesse. Nesse passo, é importante considerarmos os chamados déficits institucionais de que padece o Mercosul, criteriosamente elencados nos estudos de Jorge Grandi, recentemente publicados em Madri¹⁷

É certo que, nos processos de integração, não há modelos e cada projeto é um conjunto próprio de circunstâncias políticas, históricas e mesmo geográficas. Como asseverou Fausto de Quadros em conferência proferida em Brasília, no Encontro Internacional sobre Questões Jurídicas da Integração, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça, em 29 de novembro de 1996, "... a História até pode ser uma versão, mas a Geografia será sempre e necessariamente um fato". Não será a imagem e semelhança do modelo europeu de integração que irão garantir o sucesso da construção de blocos econômicos, como as imensas dificuldades que vêm sendo enfrentadas pela Comunidade Andina parecem demonstrar com clareza solar. Como, no entanto, na feliz expressão do professor e historiador Estevão Chaves de Rezende Martins, "... ninguém nasce em um mundo vazio de História"¹⁸, é imperioso que, lançando os olhos para a experiência européia, dela saibamos, com desassombro e discernimento, haurir o que há de boa lição.

A conquista de direitos auferidos pela cidadania européia, por meio do direito comunitário, é notável. Conforme vimos, a legitimidade *ad causam*, ainda que contra seu próprio Estado patrial, não mais tão-somen-

te à luz do direito nacional, conduz a cidadania a prodígios nunca dantes verificados. A considerar que a conquista de tais direitos, contra o querer desmedido dos déspotas e depois do próprio Estado nacional moderno, foi, desde sempre, um formidável marco do triunfo da civilização contra a barbárie, resta tão-somente destacar o grande momento ora vivenciado pela Europa de instituições comuns.

Vale, por último, consignar, conforme as valiosas lições de Antônio Remiro Brotóns, catedrático de direito internacional público da Universidade Autônoma de Madri, em seu memorável curso para o diploma de estudos avançados de integração (CEFIR - Centro de Formación para la Integración Regional, Grupo do Rio/União Européia, Punta del Este, Uruguai, fevereiro/março de 1998), que, apesar de seus múltiplos sucessos, o processo de integração européia carece sempre e cada vez mais de uma visão crítica e reflexiva.

Almejamos, dentro de tal perspectiva, que, com a mesma prudência política, energia criadora e coragem em direção ao futuro, a Europa saiba conduzir, doravante, o difícil dilema que se criou, inevitável subproduto das conquistas de sua própria cidadania. Trata-se da ingente questão da exclusão social extracomunitária, verdadeiro hiato de prática democrática, espaço no qual perdura ainda, infelizmente, todo um caminho a construir.

Notas

¹ MOURA RAMOS, Rui Manuel de. *Maastricht e os Direitos do Cidadão Europeu*. Coimbra : Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito, 1994.

²Embora o tema se revista de uma flagrante modernidade, haja vista o tratamento recente como *lege lata* e mesmo dos estudos doutrinários, o *acquis communautaire* pró-cidadania comum é um velho e recorrente tema no inconsciente coletivo europeu-rista. Erigir as Comunidades Européias não exclusivamente com o espírito de mera integração econômica, dando-lhe feição política e, fundamentalmente, social, é um compromisso claramente oni-

presente na história e mesmo na pré-história da integração. A propósito, cumpre compulsar o pre-mônico verbete *cittatananza*, de autoria de Rolando Quadri, publicado em 1959, no *Novissimo Digesto Italiano*.

³Ainda que não devidamente elaborado doutrinariamente, em muito devido a sua total novicidade, a obrigação de o juiz nacional aplicar “de ofício” o direito comunitário, independentemente da invocação das partes, passa a constituir-se no mais recente desdobramento jurisprudencial do direito comunitário europeu, a partir dos Acórdãos Jeroën Von Schijndel” (Processos C-430/93 e C-431/93) e *Peterbroeck* (Processo C-312/93). Prolatados em 14 de dezembro de 1995, os dois rumorosos acórdãos projetam-se como a mais recente e instigante questão jurídico-comunitária, fadada a transportar-nos a um hipotético direito comunitário de novíssima ou terceira geração.

⁴“*Sans doute, les fondateurs des communautés ont voulu faire preuve de prudence politique et les Traités de Paris et de Rome ne contiennent aucune dispositions expresse du type allemand: ‘bundesrecht brichtes landesrecht’, le droit federal brise le droit local – consacrant la primauté. Mais l’absence d’une règle explicite sur ce point sur les traités ne préjuge évidemment pas de souhait implicite des pères fondateurs de l’Europe de voir consacrer la supériorité du droit communautaire*”. BERRANGER, Thibaut de. *Constitutions nationales et construction communautaire*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

⁵Processo nº 6/64, Recueil, p. 1141, CJCE.

⁶Processo nº 106/77, Recueil, p. 629, CJCE.

⁷“Il giudice nazionale incaricato di applicare nell’ambito della propria competenza le disposizioni di diritto comunitario há l’obbligo di garantire la piena efficacia de tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa remozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”. POCCAR, Fausto. *Lezioni di diritto delle comunità europee*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1979.

⁸“Art. 55 – *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leurs publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre.*”

⁹“Art. II – *L’Italia repudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con le altre Stati, alle limitazioni de sovranità necessarie ad un ordinamento che assicure la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”.

¹⁰Processo nº 106/77, Recueil 1978, p. 629, CJCE.

¹¹Processo nº C-6/90, Recueil, p. I-573, CJCE.

¹²RIBEIRO, M.C.C.M. *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*. 1. ed. Coimbra : Almedina, 1996.

¹³RIDEAU, Joël. *Droit institutionnel de l’union et des communautés européennes*. 2. ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

¹⁴Processo nº C - 6/60, Recueil 1128, CJCE.

¹⁵Jornal Oficial das Comunidades Europeias, JOCE, nº L 253, 20 de outubro de 1980, p. 23.

¹⁶“*L’importance de l’arrêt rendu par la Cour de Justice de 5 mars 1996 dans ces affaires mérite sans aucune doute une appréciation à souligner le souce d’elaborer un système complet de protection du particulier dans l’ordre juridique communautaire. En effet il complète de manière decisive la construction par le juge communautaire d’une véritable théorie de l’action en responsabilité fondée sur la violation du droit communautaire par les autorités nationales, malgré le contexte lui aussi particulière, dans lequel s’inscrivaient les deux litiges au principal.*

Dans les deux cas en effet, la violation du droit communautaire, à l’origine du préjudice allégué par les requérantes, trouvait sa source dans une omission ou une action du législatuer national”. RIGAUX, Anne. “*L’Arrêt Brasserie du Pêcheur – Factortame III: le roi peut mal faire en droit communautaire*”. Strasbourg : Editions du Juris, Europe, maio de 1996.

¹⁷Grandi, Jorge. “*Los siete desafíos y los siete déficits de la integración para America Latina*”. Madrid, n. 24, Síntese, 1996. “... *Se analizan dos de las asignaturas pendientes que registran gran parte de los procesos de integración y los nuevos regionalismos: el déficit democrático y el muy íntimamente asociado déficit social. En Europa estas asignaturas han llegado a afectar la credibilidad de un proceso exitoso com más de cuarenta años de existencia. En el TLCAN, en el ALCA - así como en el MERCOSUR y la Comunidad Andina - estas cuestiones generan creciente preocupación e interés por parte de los actores socio-económicos y políticos.*

En América Latina estos temas han sido tímidamente abordados y poco estudiados a pesar que el binomio participación-cohesión social y económica constituye el cimiento esencial de todo proyecto común interestatal como es la integración. Frente a una ambiciosa integración múltiple y simultánea llena de desafíos, riesgos y oportunidades como la que viven las Américas - y el mundo en general - estos déficit generan alta tensión. El estudio reflexiona sobre la necesidad de romper el círculo vicioso y transformalo en virtuoso mediante la coordinación de un buen grado de direccionalidad, gestionabilidad y gobernabilidad; en suma, de institucionalidad para hacer funcionar en forma permanente un conjunto de interacción humana tan complejo como es el que se genera en un proceso de integración.”

¹⁸Correio Braziliense. Estudos. Fls.38, edição de 14 de novembro de 1995.

Bibliografia

- BERRANGER, Thibaut de. *Constitutions nationales et construction communautaire*. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1997.
- FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 35, n. 140, out./dez. 1998.
- Lineamentos para um direito comunitário, *Boletim de Integração*. n. 7. Brasília : Ministério das Relações Exteriores, Itamaraty, 1993.
- GRANDI, Jorge. Los siete desafíos y los siete déficits de lá integración para America Latina. [s.l.] : Síntese, n. 24, 1996.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel. Maastricht e os direitos do cidadão europeu. Coimbra : Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito, 1994.
- POCAR, Fausto. *Lezioni di diritto delle comunità europee*. Milano : Giuffrè, 1989.
- QUADRI, Monaco et alii. Trattato istitutivo della comunità economica europea. Milano : Giuffrè, 1970.
- QUADROS, Fausto de. Direito das comunidades europeias e direito internacional público. Lisboa : Teses/ Almedina, 1991.
- RIBEIRO, M.C.C.M. *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*. 1. ed. Coimbra : Almedina, 1996.
- RIDEAU, Joel. *Droit institutionnel de l' union et des communautés européennes*. 2. ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.
- RIGAUD, François. *Droit Publique et Droit Privé dans les relations internationales*. Paris : Pedone, 1976.
- Rigaux, Anne. *L'Arrêt "Brasserie du Pêcheur – Factortame III: le roi peut mal faire en droit communautaire*. Strasbourg : Editions du Juris, Europe, maio de 1996.
- SCHWARCENBERGER, George. *International law and order*, Steves and Sons. London : [s.n.], 1971.
- SCOVAZZI, Tullio et alii. *Corso di diritto internazionale pubblico*. 2 volumes, Milano : Giuffrè, 1992.
- VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international publique*, Paris : Pedone, 1970.
- ZANINI, Gustavo. "Reflejos del derecho comunitario sobre el derecho nacional". In: *Revista da Faculdade de Direito/USP*. v. 65, São Paulo : [s.n.], 1970.