

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 143

julho/setembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como orientadora do novo direito

Véra Maria Jacob de Fradera

Sumário

1. Introdução. 2. A interpretação dos objetivos da União Européia pela Corte de Justiça da Comunidade Européia e a formação do *novo direito*. A) A *liberdade*, princípio estrutural do sistema jurídico comunitário, e sua interpretação pela jurisprudência da CJCE. B) O princípio da igualdade ou da não-discriminação: um princípio dotado de múltiplas faces. C) A solidariedade. 3. Os princípios gerais do Direito e a criação do direito pela CJCE. 4. Conclusão.

1. Introdução

Sabemos todos que o Direito Comunitário é um Direito *sui generis*, criado a partir de tratados internacionais e tendo em vista, pelo menos na sua primeira fase, um objetivo de carácter económico, qual seja, o de estabelecer um Mercado Comum, cujos fundamentos repousam nas denominadas *quatro liberdades*: liberdade de circulação de *peçoas*, de *bens*, de *capitais* e de *serviços*. Como elemento essencial para a efetivação dessas liberdades, deverá ser assegurada a *livre concorrência*.

Por outro lado, não sofreu esse Direito, como todos os demais, a influência da História, da Filosofia e de uma determinada crença religiosa. É um Direito criado artificialmente. Não obstante, forma um *sistema jurídico*, de tipo aberto, porquanto influi nos sistemas nacionais e sofre influência de sua parte (deles), resultando, dessa relação, algo muito original, tanto no que se

Véra Maria Jacob de Fradera é Mestre em Direito Comunitário pela Universidade de Paris II, Professora na UFRGS e Advogada em Porto Alegre, RS.

refere ao aspecto institucional como ao âmbito do Direito privado.

Entre os múltiplos aspectos insólitos que caracterizam o Direito Comunitário, merece especial destaque o papel da *jurisprudência* da Corte de Justiça da Comunidade Européia, CJCE, na interpretação, criação e formação desse direito.

Na verdade, é possível afirmar, sem temor de cometer uma falta, que o Direito Comunitário é, em grande parte, um produto jurisprudencial.

Com efeito, a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia vem construindo, desde os primórdios da criação da União Européia, um direito de origens e características muito distintas daquelas encontradas em todos os demais sistemas jurídicos existentes.

O trabalho criador da jurisprudência da Corte Européia tem sido, como notório, de extrema riqueza e inegável originalidade.

Num estudo de reduzidas dimensões como esse que estamos desenvolvendo, não se pode, é óbvio, abordar o tema exaustivamente. Dessa sorte, deter-nos-emos em apenas dois campos em que a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia tem contribuído com maior eficiência à formação do *novo direito*.

Antes de abordarmos a questão relativa ao papel da Corte no âmbito do Direito Comunitário, convém esclarecer o sentido da expressão *novo direito*.

A constatação de que nosso século chega ao final, assim como a percepção de novos contornos na vida social, determina uma específica missão atribuída aos operadores do Direito dotados, em geral, de uma cosmovisão bem distinta daquela dos legisladores do início do século, no sentido de elaborar as formas ideais de regulação do convívio social, porquanto as transformações ocorrem em todos os setores da vida, da arte e das ciências. E o Direito, ciência de carácter cultural, produto da atividade do homem e a ele destinada, necessita, talvez mais do que qualquer outro ramo do conhe-

cimento, de alterações necessárias ao ajustamento às exigências da sociedade do século vindouro.

O novo homem, inserido numa sociedade dominada pela *massificação*, pela *tecnologia*, pela *internacionalização*, necessita criar um direito adaptado às formas atuais de convivência social. É a partir das características da sociedade deste fim de século que vem sendo elaborado um direito cujo centro é o Homem. Sendo o sistema voltado para o Homem, os valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade são postos em relevo em todos os setores do Direito, com maior ênfase nas áreas da família, contratos e propriedade, pilares básicos do sistema jurídico.

Assim sendo, tanto o legislador, como o aplicador do Direito devem voltar-se para a construção de formas mais flexíveis de regulação da vida social, surgindo dessa necessidade as denominadas *normas narrativas*¹, cujo teor é constituído por *valores*.

No que diz respeito à União Européia e ao Mercosul, a criação de um Mercado Comum na Europa e de uma Zona de Livre Comércio na América do Sul tem em vista objetivos condizentes harmonicamente com essa maior consideração ao Homem, centro do ordenamento jurídico nesse final de século. Tanto isso é verdade que os mercados regionalizados supõem as antes referidas quatro liberdades (circulação de pessoas, bens, serviços e capitais) completadas pela livre concorrência, que nada mais é do que uma expressão do princípio da igualdade, no sentido de possibilitar a todos o acesso ao mercado em idênticas condições.

Como se sabe, a questão da concorrência tem sido objeto de inúmeros estudos nos Estados Unidos, cuja lei *anti-trust* é tida como modelo em vários países. Mas é reconhecidamente na Alemanha, mais do que em qualquer outro ordenamento, que vem sendo dada maior ênfase à necessária observância do *princípio da igualdade* relacionado à livre concorrência. Se todos são iguais perante a lei, todos devem ter acesso ao mercado, proibida toda e qualquer discriminação².

Ademais dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, promovem os mercados regionalizados outro valor fundamental, o da *solidariedade*, como um reverso dos direitos. Assim, fala-se em *direito-dever* de trabalho e se prescreve a colaboração dos cidadãos no desenvolvimento material e cultural da sociedade.

A expressão *novo direito* representa, pois, uma concepção absolutamente inédita das relações entre direitos nacionais e a esfera supranacional, distinta da clássica, internacional. O *novo direito* sobrepõe-se de tal forma aos direitos nacionais, justamente em virtude da sua peculiar natureza (*primado* sobre o direito nacional, *imediatidade*, etc.), que *as normas nacionais só terão caráter cogente à medida que estiverem de acordo com as diretrizes traçadas pela esfera supranacional*.

Tendo em vista os aspectos que vimos de destacar em relação ao papel da Corte de Justiça da Comunidade Européia na interpretação e aplicação do *novo direito*, nosso breve estudo analisará *a interpretação dos objetivos da União Européia pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, CJCE, (I) e a subsequente criação do novo direito* e, a seguir, *os princípios gerais do Direito Comunitário e sua descoberta pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, em conformidade com o conceito pós-moderno de direito (II)*.

2. A interpretação dos objetivos da União Européia pela Corte de Justiça da Comunidade Européia e a formação do novo direito

Como muito bem observou Pierre Pescatore³, os tratados instituidores das Comunidades estão *impregnados de teleologia*, pois, diversamente de quaisquer outros, são *inteiramente fundados sobre a noção de objetivos a atingir*, objetivos que podem ser sintetizados em duas palavras: a realização de um Mercado Comum e, em segundo lugar, já como uma consequência do atingimento desse objetivo, o estabelecimento da unidade política.

Dessa sorte, a jurisprudência da CJCE vem-se inspirando desses objetivos, desenvolvendo paulatinamente o que podemos denominar um *novo direito*, no sentido de que o produto da interpretação teleológica dos tratados resulta em uma concepção de Direito voltada para *valores*, de acordo com a atual concepção de Direito.

Para melhor ilustrar nossas assertivas, faremos alusão a algumas decisões em que estão destacados os valores da *liberdade*, da *igualdade* e da *solidariedade*, valores fundantes do Direito Comunitário, com influência nas suas (deles) concepções dos sistemas nacionais.

A) A liberdade, princípio estrutural do sistema jurídico comunitário, e sua interpretação pela jurisprudência da CJCE

Uma primeira observação a respeito do Direito Comunitário já revela seu principal alicerce, o princípio da liberdade, expresso nas quatro liberdades, acrescido da noção de livre concorrência. Em relação ao elenco de liberdades constantes dos tratados comunitários, caberia indagar se esse elenco é taxativo ou apenas exemplificativo. De acordo com a maioria da doutrina, trata-se de relação apenas exemplificativa, tanto é que a terminologia utilizada pelos tratados representa uma fórmula para dissimular uma grande lacuna do sistema comunitário no que se refere a uma concepção geral de *liberdade de comércio*, já presente em outros tratados, bem mais antigos, o *Zollverein* alemão, por exemplo⁴. Nesse tratado, de 22 de março de 1833, o próprio preâmbulo refere como seu objetivo *a liberdade de comércio e de tráfico profissional*⁵.

Talvez pelo fato de existir uma lacuna dessa natureza nos textos dos tratados é que a CJCE tenha desenvolvido tão importantes aplicações do princípio da liberdade de comércio. Alguns exemplos, apenas para ilustrar, pois em espaço tão reduzido é impossível aprofundar a questão. Em relação à *liberdade de circulação de pessoas*:

decisão *Hessische Knappschaft*, de 9 de dezembro de 1965, Rec. 44/65, p. 11 981, concl. J. Gand; decisão *R. Rutilli c. Ministre de l'Intérieur*, 28 de outubro de 1975, Rec. p. 1219, concl. H. Mayras⁶, etc. Em relação à *liberdade de estabelecimento*: decisão *J. Thieffry c. Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris*, 71/76, Rec. p. 765, concl. H. Mayras. Com referência à *liberdade de prestação de serviços*, decisão *J. H. M van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsleven voor Metaalnijverheid*, aff. 33/74, de 3 de dezembro de 1974.

No que diz respeito à *livre circulação de capitais*, a mais importante decisão⁷ sobre essa matéria é datada de 11 de novembro de 1981, *G. Casati*, questão proposta pelo Tribunal de Bolzano, aff. 203/80 rec. p. 2 595, concl. Caportorti⁸. Com relação à *liberdade de circulação de mercadorias*: decisão *Grosoli*, datada de 12 de dezembro de 1973, questão proposta pelo Tribunal correccional de Trento, aff. 131 /73, rec. p. 1555, concl. H. Mayras⁹. No que diz respeito à *livre concorrência*: decisão de 25 de outubro de 1977: *Metro S.B. Grossmärkte GmbH e Co KG c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 26 / 76, rec. p. 1875, concl. G. Reischl, na qual se definem as características gerais da concorrência no plano da Comunidade Européia, com base nos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma¹⁰.

B) O princípio da igualdade ou da não-discriminação: um princípio dotado de múltiplas faces

Como se pode facilmente depreender do conceito de igualdade, ela é essencial à realização de um verdadeiro Mercado Comum e à garantia das condições de concorrência, com total isenção de violação das regras a ela pertinentes. Por outro lado, a igualdade entre as instituições comunitárias e entre os Estados membros é obrigatória¹¹, assim como a *lealdade comunitária*, destacada na decisão *REWE e COMET*, de 16 de dezembro de 1976.

A jurisprudência emanada da CJCE interpretou a regra da não-discriminação, prevista no artigo 4, b, do Tratado CECA¹², como uma *condição essencial ao estabelecimento e ao funcionamento do Mercado Comum*¹³.

Em outra oportunidade, a CJCE afirmou que *a proibição de discriminação enunciada no artigo 40, § 3, al. 2, do Tratado nada mais é que a expressão específica do princípio geral de igualdade que integra os princípios fundamentais do Direito Comunitário*¹⁴.

C) A solidariedade

De acordo com os termos do artigo 5^o do Tratado, têm os Estados membros uma dupla obrigação de comportamento, positivo e negativo.

Assim, devem os Estados membros tomar todas as medidas gerais e/ou particulares com vistas a assegurar a execução das obrigações que decorrem do Tratado ou dos atos das instituições comunitárias, bem como facilitar o cumprimento das finalidades da Comunidade e abster-se de tomar medidas suscetíveis de comprometer a realização dos objetivos do Tratado.

São muitos e variados os exemplos de decisões da CJCE em que está referido, ainda que às vezes de forma implícita, o princípio de solidariedade: decisões *Deutsche Milchkontor*, de 1983, Rec. 1983, p. 2635, *Deutsche Gramophon c. Metro*, de 1971, *Francovich*, de 19 de novembro de 1991, Rec. 1991, I, p. 5402 etc.

A CJCE tem fundado a invocação à solidariedade não só no art. 5^o do Tratado, como também no princípio geral da solidariedade, princípio subjacente, possibilitando à jurisprudência ultrapassar, em algumas oportunidades, os textos, aplicando-o a casos não-previstos.

Após essas brevíssimas considerações a respeito da atuação da CJCE como aplicadora de um *novo direito* a partir da interpretação teleológica dos tratados instituidores da UE, passaremos a analisar o papel da CJCE Européia ao aplicar princípios gerais do Direito, ensejando, igualmente, o surgimento de um *novo direito*, com características pós-modernas¹⁵.

3. Os princípios gerais do Direito e a criação do direito pela CJCE

Sabemos todos que as normas jurídicas não são os únicos elementos constitutivos de um ordenamento jurídico, pois outros elementos, de igual importância, integram o sistema, como, por exemplo, os fatores metajurídicos e os princípios gerais do Direito. Apenas para maior clareza, devemos referir o que se entende por princípios gerais do Direito: *imperativos bastante gerais, que podem ser induzidos de um conjunto de regras*¹⁶.

Constituem esses princípios a verdadeira essência do ordenamento, pois representam os valores que presidiram a formação de um povo, são a tradução das idéias políticas que determinaram a feição da legislação, e, por isso mesmo, sua influência perdura por muito tempo depois de entrar a Codificação em vigor. A título exemplificativo, podemos referir as idéias de Liberdade, Igualdade e Laicidade na França, as de Segurança e Confiança na Alemanha e, entre nós, Ordem, Progresso e Solidariedade.

Nos sistemas nacionais, os princípios gerais do Direito desempenham as funções *interpretativa* e de *preenchimento* de lacunas da lei, sendo esta última função expressamente atribuída pelo legislador em alguns dos mais importantes Códigos privados do século passado, como o Códice Napoléon e o BGB. No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, faz referência aos princípios gerais do Direito como uma das formas de serem supridas lacunas da lei.

A origem dessas *autorizações legislativas* repousa na necessidade de dotar-se o sistema jurídico de certas *aberturas*, representadas pelas *cláusulas gerais* e pelos *conceitos indeterminados*, tendo em vista a flexibilização e a permanência do sistema ao longo do tempo. Como se sabe, os sistemas jurídicos oitocentistas estavam baseados na *plenitude lógica*, de modo a ser preservado o princípio da *rígida separação de poderes* no Estado. A autorização do legislador ao juiz para aplicar um conceito

indeterminado, como é o caso dos princípios gerais do Direito, em face de uma lacuna da lei, permite a solução do caso concreto dentro do sistema, sem que o juiz desempenhe o papel de legislador.

Outra observação a ser feita é a de que os princípios gerais do Direito nem sempre são escritos, o que exige uma metodologia para extraí-los. Essa tarefa é, em geral, atribuída à doutrina e à jurisprudência.

A essa altura, caberia uma indagação: *as observações que acabamos de fazer, em relação ao Direito interno, caberiam em relação ao sistema de Direito Comunitário?*

De tudo o que antes afirmamos, restou evidenciada a natureza de *sistema aberto* do Direito Comunitário, dada a comunicação entre o sistema supranacional e os sistemas nacionais dos Estados membros.

Por outro lado, afirmamos também que esse Direito é um produto jurisprudencial, elaborado passo a passo pelas decisões prolatadas pela CJCE, e tendo em vista os objetivos colimados pela União Européia, com destaque para a criação, desenvolvimento e permanência do Mercado Comum.

A peculiar natureza do Direito Comunitário em relação a sua formação *artificial* (no sentido de que suas origens diferem em tudo daquelas dos demais sistemas jurídicos em vigor) não afasta, contudo, a existência de *lacunas* em seu interior.

Outra razão existe, não menos relevante, para o recurso aos princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, qual seja, a de uma correta interpretação das normas de Direito Comunitário. A utilização dos princípios gerais do Direito visa, além do que vimos de referir, a uma *finalidade sistematizadora* do ordenamento comunitário¹⁷.

Cabe, então, uma indagação: como ocorre a recepção dos princípios gerais do Direito pelo Direito Comunitário?

Ora, o primeiro movimento do juiz comunitário no sentido de *descobrir* os princípios gerais do Direito é o de investigar as suas *fontes*, que, evidentemente, não são

todas de origem comunitária, e nem poderiam sê-lo, por ser esse ordenamento de criação recentíssima e ter sido construído *passo a passo*, a partir de uma estrutura fundamental, representada pelos tratados fundantes ou constitutivos da Comunidade¹⁸.

É importante salientar que os protocolos e declarações anexas aos tratados originais, dispendo sobre modificações e revisões do texto original, têm valor jurídico idêntico ao dos tratados.

Tendo o sistema comunitário origem tão insólita, donde procede, então, a *autoridade* dos princípios gerais do Direito como *fonte* do Direito Comunitário, de vez que não dispõe o juiz comunitário de reservatórios de *normas fundamentais* em que são hauridos, em outros ordenamentos, os princípios gerais do Direito?

De acordo com a melhor doutrina europeia, as fontes de princípios gerais do Direito no sistema comunitário podem ser-lhe *externas* ou *internas*.

Examinemos, pois, as fontes de princípios gerais do Direito externas ao Direito Comunitário:

1 – os princípios reconhecidos pelo Direito Internacional¹⁹, o que é natural, porquanto o Direito Comunitário é considerado uma *nova ordem jurídica de Direito Internacional*.

2 – os princípios em vigor no *Direito interno dos Estados membros* (legislação, doutrina, jurisprudência). O exame da Jurisprudência da CJCE permite observar que, desde os primórdios da Comunidade, ela inspirou-se de regras *reconhecidas pelas legislações, a doutrina e a jurisprudência dos países membros*²⁰.

3 – os princípios comuns aos *Direitos Constitucionais nacionais* tendentes à proteção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, porquanto não se poderia admitir que medidas tomadas no ordenamento comunitário pudessem ferir esses direitos²¹.

De acordo com a lição do Professor Denis Simon, *a invocação das tradições comuns ou das concepções comuns às constituições nacionais se revelará uma fonte de inspiração extremamente fecunda para colocação em evidência dos*

*princípios de direito aplicáveis na ordem comunitária*²².

As fontes de captação de princípios gerais internas ao próprio Direito Comunitário são expressas pelos denominados princípios estruturais do Direito Comunitário, deduzidos pela CJCE, a partir das bases constitutivas, econômicas e políticas da Comunidade.

Com efeito, da mesma forma que um juiz natural *extrai* os princípios gerais do Direito a partir dos fundamentos sobre os quais se ergue a ordem jurídica nacional, a Corte o faz a partir da filosofia da construção econômica e jurídica criada pelos tratados.

Entre esses princípios, podem ser enumerados aqueles de carácter econômico, os de carácter constitutivo, tais como o respeito à repartição de competências e poderes, o equilíbrio institucional, a igualdade e a solidariedade entre os Estados membros, a uniformidade de aplicação e primado do Direito Comunitário, etc.

4. Conclusão

Do exposto, podemos inferir como conclusão que o Direito Comunitário representa, sem dúvida, um *novo direito*, cuja característica mais destacada é a forma como se relaciona com o Direito interno dos Estados membros: a supranacionalidade.

O papel da CJCE na aplicação do *novo direito* é fundamental, porquanto a interpretação por ela dada aos valores fundantes da Comunidade e a sua concepção de princípios gerais de Direito Comunitário têm o condão de impor-se às normas integrantes dos sistemas nacionais dos Estados membros, em sendo elas incompatíveis com os objetivos, já mencionados, da Comunidade.

Notas

¹ A expressão *norma narrativa* foi cunhada pelo professor Erik Jayme, de Heidelberg, como um dos temas do XIV Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, realizado em 1994, na cidade de Atenas.

² Essa identificação da livre concorrência ao princípio da igualdade é devida sobretudo à influência de Carl Schmidt, cujos estudos sobre os monopólios enfatizaram a necessidade de utilização de norma da espécie *lei* para disciplina da matéria, para que *sempre e somente* fosse interpretada em *sentido geral e abstrato*. Vide, igualmente, nosso estudo intitulado, Direito da Concorrência e Integração em perspectiva comparatista, publicado na *Revista do Consumidor*, n. 31, 1999.

³ Les objectifs de la Communauté Européenne como principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice, in: *Miscellanea Ganshof van der Meersh*, Bruylant, Bruxelles, 1972, II, p. 325.

⁴Ibid., p. 339.

⁵ No original: *Freiheit* des Handels und des gewerblichen Verkehrs. Referido por Pescatore, op. cit., p. 339.

⁶ Veja textos in Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Tome 2, 4^{ème} édition, DALLOZ, p. 81.

⁷ Porque a matéria não havia sido até então enfrentada pela jurisprudência e essa decisão foi a primeira a abordar alguns dos problemas resultantes da livre circulação de capitais.

⁸ Veja texto da decisão, ob. referida, p. 154.

⁹ Veja texto da decisão, ob. ref. p. 76.

¹⁰ Veja texto da decisão, ob. ref., p. 190.

¹¹ A noção de igualdade é um dos elementos necessários à construção do conceito de *lealdade comunitária*, comportamento exigido entre os Estados membros.

¹² As medidas ou práticas estabelecendo uma discriminação entre compradores ou entre utilizadores são incompatíveis com o mercado comum do carvão e do aço.

¹³ Decisão *GIVORS*, de 10 de maio de 1960, cit. por PAPAPOULOU, Rebecca-Emmanuèla, Bruylant Bruxelles, 1996, p. 61, nota 8.

¹⁴ Decisão de 19 de outubro de 1977, (decisões conjuntas) 117/76 e 16/77, *RUCKDESCHEL*,

HANSA-LAGERHAUS, (et al.), *Rec.*, 1977, p. 1753, concl. CAPOTORTI, p. 1774.

¹⁵ De acordo com Erik Jayme, a cultura pós-moderna se caracteriza pelos seguintes aspectos: pluralismo, comunicação, narração e retorno aos sentimentos e pela integração. In *Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, tome 251, THE HAGUE/ BOSTON/ LONDON, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 1995.

¹⁶ A esse respeito, consultar a obra clássica de ESSER, Johannes, *Princípio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1956.

¹⁷ Em relação ao assunto, vide nosso estudo Os princípios gerais do Direito Comunitário, in: *Revista AJURIS*, novembro de 1998, p. 17, edição especial.

¹⁸ Tratados de Paris de 1951, em vigor em 1952, e os Tratados de Roma (25 de março de 1957), em vigor em 14 de janeiro de 1958, os Tratados visando à revisão dos Tratados Originais, isto é, o Ato Único Europeu, assinado em Luxemburgo e Haia, respectivamente em 17 e 28 de fevereiro de 1986 e em vigor desde 1º de julho de 1987, o Tratado sobre a União Européia, assinado em Maastricht, aos 7 de fevereiro de 1992, em vigor a partir de 1º de novembro de 1993.

¹⁹ Veja a respeito a decisão CJCE de 27 de fevereiro de 1962, *Commission c. Italie 10/61*, *Rec.*, 3.

²⁰ Cf. decisão *Algera*, de 12 de julho de 1957, 7/56 e 3 a 7 /57, *Rec.* 81 (definição das condições de revogação dos atos administrativos, por existir lacuna a respeito no sistema comunitário).

²¹ Veja a decisão *Danvin*, 26/67 *Rec.* 463, sobre a vedação do enriquecimento sem causa.

²² In *Le système juridique communautaire*. Paris, PUF, 1997, p. 39. Vide nosso Harmonização do Direito Público (Constitucional) no âmbito do MERCOSUL, in: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ESMESC, ano 4, vol. 4, p. 247.