

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 140
outubro/dezembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu¹

JORGE FONTOURA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito comunitário originário e derivado. 3. A jurisprudência como metamorfose essencial do direito europeu. 4. Primazia: o acórdão Costa/Enel. 5. Efeito direto: o acórdão Van Geend en Loos. 6. O direito comunitário de segunda geração: o acórdão Francovich. 7. A natureza do caso Francovich.

1. Introdução

Conforme ocorre com os fatos históricos, também as grandes construções jurídicas só podem ter a devida valoração *a posteriori*. Há alguns processos, no entanto, que, não obstante a cautela recomendada pelo devenir histórico, podem, de imediato, projetar-se como exemplares de magna criação.

O direito comunitário, recentemente construído no âmbito da União Européia, é, nesse sentido, um vigoroso e rutilante exemplo. Assente mais que em tratados e normativas comunitárias, o direito das comunidades européias tem, em verdade, se desenvolvido na efetividade e realismo das decisões da Corte do Luxemburgo (o tribunal de justiça supranacional criado pelo Tratado de Roma de 25 de março de 1957), que, ampliando os horizontes do que fora previsto pacticiamente, deu à Europa integrada, por meio da jurisprudência, a dinâmica e a consistência garantidoras do seu contingente sucesso histórico.

A construção de um direito não-estatal, no sentido de gerado além das instâncias internas

Jorge Fontoura é Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Parma, Itália, e Universidade de São Paulo, é Consultor do Senado Federal e da Comissão Parlamentar do Mercosul, Membro-Consultor do Conselho Federal da OAB em Brasília-DF; foi Professor dos Cursos de Pós-graduação da UnB e da UFPR, e Professor-titular do Instituto Rio Branco, do Ministério das Relações Exteriores.

¹ Texto revisto e anotado da conferência proferida no XV Seminário Roma-Brasília, UnB / Universidade La Sapienza, de Roma, (“Latinidade e Integrações Jurídicas e Continentais”), Brasília, 29 de agosto de 1998.

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 “estatólatra” e “soberanófilo”. Nesse sentido, seu ineditismo e atipia têm sido objeto de críticas de grande densidade doutrinária, com o trabalho de interpretação construtiva e aplicação interativa das normativas comunitárias europeias pela Corte de Justiça, sendo considerado por muitos juristas como o colapso branco da velha democracia iluminista, com a imprecação 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 vêm 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, recomenda, 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*.

2. Direito comunitário originário e derivado

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.

O primeiro grupo, dito direito comunitário originário ou primário, seria composto pelas normas previstas nos tratados de integração, incluindo seus eventuais protocolos modificativos ou complementares. Trata-se, a toda evidência, de normas que, enquanto inseridas em tratados geradores de obrigações recíprocas entre Estados soberanos, diriam respeito claramente ao direito internacional público *tout court*, em cujo âmbito podem receber o específico tratamento e valoração. Não é sem mais razão que os primeiros estudiosos de direito comunitário são oriundos da área do direito público externo, com a percepção para o *approche* com as questões jurídico-comunitárias sendo eminentemente de “direito das gentes”. Trata-se, porém, de mero início, logo superado pelo turbilhão de demandas que se vão formulando. Veja-se, por exemplo, o caso do corriqueiro particularismo dos direitos comerciais de países comunitários: o que fazer diante de títulos de crédito específicos de um único direito comercial, na emergência de um mercado onde circulam livremente bens, serviços, pessoas e capitais?

Cumpra 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 da 8ª 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 que absoluta de conhecimentos jurídicos para a empreitada. Em verdade, ainda é possível o bacharelado jurídico em prestigiosas

faculdades brasileiras sem cursar-se a disciplina de direito internacional público, meramente facultativa ou mesmo “não oferecida”, não obstante ter sido incluída no currículo mínimo da graduação em Direito, do Ministério da Educação, em 1994.

No segundo grupo de normas jurídicas atinentes a um proposto direito comunitário, agora de natureza derivada, teríamos aquelas que se referem ao ordenamento jurídico interno dos organismos comunitários comuns. Se algumas dessas normas podem derivar do texto dos tratados, é claro que outras tantas promanam dos próprios organismos comunitários, no sentido de disciplinarem suas atividades internas e seu funcionamento geral. Do ponto de vista formal, tal normatividade representa um sistema claramente distinto daquele derivado dos tratados, destinando-se ao âmbito restrito do organismo institucional comunitário. O estudo desse segundo grupo apresenta virtualmente maior complexidade, não propriamente pelo seu ineditismo, mas pelo fato de tais normas exprimirem-se por meio de regras *interna corporis* e não em relação a direitos e deveres recíprocos de prosaicos sujeitos de direito internacional público. Com toda a cautela que deve derivar das comparações fáceis, poderíamos aqui entrever o nítido delinear de um incipiente direito administrativo intracomunitário.

No terceiro grupo, teríamos as normas legisladas pelos próprios organismos e autoridades comunitárias, nos limites de suas competências de elaboração normativa previstas pelos tratados institutivos e eventuais protocolos complementares, destinadas a serem aplicadas nos territórios dos Estados comunitários, em cujos espaços jurisdicionáveis se devem concretizar.

No modelo da União Européia, seriam exemplos de normas de tal espécie os Regulamentos e as Diretivas, provenientes do Conselho e da Comissão Européia, nos termos do art. 189 do Tratado de Roma de 25 de março de 1957.

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 a vitalidade e a oportunidade da jurisprudência, diante do silêncio obsequioso dos tratados em relação a matérias vitais ou politicamente indesejáveis em determinado momento histórico, o que não vincula a posterior facul-

dade 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 do julgamento com via “pré-judicial”, 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* que conforme a sentença, por mais extraordinário que possa parecer, já é aplicado corriqueiramente na União Européia, conforme ordena o emblemático art. 177 do Tratado de Roma, assim redigido em sua versão oficial para a 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 à via prejudicial em casos de julgamentos nacionais de última instância (“...*talle giurisdizione è tenuta a...*”, no texto original do Tratado de Roma), é a que mais estupefaz e intriga a nossa visão latino-americana e, logo, ibero-gênica de exercício da jurisdição.

3. A jurisprudência como metamorfose essencial do direito europeu

Às características originárias, subsumidas da interpretação literal do Tratado de Roma e de seus complementos institucionais², têm-se somado aquelas que, forjadas na jurisprudência luxemburguesa, apresentam-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.

² Além do pré-existente Tratado de Paris de 18 de abril de 1951, que criou a Comunidade do Carvão e do Aço, CECA, cumpre elencar os Acordos de Lomé de 28 de fevereiro de 1975, o Ato Único Europeu de 28 de fevereiro de 1986, o Tratado Schengen de 19 de junho de 1990, o Tratado de Maastricht de 7 de fevereiro de 1992 e o Tratado de Amsterdam de 2 de outubro de 1997.

³ Ainda que não devidamente elaborado doutrinariamente, em muito devido a sua total novidade, a obrigação do 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,

4. Primazia: o acórdão Costa /Enel

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.

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 communauté.*”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 Itália⁶, em causa da *Amministrazione delle Finanze* contra

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 bricht landsrecht’, le droit fédéral 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 consacré la supériorité du droit communautaire”, BERRANGER, Thibaut de. *Constitutions nationales et construction communautaire*. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

⁵ CJCE. *Processo n° 6/64*. Recueil, p. 1141.

⁶ CJCE. *Processo n° 106/77*. Recueil, p. 629.

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 constitucional⁷.

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

⁷ “Il giudice nazionale incaricato de 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. 11 – 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”.

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 se pretendam mercados comuns, as tradicionais doutrinas do monismo e do dualismo, bem como as antológicas teses de Tripel e Anzilotti, parecem irremediavelmente superadas por demandas inconcebíveis há apenas poucas décadas.

5. Efeito direto: o acórdão Van Geend en Loos

O histórico processo *Van Geend en Loos*, julgado em 5 de fevereiro de 1963 e que define jurisprudencialmente os termos do efeito direto do direito comunitário europeu, tem sido curiosamente considerado em doutrina, pese embora o capricho cronológico de 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 pretório luxemburguês.

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 mediante os 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 todas 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.

A assimilação do princípio geral do efeito direto das normas comunitárias deu-se de forma lenta, porém incisiva. O direito inglês, especialmente, viu-se obrigado a prodígios de criatividade e incomum desprendimento, no sentido de viabilizar juridicamente a presença do Reino Unido como Estado comunitário. Para tal propósito, o *Europeans Communities Act*, de 17 de outubro de 1972, 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, por meio de um ato do Parlamento, incorporava-se não só o Direito Comunitário então existente, como ainda conformava-se uma espécie de incorporação antecipada de todas as normativas comunitárias futuras, sem precedentes em qualquer ordenamento jurídico e mesmo na lógica jurídica, concedendo uma efetiva “carta branca” à Comissão Européia. De certa forma, foi somente no recente episódio das “vacas loucas” que a opinião pública britânica pôde efetivamente compreender o significado e abrangência do *European Communities Act*¹¹.

¹⁰ CJCE. *Processo n.º 106/77*. Recueil, 1978, p. 629.

¹¹ *Europeans Communities Act* – “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. shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly ...”. CJCE. *Processo n.º 60/90*. Recueil, p. I-573.

6. 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* “República Italiana”), a Corte de Justiça das Comunidades Européias 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...”¹².

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 interpretação 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, 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, a Professora Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro afirmou 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

¹² CJCE. *Processo n. C-6/90*. Recueil, p. I-573.

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*¹³.

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 responsabilidades¹⁴, tendo inclusive a Corte de Justiça Comunitária se manifestado expressamente, conforme ocorreu no Acórdão Humblet, de 16 de dezembro de 1960¹⁵.

Também a revisão do Tratado de Maastricht, 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.

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 à lume o delicado contexto da remanescente autoridade do Estado, *vis-à-vis* o crescente espaço de poder grangeado pela “Europa Comum”.

Conforme observou Denys Simon, desde sua cátedra na Universidade Robert Schuman, em Estrasburgo-França, 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 adremente 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* “República Italiana”, contemplando uma diretiva sobre tutela de empregados em caso de falência do empregador, e inatendida

¹³ RIBEIRO, M. C. C. M., Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito comunitário. Coimbra : Almedina, 1996.

¹⁴ RIDEAU, Joël. *Droit Institutionnel de l' Union et des Communautés Européennes*. 2. ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

¹⁵ CJCE. *Processo n° C - 6/60*. Recueil, p. 1128.

pela Itália, a Corte do Luxemburgo deu o terceiro e decisivo passo na construção jurisprudencial do direito comunitário europeu.

7. A natureza do caso Francovich

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 1980¹⁶. Tal norma comunitária derivada referia-se à harmonização legislativa dos Estados-membros no que concerne à proteção dos trabalhadores assalariados, em caso de insolvência dos empregados, 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 de 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., declarada em situação falimentar em 5 de abril de 1985, sem possibilidades de

¹⁶ *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. L 253, p. 23, 20 out. 1980.

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 à 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 de Luxemburgo, procedido pela Justiça italiana, suspendeu-se o julgamento até 19 de novembro de 1991, quando da publicação do Acórdão Francovich, fadado historicamente a marcar a mais importante evolução instrumental do direito das comunidades européias.

Nos anos que se seguiram, inúmeras causas análogas às demandas italianas foram trazidas à Corte Européia, com a responsabilidade do Estado sendo detalhadamente construída a partir da violação do direito comunitário, em especial nos Acórdãos “Brasserie du Pêcheur” (processo nº C-46/93)¹⁷. Referindo 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.

De toda a sorte, o princípio da responsabilidade estatal, deduzida a partir do caso Francovich, o mais importante aperfeiçoamento instrumental do Direito Europeu, consagra-se como indiscutível consequência inerente ao sistema de tratados de construção e consolidação da Europa de instituições comuns.

No momento em que o Mercosul parece decididamente superar sua fase de decisões seminiais, 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 relevantes), e diante do inexorável aprofundamento das relações entre os países signatários do concerto de Assunção de 26 de março de 1991, a consideração dos aspectos aqui abordados da construção do direito comunitário europeu projeta-se com grande significado.

É certo que, nos processos de integração, não há modelos, e cada projeto é um conjunto próprio de circunstâncias políticas, históricas e mesmo geográficas. 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 de 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 haurir a boa lição.

¹⁷ “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’élaborer un système complet de protection du particulier dans l’ordre juridique communautaire. En effet il complète de manière décisive 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 requérants, 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 : Juris Classeur, 1996.

¹⁸ Correio Brasileiro, Estudos, fls. 38, edição de 14 de novembro de 1995.