

**REVISTA DO PROGRAMA  
DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

**FGV — Fundação Getulio Vargas**

Praia de Botafogo 190

Botafogo — RJ

CEP: 22250-900

Tels: 55 21 3799-5938/6000

E-mail: faleconosco@fgv.br

**FGV Direito Rio — Escola de Direito do Rio de Janeiro**

Praia de Botafogo, 190 13ª andar

Tel: 55 21 3799-5445

E-mail: diretorio@fgv.br

**REVISTA DO PROGRAMA  
DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

Revista semestral do Módulo Europeu  
do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio

**Conselho editorial:**

Paula Wojcikiewicz Almeida (coordenadora)

Carlos Affonso Pereira de Souza

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Carina Costa de Oliveira

ISBN: 978-85-63265-14-2

Obra licenciada em: Creative Commons

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo 190 13º andar — Botafogo

Rio de Janeiro — RJ

CEP: 22.250-900

e-mail: [diretorio@fgv.br](mailto:diretorio@fgv.br)

web site: [www.diretorio.fgv.br](http://www.diretorio.fgv.br)

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

*Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.*

1ª edição — 2011-09-12

SUPERVISÃO E ACOMPANHAMENTO: Carolina Alves Vestena e Rodrigo Vianna

DIAGRAMAÇÃO: Leandro Collares — Selênia Serviços

DIAGRAMAÇÃO: Leandro Collares — Selênia Serviços

REVISÃO: Maria Beatriz Branquinho da Costa

CAPA: Thales Estefani

Ficha catalográfica elaborada pela  
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Revista do Programa de Direito da União Europeia : revista semestral do módulo europeu do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio. – N.1 (2011)- . – Rio de Janeiro : Edição FGV Direito Rio, 2011- v.

Semestral.

Editora: Paula Wojcikiewicz Almeida.

Inclui bibliografia.

1. União Europeia - Periódicos. 2. Direito internacional público – Periódicos.. I. Almeida, Paula Wojcikiewicz. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD — 341.115

## SUMÁRIO

I – APRESENTAÇÃO DA REVISTA	7
II – APRESENTAÇÃO DOS PROFESSORES	11
III – ARTIGOS	13
O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E A ORDEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPEIA: O PRECEDENTE DO CASO <i>VAN GEND EN LOOS</i>	15
ANNA CLARA MONJARDIM	
OS MECANISMOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DA ATUAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS EM SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO REGIONAIS: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA, DO MERCADO COMUM DO SUL E DA COMUNIDADE ANDINA DAS NAÇÕES	27
ELY CAETANO XAVIER JUNIOR E FÁBIA PATRÍCIA SOUSA ANDÉREZ	
O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL APÓS O CASO KADI	49
LENNART BERTHOLD	
APLICAÇÃO DAS DIRETRIZES DO LIVRO BRANCO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO	63
LÍVIA GÂNDARA	
A RELAÇÃO ENTRE O LIVRE COMÉRCIO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL: ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DOS CASOS C-284/95 E C-320/03	79
MARIA DE MELLO FRANCO, RENATA SILVA STAUDOHR E RINUCCIA FARIA LA RUINA	



## I – APRESENTAÇÃO DA REVISTA

Apresento ao leitor a primeira edição da **Revista do Programa de Direito da União Europeia**. A Revista constitui uma publicação semestral dos trabalhos de conclusão de curso selecionados por sua excelência entre os apresentados pelos alunos que cursaram o Módulo Europeu do Programa *Jean Monnet* de Direito da União Europeia da FGV Direito Rio. A FGV Direito Rio é uma das poucas Instituições de Ensino Superior do Brasil eleitas para contar o apoio institucional e financeiro da União Europeia.

O Programa de Direito da União Europeia é um curso inovador, financiado diretamente pela Comissão Europeia. Trata-se de um Módulo Europeu, realizado no âmbito do Programa *Jean Monnet* da Comissão Europeia, que se insere no objetivo do bloco de estimular o ensino, a pesquisa e a reflexão de temas relacionados à integração europeia em instituições de ensino superior dentro e fora da União Europeia. É com este objetivo que é publicado o primeiro número da Revista, que conta com trabalhos de alunos internos e externos à FGV Direito Rio.

O Programa possui a duração de um semestre e é ministrado nas instalações da FGV Direito Rio. Trata-se de um projeto conjunto, que não poderia se realizar sem a colaboração de professores da FGV Direito Rio, que se unem com a intenção de difundir o conhecimento acerca do Direito da União Europeia no Brasil, bem como de favorecer a pesquisa e a reflexão crítica de diversos temas relacionados à integração europeia. Os professores que tornaram possível essa rica iniciativa e que participam do Programa são: Paula Wojcikiewicz Almeida, Carlos Affonso Pereira de Souza, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Carina Costa de Oliveira, além de professores convidados. Destacam-se por terem sido aprovados pela Comissão Europeia em função de sua alta qualificação e dedicação a temas relacionados à integração do bloco.

A diversidade do grupo permitiu a elaboração de um curso interdisciplinar, que passeia por diversas áreas do conhecimento necessárias à inserção de um profissional no mercado comum europeu, sendo igualmente importantes

para todos aqueles que possuem especial interesse por temas relacionados à integração do bloco. O curso possui enfoque no Direito Institucional da União Europeia, bem como em áreas substantivas como Direito da Sociedade da Informação, Direito Ambiental e Direito da Concorrência da União Europeia. A interdisciplinaridade constitui a maior riqueza e atratividade do curso, e se reflete igualmente na presente publicação.

Os trabalhos ora apresentados foram realizados sob a orientação dos professores que integram o Programa e relacionam-se com os assuntos tratados durante o curso. A presente edição traz cinco contribuições acerca de temas clássicos e atuais da integração europeia.

O primeiro trabalho é realizado pela aluna Anna Clara Monjardim. A autora disserta sobre o importante princípio do efeito direto e a ordem jurídica da União Europeia à luz do precedente do caso *Van Gend en Loos*. A autora questiona o que teria sido da ordem jurídica europeia se não houvesse uma jurisprudência estabelecida no referido caso reconhecendo a aplicabilidade do princípio do efeito direto e suas consequências.

A segunda contribuição é apresentada pelos alunos Ely Caetano Xavier Junior e Fábria Patrícia Sousa Andérez, que examinam, à luz do Direito Comparado, os mecanismos de controle jurisdicional da atuação dos Estados — membros em sistemas de integração regionais sob a ótica de três sistemas de integração regionais: a União Europeia, o Mercado Comum do Sul e a Comunidade Andina das Nações.

O aluno Lennart Berthold avalia, em um terceiro momento, a ordem jurídica internacional e sua relação com a ordem jurídica da União Europeia após o caso *Kadi*, julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. O trabalho busca avaliar como o caso *Kadi* trouxe novos elementos no que tange à relação entre o Direito Internacional e Europeu, esclarecendo as relações entre ambos e possibilitando um maior controle da legalidade de atos unilaterais onusianos pelos tribunais do bloco.

O quarto trabalho é focado no Direito da Concorrência da União Europeia. Trata-se de avaliar a aplicação das diretrizes do livro branco sobre responsabilidade civil no direito da concorrência brasileiro. A autora é Livia Gândara.

A última contribuição da presente edição relaciona-se à matéria do Direito Ambiental da União Europeia, especificamente à relação entre o livre-comércio e a proteção ambiental sob a luz da jurisprudência europeia. O trabalho é realizado pelas alunas Maria Salles Coelho de Mello Franco, Renata Silva Staudohar e Rinuccia Faria La Ruína.



Todos os tópicos abordados demonstram que a **Revista do Programa de Direito da União Europeia** vem contribuir para o estudo do Direito da União Europeia no Brasil, favorecendo a difusão e pesquisa de temas relevantes e atuais cuja importância afigura-se crescente.

No término dessa apresentação, gostaria de agradecer a todos que, direta ou indiretamente, tornaram possível a elaboração desta revista, em especial, aos alunos que se destacaram no curso em virtude da qualidade de seus trabalhos que ora são publicados e aos professores do Programa que se dedicaram na orientação dos referidos trabalhos de forma que os mesmos pudessem atender às exigências da Revista, e que foram os grandes responsáveis para que esse esforço coletivo tenha sido levado a bom termo.

***Paula Wojcikiewicz Almeida***

Coordenadora do Módulo Europeu do Programa *Jean Monnet*  
de Direito da União Europeia da FGV Direito Rio  
Professora e pesquisadora de Direito Internacional  
e Europeu da FGV Direito Rio



## II – APRESENTAÇÃO DOS PROFESSORES

### **PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA**

#### **Direito Institucional da União Europeia**

Professora e pesquisadora de Direito Internacional e Europeu da FGV Direito Rio. Coordenadora do Módulo Europeu do Programa Jean Monnet de Direito da União Europeia da FGV Direito Rio. Doutoranda em Direito Internacional e Europeu pela Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI. Pesquisadora do Centro de Estudos e de Pesquisas em Direito e Relações Internacionais da Academia de Direito Internacional da Haia, 2010. Participante do curso especializado em European Union Law, da Academy of European Law do European University Institute, do curso de Public International Law da Hague Academy of International Law e dos cursos de Derecho Internacional da Organização dos Estados Americanos.

### **CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA**

#### **Direito da Sociedade da Informação da União Europeia**

Coordenador Adjunto do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas — RJ (Direito Rio). Professor da FGV Direito Rio. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

### **PATRICIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO**

#### **Direito da Concorrência da União Europeia**

Professora da FGV Direito Rio. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE). Mestre e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

**CARINA COSTA DE OLIVEIRA****Direito Ambiental da União Europeia**

Pesquisadora do PDMA — Programa de direito e meio ambiente da FGV Direito Rio. Doutoranda em Direito internacional na Universidade de Paris II — Panthéon-Assas na França. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Autora do livro “Soluções de conflitos ambientais no direito internacional”. Foi bolsista do Programa Eiffel e do Programa ALBAN da Comissão da União Europeia. Pesquisas e trabalhos realizados em universidades europeias e organizações internacionais sobre temas ligados ao direito internacional e europeu ambiental.

### III – ARTIGOS



# O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E A ORDEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPEIA: O PRECEDENTE DO CASO *VAN GEND EN LOOS*<sup>1</sup>

ANNA CLARA MONJARDIM<sup>2</sup>

## Resumo

O Mercado Comum Europeu foi alcançado por meio de uma série de esforços datados do final da década de 1950. Com vistas a construir um verdadeiro Mercado Comum, os nacionais dos Estados-membros tiveram que ter sua participação garantida. O processo de integração econômica não poderia excluir os direitos dos atores privados, pois, sem a atuação destes, a ordem jurídica europeia seria submetida exclusivamente à vontade política dos governos dos Estados-membros. As decisões do antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias foram determinantes no processo de construção da União Europeia como um todo, estabelecendo precedentes importantes como no caso *Van Gend en Loos* de 1962, em relação ao princípio do efeito direto.

## Palavras chave

Mercado Comum Europeu — Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias — Caso Van Gend en Loos — Princípio do efeito direto.

## Introdução

Quando da criação dos Tratados de Roma, em 1957, que estabeleceram a Euratom e a Comunidade Econômica Europeia, o objetivo comum era a integração econômica, de forma a reduzir as barreiras comerciais entre os Estados-membros, com o escopo maior de construir um mercado comum europeu. Conciliar os diferentes interesses dos Estados-membros era por si só uma tarefa de difícil execução, porém, nem todos os conflitos decorriam das relações entre estes. Os chamados

---

1 Trabalho orientado pela professora Paula Wojcikiewicz Almeida.

2 Aluna da graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO) e da Formação Complementar em Relações Internacionais, da mesma instituição.

atores privados representaram uma ferramenta relevante no processo de integração, cuja participação foi essencial ao estabelecimento do mercado comum.

O caso *Van Gend en Loos* enfatizou a importância dos atores privados diante da integração europeia. O efeito direto foi estabelecido a partir do parecer do antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, atual Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>3</sup>, emitido como resposta a uma questão prejudicial encaminhada pela *Tariefcommissie*, uma Corte Administrativa holandesa. O reenvio prejudicial é o mecanismo pelo qual os juízes nacionais dos Estados-membros podem recorrer ao TJUE para interrogá-lo sobre a interpretação ou a validade do direito europeu em um processo em curso<sup>4</sup>. Tal Corte enfrentou “um conflito entre o direito interno, uma mudança na tarifa aduaneira, e a regra estabelecida pelo tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, mais precisamente o artigo 12”<sup>5</sup>.

O caso se reporta à década de 1960, época em que cada Estado-membro aplicava suas próprias tarifas aduaneiras, como era o caso do Benelux. Os três países do Benelux reclassificaram suas respectivas tarifas aduaneiras, trazendo como consequência o aumento da taxa sobre um produto químico, a ureia-formaldeído, da categoria de 3% *ad valorem* para 8%, após a reclassificação. *Van Gend en Loos*, uma empresa distribuidora holandesa que importava tal componente químico da Alemanha, ingressou com uma ação pleiteando contra

---

3 Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em primeiro de dezembro de 2009, a União Europeia dotou-se de personalidade jurídica e retomou as competências anteriormente conferidas à Comunidade Europeia. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é atualmente denominado Tribunal de Justiça da União Europeia, no entanto no presente artigo a autora fará referência ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sempre que abordar a jurisprudência anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Com essa mudança, o direito comunitário tornou-se, portanto, o direito da União, compreendendo igualmente todas as disposições adotadas ao abrigo do Tratado da União Europeia na sua versão anterior ao Tratado de Lisboa. No entanto, no presente artigo, a expressão “direito comunitário” será utilizada quando se faça referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

4 Artigo 177 do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia (T.C.E.E). O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação do presente Tratado; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE; c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por ato 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 suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça. (Em relação ao texto mais recente desta regra, ver artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia publicado no Jornal Oficial C 83 de 30 de Março de 2010).

5 PESCATORE, Pierre. The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of Community Law, In: **European Law Review**, n.º 8, 1983, p.157.



o aumento da referida tarifa perante o órgão administrativo aduaneiro, que por sua vez rejeitou o pedido. A empresa provocou o juízo competente, a *Tariefcommissie*, alegando que o artigo 12<sup>6</sup> do Tratado CEE dispõe que os Estados-membros devem se abster de instituir reciprocamente novas barreiras aduaneiras e de aumentar as tarifas que já existiam antes do Tratado entrar em vigor. É o que dispõe a chamada cláusula de *stand still*, que entrou em vigor com o Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia.

Igualmente relevante no âmbito do presente caso é o fato de que a Constituição holandesa, à época, reconhecia a primazia de tratados internacionais perante a lei nacional, porém sob a condição de que as disposições do tratado analisado deveriam ser *erga omnes*, vinculando a todos. Diante de tal pré-condição, a *Tariefcommissie* enviou duas questões ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias pelo mecanismo do reenvio prejudicial<sup>7</sup>:

- 1) “Se o artigo 12 do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia tem aplicação direta no território de um Estado-membro, ou seja, se nacionais de tal Estado podem, com base no artigo em questão, requerer a salvaguarda de seus direitos individuais, os quais o juiz deva tutelar”;
- 2) “Em caso afirmativo, a aplicação de um direito aduaneiro de 8% à importação, nos Países Baixos, pela recorrente no processo principal, de ureia-formaldeído proveniente da República Federal da Alemanha representou um aumento ilegal diante da interpretação do artigo 12 do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, ou constitui uma modificação razoável diante do direito de importação em vigor antes de 1º de março de 1960 que, apesar de constituir um aumento aritmético, não deve considerar-se proibida pelo artigo 12?”<sup>8</sup>;

Pierre Pescatore, antigo juiz do Tribunal de Justiça do bloco, defende que o texto do artigo 12 foi claramente endereçado aos Estados-membros e a questão “surtiu diante do questionamento acerca de se um ator privado poderia se

6 Artigo 12 do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (T.C.E.E), publicado no Jornal Oficial n° C . : Os **Estados-membros** abster-se-ão de introduzir entre si novos direitos aduaneiros de importação e de exportação ou encargos de efeito equivalente e de aumentar aqueles que já aplicam nas suas relações comerciais mútuas..(grifo nosso).

7 PESCATORE, Pierre. L'arrêt Van Gend & Loos, du 3 février 1963 — une vue intérieure. PICOD, Fabrice (dir.), *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 979 — 980.

8 T.J.U.E., *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* p. 207.

valer de um benefício decorrente de uma obrigação imposta ao Estado”<sup>9</sup>. Em outras palavras, o cerne da questão endereçada ao Tribunal consiste em saber se o artigo 12 poderia produzir efeito direto, sendo esta garantia incorporada ao patrimônio jurídico dos indivíduos, trazendo a possibilidade destes pleitearem direitos decorrentes do direito comunitário perante às Cortes nacionais. Atualmente, essa possibilidade já se encontra cristalizada pela jurisprudência do Tribunal europeu, sendo inclusive uma prática comum, porém, à época do julgamento do presente caso, tratava-se de uma questão nova, que deu margem a divergências entre os Estados-membros. De fato, três Estados-membros intervieram no caso<sup>10</sup>, advogando contra a possibilidade de concessão do efeito direto, como também o fez o Advogado-Geral Karl Roemer, enquanto o requerente (*Van Gend en Loos*) e a Comissão advogaram a favor deste.

O presente trabalho será focado na primeira questão enviada à Corte no sentido de avaliar, sob o ponto de vista jurídico, como o princípio do efeito direto contribuiu para a construção e a evolução da ordem jurídica europeia, influenciando em larga escala o processo de integração do bloco. Trata-se, especificamente, de analisar os argumentos contrários (I) e favoráveis (II) ao reconhecimento do efeito direto, tendo como base a decisão do antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a opinião do advogado-geral diante da primeira questão. Questiona-se, em última análise, o que teria acontecido se o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tivesse decidido contra a possibilidade de efeito direto no caso *Van Gend en Loos*, julgado em 1963.<sup>11</sup>

### I – Os argumentos contrários ao efeito direto: o direito limitado às relações interestatais

Os governos holandês e belga afirmaram que a questão posta pela *Tariefcommissie* ao TJCE não se referia à interpretação do Tratado. Tratava-se, porém, de uma questão constitucional holandesa, sendo que o artigo 12 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia somente regia as relações entre os Estados-membros e a Comunidade Econômica, não incluindo os indivíduos. Este segundo argumento foi compartilhado pelo Advogado-Geral<sup>12</sup>, Karl Roemer, que mencionou em suas considerações que muitos dos artigos do referido tratado, inclusive o artigo 12, foram escritos sob forma de declaração, e pela análise de

9 PESCATORE. *op cit.* p 157.

10 Bélgica, Alemanha e os Países Baixos.

11 T.J.C.E., *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* p. 207.

12 Ver artigo 166, T.C.E.E., que dispõe que cabe ao advogado-geral apresentar publicamente, de forma imparcial e independente, conclusões fundamentadas sobre as causas submetidas ao Tribunal de Justiça, para assistir este último no desempenho das suas atribuições, definidas no artigo 164 (Em relação ao texto mais recente desta regra, ver artigo 252 T.F.U.E.).

seu conteúdo e contexto, estes se referiam a obrigações dos Estados-membros e não conferiam efeito direto jurídico interno, concluindo que tais artigos foram endereçados somente para impor obrigações aos Estados-membros.

O advogado-geral também argumentou que o procedimento cabível aos Estados que não cumprem com suas obrigações presentes no Tratado encontra-se delineado nos artigos 169 e 170 do Tratado CEE<sup>13</sup>, referentes à ação de descumprimento<sup>14</sup>. Assim, o procedimento sancionatório direcionado ao não cumprimento do artigo 12 seria a ação de descumprimento e não o recurso de cidadãos às respectivas cortes nacionais, sendo, portanto, negada a atribuição de efeito direto.

Roemer também questionou as alegações da Comissão, no sentido de que a aplicação direta do artigo 12 contribuiria para aumentar a segurança jurídica<sup>15</sup>. Ele considera que o efeito direto implicaria em uma evolução desigual do direito comunitário nos Estados-membros. Explicou ainda que, com base nas diferentes percepções e prioridades reconhecidas, naquela época, os pais fundadores do Tratado poderiam ter admitido que ocorresse uma evolução desigual do direito reconhecendo a aplicação do princípio do efeito direto, porém, tal interpretação não estaria em harmonia com o objetivo essencial da comunidade<sup>16</sup>.

Outra crítica relacionada à matéria concerne o denominado governo dos juízes. Tal questionamento teve início a partir do pronunciamento do TJCE. “Governo dos juízes” ou “Europa dos juízes”<sup>17</sup> foi o termo utilizado por estu-

13 Artigos 258, 259 e 260, T.F.U.E..

14 A ação de descumprimento é o procedimento que permite o Tribunal de Justiça fiscalizar os Estados-membros no cumprimento das suas obrigações inerentes ao direito da União. Antes do recurso propriamente dito ao Tribunal de Justiça, ocorre uma fase pré-contenciosa, desencadeada pela Comissão e que consiste em dar ao Estado-membro a oportunidade de responder às imputações que lhe são feitas. A fase pré-contenciosa pode ser iniciada também por outro Estado-membro, que deve levar a reclamação à Comissão. Se tal procedimento não levar o Estado-membro a por termo ao descumprimento, a Comissão pode ajuizar uma ação perante o Tribunal de Justiça devido à violação do direito da União. Se o Tribunal de Justiça declarar o descumprimento, o Estado em causa deve por fim à violação. Se, após a propositura de nova ação pela Comissão, o Tribunal de Justiça declarar que o referido Estado-membro não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de um montante fixo ou de uma sanção pecuniária compulsória. No caso de não comunicação das medidas de transposição de uma diretiva à Comissão, o Tribunal de Justiça pode, sob proposta desta última, aplicar uma sanção pecuniária ao Estado-membro em causa, logo na fase do primeiro acórdão de descumprimento.

15 T.J.C.E., Conclusão do Advogado-Geral Karl Roemer, 12 de dezembro de 1962, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec. p.* 44

16 T.J.C.E., Conclusão do Advogado-Geral Karl Roemer, 12 de dezembro de 1962, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec. p.* 46

17 LECOURT, Robert. *L'Europe des juges*, Bruxelas : Bruylant, 2008, réimpression de l'ouvrage publié en 1976. 321 p.

diosos e críticos com relação ao ativismo judicial europeu. O questionamento se relaciona diretamente à ideia de que o TJCE direcionou a integração europeia de acordo com seu entendimento por meio dos casos a ele submetidos, de forma a criar direito, o que teria ultrapassado os poderes a ele atribuídos pelos tratados fundadores. Com efeito, por diversas vezes, as sentenças do tribunal reconheceram direitos ou estabeleceram medidas a serem cumpridas, que não constavam expressamente no texto dos Tratados, como foi observado no caso *Van Gend en Loos*<sup>18</sup>. Opiniões mais conservadoras consideram o ocorrido como sendo um golpe de Estado, pois, se distancia do acordo adquirido entre os Estados consubstanciado no texto do Tratado, além de consistir em uma interferência ilegítima do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo legislativo<sup>19</sup>. Este argumento pode ser melhor compreendido quando posto em contraste com a decisão do TJCE, que julga a favor do efeito direto, apresentada a seguir.

## II – Argumentos favoráveis ao efeito direto: o direito aplicável aos cidadãos

Contrariamente ao advogado-geral e aos governos que intervieram no processo, o TJCE decidiu a favor do efeito direto. Como Pescatore argumentou, “os juízes tinham seu próprio entendimento sobre a Europa, e este entendimento foi decisivo, e não os argumentos baseados na tecnicidade jurídica da matéria”<sup>20</sup>, incluindo o debate sobre a tributação que originou o caso em tela. A Corte declarou em sua decisão: “O objetivo do Tratado que instituiu a Comunidade

18 A primazia do direito comunitário foi consolidada em outra decisão do TJCE, posterior ao caso aqui analisado. Vide T.J.C.E., *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, caso C- 6/64, 15 de julho 1964, *Rec.* pp.553 - 563. Mesmo a primazia tendo sido discutida após este presente caso de análise, ambos os casos *Van Gend en Loos* e *Costa v. Enel* se complementam, pois, estes estabeleceram dois importantes princípios do direito comunitário, o efeito direto e a primazia, sendo considerados como os “casos constitucionais” do Direito da União Europeia. Outro caso relevante é o *Francovich e Bonifaci c. Itália* julgado em 1991 (T.J.C.E., *Francovich e Bonifaci c. Itália.*, casos C- 6/90 e C-9/90, 19 de novembro de 1991, *Rec.* I- 5403 — I-5418), que desenvolveu outro conceito fundamental, o da responsabilidade de um Estado-membro em relação aos particulares pelos danos causados a estes devido a uma violação do direito comunitário. Este caso instituiu a possibilidade dos indivíduos ajuizarem uma ação indenizatória contra o Estado.

19 A razão pela qual não se usa o princípio da separação clássica dos poderes prevista por Montesquieu (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como o equilíbrio entre os referidos poderes neste estudo, é a dificuldade de classificar a União Europeia como uma forma de federação, sendo esta uma perigosa conclusão e uma consideração que não é relevante a esta análise. Diversas divergências foram encontradas em relação a este tópico, tendo como exemplo mais relevante a rejeição da Constituição Europeia de 2004. Para mais detalhes sobre a estrutura quadripartite da União Europeia ver LENAERTS, Koen. *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*. In: **Common Market Law Review**, Kluwer Academic Publishers, nº 28, 1991, pp. 11-35; e, PESCATORE, Pierre. *l'Exécutif Communautaire: Justification du Quadripartisme Institué par les Traités de Paris et de Rome*. PICOD, Fabrice (dir.), **Études de droit communautaire européen 1962-2007**, Bruxelas : Bruylant, 2008, pp. 481- 502.

20 PESCATORE. *op. cit.*, p. 157.

Econômica Europeia consiste em instituir um mercado comum cujo funcionamento diz diretamente respeito aos nacionais da Comunidade, implica que este Tratado seja mais do que um acordo meramente gerador de obrigações recíprocas entre os Estados contratantes<sup>21</sup>. A Corte também argumentou que tal concepção é confirmada pelo preâmbulo do Tratado, que, além dos governos, faz referência aos povos e, mais concretamente, é confirmada pela criação de órgãos investidos de poderes soberanos cujo exercício afeta tanto os Estados-membros quanto os seus nacionais.

O Tribunal alegou que o mecanismo do reenvio prejudicial disposto no artigo 177 do Tratado CEE tem como objetivo assegurar a interpretação uniforme do Tratado pelas Cortes nacionais, imediatamente se opondo à opinião do advogado-geral, ao alegar que o efeito direto iria implicar em uma evolução desigual do direito comunitário. Quando as Cortes nacionais enviam uma questão para o antigo TJCE e atual TJUE e aplicam o seu parecer vinculante, garantem a harmonização e a uniformização do direito comunitário, pois, tais decisões constituem precedentes para os demais Estados-membros.

Tal entendimento se apresenta como uma confirmação do ponto de vista da Corte, de que “os Estados reconheceram ao direito comunitário uma autoridade suscetível de ser invocada pelos seus nacionais perante às Cortes domésticas<sup>22</sup>. Os juízes concluíram que:

“a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que fazem parte da sua esfera jurídica” (...) “Tais direitos nascem não só quando é feita uma atribuição expressa pelo Tratado, mas também como contrapartida de obrigações impostas pelo Tratado de forma bem definida, quer aos particulares quer aos Estados-membros quer às instituições comunitárias<sup>23</sup>.”

21 T.J.C.E., *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* p. 210..

22 T.J.C.E., *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* p. 210.

23 T.J.C.E., *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* pp. 210 - 211.

O antigo juiz do Tribunal europeu Robert Lecourt argumenta que em relação ao mecanismo de reenvio prejudicial, o juiz nacional age como “juiz comunitário de direito comum” ao aplicar o direito comunitário na esfera nacional<sup>24</sup>. Isso porque os cidadãos nacionais são parte da Comunidade e, para proteger tal prerrogativa, o Tratado estabeleceu o procedimento abarcado pelo artigo 177, de forma a garantir a interpretação uniforme do direito comunitário e evitar que os Estados manipulem a sua aplicação à sua própria vontade política. O autor também critica a opinião do advogado-geral em relação à ação de descumprimento. Para Lecourt, este mecanismo funciona como última opção, pois requer mais tempo para ser aplicado, depende do poder discricionário da Comissão de reportar o caso ao Tribunal, e também não garante que o Estado sofrerá sanção. Além disso, não existem garantias aos indivíduos decorrentes do reconhecimento de um descumprimento imputável a um Estado-membro. Tal entendimento é confirmado pela decisão do TJCE ao afirmar que:

“Se as garantias contra a violação do artigo 12 por parte dos Estados-membros se encontrassem limitadas aos processos previstos nos artigos 169 e 170, os direitos individuais dos seus nacionais ficariam desprovidos de qualquer proteção jurisdicional direta. O recurso a estes preceitos implicaria no risco de ser ineficaz se ocorresse após a execução de uma decisão nacional adotada em violação ao Tratado. A vigilância dos particulares, interessados na salvaguarda dos seus direitos, cria um controle eficaz, somado ao controle que os artigos 169 e 170 confiam à diligência da Comissão e dos Estados-membros”<sup>25</sup>.

Como visto nos argumentos aqui expostos, a Corte decidiu pelo efeito direto<sup>26</sup> do artigo 12 do Tratado que instituiu a CEE. Porém, a importância do caso não se refere exclusivamente à questão da tributação. Ela reside, sobretudo, na oportunidade conferida ao TJCE de manifestar seu entendimento a respeito de um princípio que não foi extraído diretamente do texto do Tratado aprovado pelos Estados-membros, foi fundado em uma interpretação teleológica de suas disposições. O Tribunal fez uso de tal interpretação em outros casos, que também

24 LECOURT, Robert. Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? , In : *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, ed. Dalloz, 1991, pp. 356 - 357.

25 T.J.C.E., *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* p. 212.

26 É importante lembrar que o efeito direto é submetido a condições para que seja operacionalizado. A norma deve ser precisa e incondicional, o que significa que sua implementação não pode estar sujeita a nenhuma medida posterior que implique na discricionariedade de órgãos da Comunidade ou dos Estados-membros, in PESCATORE. *op. cit.*, p. 161. Tal entendimento foi consolidado pelo T.J.C.E. após a decisão do caso *Van Gend en Loos*.

contribuíram para a evolução do direito comunitário, consolidando seu entendimento ao emitir pareceres vinculantes, oponíveis a todos os Estados-membros<sup>27</sup>.

Ora, não se trataria então de governo dos juízes, mas sim de uma interpretação finalística dos Tratados pelos juízes, que busca ir além da interpretação literal e restrita de seu texto, garantindo um efeito útil a seus dispositivos.

### Conclusão

Como seria atualmente a ordem jurídica da União Europeia se os juízes estivessem vinculados a uma interpretação literal e restrita dos Tratados? De que forma esta ordem jurídica seria mantida sem a participação dos indivíduos? Sem o efeito direto, os indivíduos estariam fora do processo de integração europeia. Se os juízes não tivessem garantido a interpretação finalística do Tratado, a União Europeia seria apenas uma superposição de soberanias como qualquer outra organização internacional. Isso porque não existiria um “centro de gravidade” do direito comunitário, pois as decisões seriam sempre dependentes da vontade política dos Estados, sendo a ordem jurídica do bloco prejudicada. A interpretação finalística realizada pelos juízes completou a lacuna deixada pelo legislador comunitário na ordem jurídica da União Europeia<sup>28</sup>, garantindo a participação dos indivíduos na construção de um mercado comum e no processo integração europeu como um todo.

Para responder a este questionamento que melhor se assemelha a uma “ficção científica”, seria possível sustentar que o estabelecimento de um mercado comum não seria alcançado, pois os atores econômicos seriam preteridos de sua construção, restando sem garantias jurídicas diretas. Alternativamente, poderia existir uma ordem jurídica deixada à pura discricionariedade dos Estados, que ditariam as regras do mercado comum de acordo com seus próprios interesses. Sem garantias, os atores econômicos ficariam mais reticentes para arcar com riscos inerentes às suas atividades, de forma a prejudicar a evolução econômica da Comunidade. Como diz Lecourt, o efeito direto é a chave para a integração jurídica, pois a Comunidade representa uma instituição com uma única fonte de direito, sendo autônoma e transcendental, impondo-se, simultaneamente e uniformemente, sobre as fronteiras dos Estados<sup>29</sup>. A uniformidade do direito é

27 Vide, por exemplo, T.J.C.E., *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, caso C- 6/64, 15 de julho 1964, *Rec.* pp.553 — 563, T.J.C.E., *Francovich e Bonifaci c. Itália.*, casos C- 6/90 e C-9/90, 19 de novembro de 1991, *Rec.* I- 5403 — I-5418).

28 PESCATORE, Pierre. La carence du législateur communautaire et le devoir du juge. PICOD, Fabrice (dir.), *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelas : Bruylant, 2008, pp. 613 — 636.,

29 LECOURT, Robert. *L'Europe des juges*, Bruxelas : Bruylant, 2008, réimpression de l'ouvrage publié en 1976. 321 p.

a temática central da Comunidade e tudo emana desta. Além disso, seria um paradoxo tentar alcançar um mercado comum e, ao mesmo tempo, recusar a uniformidade da lei, pois, não há unidade de mercado sem uma única base normativa que o regule, com validade comum e autoridade, e que seja aplicada a todos os seus atores.

Dessa forma, não foi uma única decisão que fez da União Europeia o que ela é hoje. Trata-se de um processo de construção complexo, impulsionado, sobretudo, pela interpretação teleológica fornecida pela Corte por meio de suas decisões. O frágil equilíbrio da ordem jurídica da União Europeia vem sendo garantido pelas Cortes nacionais diante das demandas de seus cidadãos. Não foi apenas o TJCE que contribuiu para a evolução da ordem jurídica da UE. As Cortes nacionais também desempenharam uma importante atuação concretizada por meio do reenvio prejudicial e garantida pela participação dos indivíduos através do princípio do efeito direto.

## Bibliografia

### I – Livros

- LECOURT, Robert. *L'Europe des juges*, Bruxelas: Bruylant, 2008, réimpression de l'ouvrage publié en 1976. 321 p.
- LECOURT, Robert. *Le juge devant le Marché commun*, éd. Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genebra, 1970. 69 p.
- CRAIG, Paul. DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law, Text, Cases and Materials*. 4 ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

### II – Artigos

- LECOURT, Robert. Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?, In: *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991, pp. 349-361.
- PESCATORE, Pierre. La carence du législateur communautaire et le devoir du juge. PICOD, Fabrice (dir.), *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxlas: Bruylant, 2008, pp. 615-636.
- PESCATORE, Pierre. L'arrêt Van Gend & Loos, du 3 février 1963 — une vue intérieure. PICOD, Fabrice (dir.), *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelas: Bruylant, 2008, pp. 977 — 985.



- PESCATORE, Pierre. The Doctrine of ‘Direct Effect: An Infant Disease of Community Law’, In: *European Law Review*, n.º 8, 1983, pp. 155-177.
- LENAERTS, Koen. Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community. In: *Common Market Law Review*, Kluwer Academic Publishers, n.º 28, 1991, pp. 11-35
- PESCATORE, Pierre. l’Exécutif Communautaire: Justification du Quadripartisme Institué par les Traités de Paris et de Rome. PICOD, Fabrice (dir.), *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelas: Bruylant, 2008, pp. 481— 502.
- HALBERSTAM, Daniel. Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend, In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. n.º 104. University of Michigan Law School, 2008.

### III — Jurisprudência

- T.J.C.E., *NV Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* pp. 207 — 215.
- T.J.C.E., Conclusão do Advogado-Geral Karl Roemer, 12 de dezembro de 1962, *NV Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*, caso C-26/62, 5 de fevereiro de 1963, *Rec.* pp. 33 — 58.
- T.J.C.E., *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, caso C— 6/64, 15 de julho 1964, *Rec.* pp. 553 — 563.
- T.J.C.E., *Francovich e Bonifaci c. Itália.*, casos C— 6/90 e C-9/90, 19 de novembro de 1991, *Rec.* I— 5403 — I-5418.



# OS MECANISMOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DA ATUAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS EM SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO REGIONAIS: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA, DO MERCADO COMUM DO SUL E DA COMUNIDADE ANDINA DAS NAÇÕES<sup>30</sup>

ELY CAETANO XAVIER JUNIOR<sup>31</sup>

FÁBIA PATRÍCIA SOUSA ANDÉREZ<sup>32</sup>

## Resumo

O processo de integração da União Europeia se baseia na proteção efetiva da ordem jurídica comunitária. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Comissão Europeia se destacam na atividade de controle do cumprimento do direito europeu, sobretudo por meio da ação de descumprimento, que serve para imputar a um Estado-membro a violação da legalidade comunitária. Outros processos de integração da América Latina dispõem de mecanismos de controle do cumprimento do direito comum, apresentando características particulares, que refletem as características específicas de cada um dos blocos. O sistema de solução de controvérsias do Mercado Comum do Sul possui natureza arbitral *ad hoc* com pouca força executória. A ação de descumprimento existente na Comunidade Andina das Nações apresenta um procedimento claramente definido, mas fundamenta a execução na compensação e na reciprocidade. No presente trabalho, busca-se descrever os diferentes mecanismos jurídicos de controle jurisdicional da atuação dos Estados-membros existentes na União Europeia, no Mercado Comum do Sul e na Comunidade Andina nas Nações.

## Palavras-chave

Ação de descumprimento, União Europeia, Tribunal de Justiça, integração regional, solução de controvérsias, Mercado Comum do Sul, Comunidade Andina.

---

30 Trabalho orientado pela professora Paula Wojcikiewicz Almeida.

31 Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional, da Société Européenne de Droit International e do British Institute of International and Comparative Law.

32 Formada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Jornalismo pela UFRJ, Máster en Periodismo de Agencia pela Universidad Rey Juan Carlos I em Madrid, Espanha. Especialista em “Globalización y procesos de integración en Europa y América” pela Universidade Carlos III de Madrid.

## Introdução

A União Europeia representa o processo mais avançado de integração regional na arena político-jurídica internacional. O corpo de normas integrado pelo direito originário, formado pelos tratados e pelo direito derivado, composto por regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres estabeleceu uma ordem jurídica que regula os poderes, direitos e obrigações dos sujeitos, bem como os procedimentos necessários para sancionar eventuais violações.

Diante desse sistema jurídico complexo, foi atribuída aos tribunais nacionais, em geral, a competência para interpretar e aplicar o direito europeu. Por sua vez, a necessidade de preservação da coesão do bloco e de uniformização do Direito fundamentou a atribuição a uma jurisdição especializada da função de garantir, em última instância, o controle da aplicação do Direito pelos tribunais nacionais, bem como a correta interpretação das normas comunitárias. Nesse sentido, a integração supranacional está diretamente vinculada à aplicação fiel, uniforme e irrestrita do direito europeu por todos os Estados, garantindo a aplicabilidade imediata, o efeito direto e a primazia do direito europeu sobre o direito nacional. Para tanto, foram atribuídas à Comissão Europeia e ao Tribunal de Justiça da União Europeia as funções de fiscalização e controle respectivamente.

Nesse âmbito, destaca-se o controle jurisdicional da legalidade comunitária exercido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, conforme o artigo 19.1 do Tratado da União Europeia. Enquanto órgão supranacional responsável por manter o cumprimento e uniformidade do direito europeu entre os Estados-membros e instituições, o Tribunal de Justiça da União Europeia atua em uma dupla função de integração jurídica<sup>33</sup>. Se por um lado controla a legalidade dos atos das instituições e Estados da União Europeia, por outro assegura a correta interpretação do direito europeu nas legislações nacionais.

Dentre os cinco procedimentos mais comuns apresentados ao Tribunal de Justiça da União Europeia, quais sejam o reenvio prejudicial, a ação de descumprimento, o recurso de anulação, o recurso de omissão e a ação de responsabilidade, o único mecanismo criado para compelir os Estados-membros a cumprir o direito do bloco é a ação de descumprimento<sup>34</sup>. Nesta, o Tribunal investiga as alegações de que um Estado-membro não cumpre as obrigações definidas pela normativa da União Europeia e dita sua sentença. Caso a sentença não seja respeitada pelo Estado, a Comissão Europeia pode iniciar outra fase do

33 MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *El tribunal de Justicia de la Unión Europea y su contribución al proceso de integración europea*. 2006. Disponível em: <<http://www.cj.org.ni/press/seminarios/granada-oct-06/>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2010.

34 Cf. UNIÃO EUROPEIA. El Tribunal de Justicia. Disponível em: <[http://europa.eu/institutions/institute/justice/index\\_es.htm](http://europa.eu/institutions/institute/justice/index_es.htm)>. Acesso em: 4 de dezembro de 2010.

procedimento jurisdicional, objetivando a fixação de uma sanção pecuniária pelo descumprimento do Estado.

Da mesma forma, em outros processos de integração regionais, encontramos movimentos análogos, no sentido de assegurar a correta interpretação de normas comuns entre seus membros, cada qual em diferentes estágios de desenvolvimento e institucionalização, e com diferentes respostas às realidades econômicas, jurídicas e institucionais próprias de cada processo de integração.

O objetivo deste ensaio é descrever o controle jurisdicional exercido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio da ação de descumprimento, como instrumento processual da manutenção da coesão do sistema jurídico europeu (I) e apresentar os contornos gerais das soluções jurídicas análogas à ação de descumprimento, tal como concebida no direito europeu, desenvolvidas e utilizadas por processos de integração regional da América Latina (II). Para empreender tal tarefa, optou-se por partir da perspectiva teórica do Direito Comparado, utilizando-o como ferramenta metodológica para o estudo, muito embora a comparação não esteja circunscrita no objetivo precípua do trabalho<sup>35</sup>. O Direito Comparado é reconhecido como um valioso instrumento de interpretação e reforma da lei ao fornecer alternativas ao legislador<sup>36</sup>. Sua vantagem consiste em fornecer informações das soluções jurídicas encontradas nos diversos ordenamentos jurídicos em análise<sup>37</sup>. Por meio dele, os juristas são capazes também de reconhecer semelhanças e divergências entre os diversos ordenamentos, facilitando a cooperação<sup>38</sup>. Sob essa perspectiva, não se busca comparar axiologicamente os diferentes mecanismos de controle jurisdicional desenvolvidos na União Europeia, no Mercado Comum do Sul e na Comunidade Andina das Nações. O escopo primordial do estudo caminhou no sentido do delineamento dos instrumentos processuais e mecanismos de controle jurisdicional existentes nos referidos processos de integração.

35 Nas palavras de Marilda Rosado, “é mister utilizarmos o Direito Comparado, com papel preponderante em sua função de apoio ao Direito Internacional Privado. Se o estudo do Direito Comparado permite uma melhor compreensão dos ordenamentos jurídicos nacionais, pela fixação das distinções entre os sistemas, bem apropriado ele se mostra para auxiliar a tarefa que ora empreendemos.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as Joint Ventures na indústria do Petróleo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21.

36 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44.

37 VALCKE, Catherine. *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=385861>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2010, p. 2-3.

38 MERRYMAN, John Henry; CLARK, David S. *Comparative Law: Western European and Latin American Legal System: Cases and Materials*, p. 23 *apud* DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 44.

## I — Os mecanismos de controle jurisdicional na União Europeia: a ação de descumprimento

Em função da aplicação descentralizada de um direito centralizado, aos Estados-membros incumbe a execução do direito europeu, tornando-se indispensável a existência de mecanismos capazes de verificar o estrito cumprimento de suas obrigações. A ação de descumprimento é, portanto, o mecanismo jurisdicional previsto para salvaguardar o respeito à ordem jurídica comunitária pelos Estados membros, estando previsto nos artigos 258 a 260 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Trata-se de uma das expressões mais características da construção comunitária, “ultrapassando de longe as regras admitidas em direito internacional clássico para assegurar a execução das obrigações dos estados”<sup>39</sup>. A ação de descumprimento tem sua utilização assentada na imputação a um Estado-membro da violação da legalidade comunitária (A) e seu processamento definido por regras muito precisas e particulares (B).

### A) Definição e limites do conceito de descumprimento

A participação do Estado-membro na União Europeia pressupõe o cumprimento da normativa comunitária de maneira mais intensa do que pela derivação imediata do princípio *pacta sunt servanda*. Os Estados se vinculam ao direito europeu tanto para abster-se de praticar quaisquer medidas contrárias às disposições comunitárias, quanto para adotar todas as medidas necessárias ao atendimento dos objetivos comuns do bloco. Estabelece-se, portanto, uma obrigação de lealdade<sup>40</sup>, cujo teor ultrapassa o cunho político e alcança a esfera jurídica, aproximando-se do princípio da boa fé<sup>41</sup>.

Nesse sentido, a ação de descumprimento cumpre importante papel, uma vez que ela tem a finalidade, nas palavras de Molina del Pozo<sup>42</sup>, de “permitir a determinação do conteúdo exato das obrigações correspondentes aos Estados-membros, impostas pelas normas de direito europeu, no caso de existir divergência de interpretação, fazendo possível, à semelhança do contencioso de anulação, assegurar a execução das obrigações correspondentes aos Estados-membros e garantir, deste modo, a proteção jurídica de todos os sujeitos da União”.

A jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o Estado-membro é obrigatória em todos os casos, não estando, portanto, sujeita a ne-

39 CJCE, 15 de julho de 1960, *Itália c. Alta Autoridade*, caso C-20/59, *Rec.*, p. 663

40 CJCE, 22 de setembro de 1988, *Comissão c. Grécia*, caso C-272/86, *Rec.*, p. 4895.

41 LE HARDY DE BEAULIEU, Louis. *L'Union européenne: introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*. Presses universitaires de Namur: Namur (Belgique), 2002, pp. 156.

42 MOLINA DEL POZO, op. cit., 2010.

nhuma reserva<sup>43</sup>. Este fato é relevante no cenário jurídico internacional, no qual normalmente os Estados escolhem submeter-se ou não a órgãos jurisdicionais, de forma voluntária, portanto.

Nesse sentido, os artigos 258 a 260 do TFUE prevêem o procedimento aplicável quando os Estados deixam de cumprir alguma das obrigações que lhes são impostas “por força dos Tratados”. A utilização desta expressão indica que o descumprimento pode ter origem fora do texto estrito da normativa comunitária, alcançando obrigações que tenham força obrigatória derivada de outra fonte do direito. Evidencia-se, dessa maneira, que o descumprimento pode recair tanto sobre uma obrigação do direito primário quanto do direito derivado. Além disso, o descumprimento se caracteriza também pela inobservância dos acordos internacionais assinados pela Comissão atuando em substituição aos Estados-membros<sup>44</sup>, pelo desrespeito aos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>45</sup> e pela violação aos princípios gerais do direito<sup>46</sup>.

Na ação de descumprimento, o substrato fático para julgamento do mérito deve ser apresentado de maneira precisa<sup>47</sup> pelo requerente, que possui o ônus de provar o descumprimento. A esse respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia assentou entendimento no sentido de que o descumprimento é passível de materialização (a) pela adoção de uma medida nacional contrária ao direito europeu, (b) pela omissão de adotar medidas executivas determinadas pela normativa comunitária, (c) pela recusa em revogar a legislação interna incompatível com o direito europeu e (d) pelo atraso na execução de algum instrumento jurídico do direito europeu<sup>48</sup>. Além disso, a mera existência de disposições nacionais incompatíveis com o direito europeu, ainda que não efetivamente aplicadas ou não efetivamente aplicáveis, enseja a propositura da ação de descumprimento<sup>49</sup>. Para o Tribunal de Justiça, o descumprimento é caracterizado mesmo com a transposição da norma comunitária, quando subsiste legislação nacional contrária capaz de gerar uma situação de ambiguidade para os sujeitos de direito<sup>50</sup> ou quando são adotadas instruções administrativas puramente internas e verbais<sup>51</sup>.

43 HONRUBIA, Victoria Abellán; COSTA, Blanca Vilà; RAYO, Andreu Olesti. *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Barcelona: Editorial Ariel, 2005, p. 198.

44 CJCE, 12 de dezembro de 1972, *International Fruit Company NV c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, casos C-21/72, C-22/72, C-23/72 e C-24/72, *Rec.*, p. 1219.

45 CJCE, 15 de julho de 1972, *Comissão c. Itália*, caso C-48/71, *Rec.*, p. 529.

46 VAN RAEPENBUSCH, Sean. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. 3ª ed. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2001, p. 474.

47 CJCE, 1º de março de 1983, *Comissão c. Bélgica*, caso C-301/81, *Rec.*, p. 467.

48 VAN RAEPENBUSCH, op. cit., p. 475.

49 CJCE, 15 de abril de 1970. *Comissão c. Itália*, caso C-28/69, *Rec.*, p. 195.

50 CJCE, 13 de julho de 1972, *Comissão c. Itália*, caso C-48/71, *Rec.*, p. 529.

51 VAN RAEPENBUSCH, op. cit., p. 475

Do ponto de vista subjetivo, a ação de descumprimento pode ser proposta perante o Tribunal de Justiça da União Europeia pela Comissão Europeia, de ofício ou a requerimento de algum indivíduo que apresente sua queixa à Comissão, ou por algum Estado-membro em face do Estado-membro descumpridor. O descumprimento pode se originar diretamente do governo do Estado-membro ou indiretamente de qualquer instituição a ele ligada, ainda que tal instituição possua um “caráter constitucionalmente independente”<sup>52</sup>. Assim, nem a lentidão normal do processo parlamentar, nem uma crise ministerial ou suspensão dos trabalhos legislativos, nem a dissolução do Parlamento são consideradas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia justificativa suficiente para o descumprimento da normativa comunitária<sup>53</sup>.

#### **B) Aspectos procedimentais da ação de descumprimento**

Na maioria das vezes a Comissão é a responsável por dar início à propositura da ação de descumprimento<sup>54</sup>. Esta propositura ocorre quando a guardiã dos tratados comprova que algum Estado descumpriu a proposta integradora da União ao não levar a cabo a persecução do direito europeu. Quando ocorre de um Estado iniciar o procedimento, este deve submeter primeiramente o assunto à Comissão, que solicita que cada Estado afetado apresente suas observações em um procedimento contraditório<sup>55</sup>.

Nesses casos, a Comissão age a partir de uma denúncia recebida de um particular ou feita por outros Estados-membros. Uma vez recebida a denúncia e dispondo de elementos suficientes que a façam suspeitar do descumprimento, a Comissão precisa esgotar um procedimento administrativo previamente à submissão da ação no Tribunal de Justiça, denominado fase pré-contenciosa ou administrativa. Neste procedimento, participam a própria Comissão e o Estado-membro afetado. A decisão de iniciar o procedimento parte da Comissão e esta inicia a fase com a remissão de um requerimento destinado ao Estado-membro descumpridor<sup>56</sup>. Nesse requerimento consta o descumprimento, bem

52 CJCE, 5 de maio de 1970, *Comissão c. Bélgica*, caso C-77/69, *Rec.*, p. 244, par. 15.

53 CAMPOS, João Mota de. *Direito europeu: o ordenamento jurídico comunitário*, v. 2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 409.

54 Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia já reconheceu o papel da Comissão Europeia de fiscalizadora do cumprimento do direito europeu. Cf. CJCE, 10 de maio de 1995, *Comissão c. Alemanha*, caso C-422/92, *Rec.*, p. 1097.

55 A perspectiva de manter a ingerência da Comissão Europeia sobre os procedimentos relativos ao descumprimento do direito europeu é verificada por essa sistemática prevista no artigo 259 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

56 HONRUBIA et al., op. cit., p. 200.



como o dever do Estado de responder em um determinado período de tempo com suas observações sobre a adaptação do direito interno às exigências do direito europeu. Se ainda assim o Estado não responder ou não for satisfatória a resposta ao requerimento, a Comissão responderá com uma nova emissão de um parecer, desta vez motivada e detalhada quanto aos motivos de fato e de direito do descumprimento, que funciona como uma advertência solene para o Estado. Instado a adotar essas medidas e, ainda assim, não as cumprindo no novo prazo dado, o Estado sofrerá novo procedimento, desta vez já ante o Tribunal de Justiça, chamado de fase jurisdicional<sup>57</sup>.

Além de definir de forma clara e bem argumentada o descumprimento por parte do Estado-membro, a demanda da Comissão perante o Tribunal de Justiça deve apresentar os mesmos motivos que foram estabelecidos no parecer fundamentado, sem ampliar ou modificar. Eventual modificação feita pelo Estado posteriormente ao momento de apresentação deste último pode ser considerada apenas para um novo procedimento<sup>58</sup>. Conforme nos indicam Honrubia, Costa e Rayo, “a existência de um descumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-membro tal como esta se apresentava ao finalizar o prazo apontado no ditame motivado. As mudanças produzidas posteriormente não podem ser tidas em conta pelo Tribunal de Justiça”<sup>59</sup>.

O Estado-membro, por sua vez, deve basear sua defesa em razões de fato ou de direito. Cabe mencionar que somente naqueles casos em que a Comissão consiga provar o descumprimento é que o Estado está obrigado a apresentar seus argumentos. Interessante é destacar que uma das raízes da fortaleza jurídica apresentada pela União Europeia encontra-se justamente na atuação firme do Tribunal de Justiça, cuja defesa da aplicação do direito europeu é feita sem que sejam abertas brechas para casuísmos ou particularidades desagregadoras do processo de integração. Neste sentido, o Tribunal não aceita defesas de descumprimento baseadas em uma situação de crise econômica interna ou razões de mudanças políticas no Estado-membro. Da mesma forma, alegações de nulidades que não forem anteriormente suscitadas pelo Estado sob a forma de ação anulatória não poderão ser motivo de defesa, assim como o princípio da reciprocidade, de utilização manifesta no Mercosul e outros processos de integração regional, não tem aplicação no direito europeu e, portanto, não pode embasar eventual defesa de descumprimento pelo Estado-membro.

57 Não há prazo de prescrição para que a Comissão ajuíze a ação, embora a jurisprudência aponte para a necessidade de um uso não abusivo deste poder, sob pena de inadmissibilidade da demanda.

58 CJCE, 18 de junho de 1998, *Comissão c. Itália*, caso C-35/96, *Rec.*, p. 385.

59 HONRUBIA et al., op. cit., p. 199.

Uma vez apresentada a defesa, o acórdão proferido pelo Tribunal terá caráter declaratório, efeito de coisa julgada e será obrigatória para o Estado. Esse acórdão constata a existência do descumprimento não podendo, portanto, anular, por exemplo, as disposições legais nacionais contrárias ao direito europeu ou os atos incriminados ou ainda adotando as medidas legais necessárias<sup>60</sup>. Desta forma, o Tribunal não pode exigir a adoção de medidas concretas pelo Estado ou ainda impor um prazo no qual o Estado deva acatar de forma efetiva o acórdão<sup>61</sup>. O Estado precisa, conforme o artigo 260 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, adotar as medidas necessárias para a execução do acórdão, bem como aplicar as disposições para a realização do direito europeu, eliminando o descumprimento e suas consequências.

Como indicado pelo artigo 65 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o acórdão tem força obrigatória desde o dia em que é ditado. O efeito declaratório do mesmo faz com que haja efeito *ex tunc*, determinando que o descumprimento seja constatado em relação a todo o tempo durante o qual se verificou<sup>62</sup>. Ao acórdão cabe constatar em abstrato uma situação jurídica de um comportamento ilícito determinado, sendo este seu objetivo.

O artigo 260.2 do TFUE prevê o procedimento sancionador para casos nos quais o Estado não cumpre o acórdão. Verificado que o país não tomou as medidas necessárias, a Comissão abre um prazo para que o Estado apresente suas observações. Sem obter satisfação, a Comissão submete o caso ao Tribunal, propondo uma sanção. Honrubia, Costa e Rayo afirmam que a propositura da ação de descumprimento do acórdão é ato discricionário da Comissão e que esta petição não interfere na decisão do Tribunal de impor ou não uma sanção, embora a Comissão seja responsável por indicar o importe que considere adequado em função do “descumprimento do descumprimento”, quando o Estado não cumpre o acórdão do Tribunal.

No passado, não existiam instrumentos que exigissem do Estado a execução do acórdão. A obrigação se encerrava no dever imposto pelo antigo artigo 171 do Tratado das Comunidades Europeias, que induzia o cumprimento sem que houvesse incidência de algum tipo de sanção. O único remédio ficava por

60 EUROPEAN UNION. *The decision-making process and the work of the institutions*. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/index\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/index_en.htm)>. Acesso em: 03 de dezembro de 2010.

61 HONRUBIA et al., op. cit., p. 204.

62 Na sentença proferida pelo Tribunal de Justiça no caso Humblet, fica claro que além de cessar o descumprimento, o Estado deve “reparar os efeitos ilícitos que possa ter ocasionado” (tradução livre). Cf. DIEZ-HOCHLEITNER, JAVIER. La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del tribunal de justicia por los estados miembros, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 20, n. 3, p. 837-899, 1993, p. 844.

conta da Comissão que poderia demandar, novamente, o inadimplente, desta vez por inexecução do acórdão e não mais por infração ao direito europeu. É interessante, a esse respeito, citar o entendimento de Javier Diez-Hochleitner no sentido de que “não existem dúvidas de que, em uma comunidade de direito, a ausência de mecanismos que assegurem de maneira efetiva o cabal cumprimento das sentenças do Tribunal de Justiça pelos Estados-membros — como é o caso do Tratado CEE e do Tratado CEEA — constitui uma lacuna importante. Uma lacuna que, além de tudo, a prática posterior não foi capaz de cobrir em toda sua extensão”<sup>63</sup>.

Embora, antes do Tratado de Maastricht, houvesse registro de poucos casos dessa natureza, o inconveniente da situação estimulou a União Europeia a incluir uma disposição capaz de compelir os Estados a efetivarem o conteúdo do acórdão. Com a alteração pelo Tratado de Maastricht, criou-se a redação do atual artigo 260.2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que além de explicitar um novo procedimento de infração em caso de descumprimento, trouxe para o Tribunal a possibilidade de impor ao Estado o pagamento de um montante de quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória. Mais recentemente, o Tratado de Lisboa excluiu de parte do procedimento pré-contencioso para a ação de descumprimento do descumprimento, determinando que, após a manifestação do Estado-membro, a Comissão não precisará proferir outro parecer fundamentado, podendo recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, indicando a sanção que entenda cabível. Na opinião de Javier Diez-Hochleitner e de outros juristas, o regime de sanção adotado ainda é fonte de confusões e incertezas. Mas, segundo ele, a alteração do artigo mencionado contribuiu fortemente para aumentar o comprometimento dos Estados com o Direito europeu e com os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça<sup>64</sup>.

Tema controverso é apresentado pela redação do artigo, quando emprega a conjunção “ou”, dando sentido alternativo à punição possível. Para o autor

63 DIEZ-HOCHLEITNER, op. cit., p. 838. No original: “qué duda cabe que, en una Comunidad de Derecho, la ausencia de mecanismos que aseguren de manera efectiva el cabal cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros — como es el caso en el Tratado CEE y en el Tratado CEEA — constituye una laguna importante. Una laguna que, además, la práctica ulterior no ha sido capaz de cubrir en toda su extensión”

64 Tal dispositivo oferece uma possibilidade clara de sanção para a questão, sensível para os cofres públicos dos Estados, uma questão que poderia ser interessante para outros processos de integração. O artigo 260.2 do TFUE dispõe que “[s]e a Comissão considerar que o Estado-membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante de quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-membro, que considerar adequada às circunstâncias”.

acima mencionado, estas não são antitéticas e sim respondem a necessidades diferentes: “caráter punitivo ou repressivo do comportamento antijurídico”, além de constituir um mecanismo a fim de forçar a que o Estado membro cesse a infração. Para Diez-Hochleitner, as sanções pecuniárias compulsórias devem prevalecer sobre o pagamento de um montante fixo, vez que o objetivo preponderante do Tribunal, neste procedimento, é fazer com que o Estado cesse o descumprimento. De outra forma, ele sugere a aplicação do montante fixo quando o Estado-membro já executou o acórdão antes que o Tribunal ditasse o novo acórdão, após o parecer fundamentado emitido pela Comissão quando finalizado o procedimento pré-contencioso e uma vez interposto ou não o novo recurso.

Cabe mencionar aqui que o terceiro parágrafo do referido artigo oferece ao Tribunal discricionariedade para que este decida tanto pela imposição de uma sanção pecuniária compulsória como pelo pagamento de um montante fixo como por nenhum deles, ainda que haja uma proposta submetida a este pela Comissão<sup>65</sup>. O valor a ser definido pela Comissão deve ser, segundo manifestação do Tribunal, suficiente para produzir um efeito dissuasivo, ser efetivo e proporcional. Busca-se, com isso, que a pena seja suficientemente dissuasiva como para assegurar o respeito à legalidade.

A Comissão Europeia inclui, nos pedidos ao Tribunal de Justiça, o pedido de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória por dia ou período de atraso subsequente ao acórdão proferido a título do artigo 260º do TFUE e de pagamento de um montante fixo que sancione a continuação da infração entre o primeiro acórdão por descumprimento e o acórdão proferido a título do

---

65 A Comissão Europeia é competente para propor os valores que entenda adequados para penalizar o descumprimento do direito europeu. Considerando os objetivos de assegurar a transposição em tempo útil do direito da União e prevenir a repetição do descumprimento, a Comissão considera a gravidade da infração, a sua duração, e a necessidade de assegurar o efeito dissuasivo da própria sanção para evitar reincidências. As sanções propostas pela Comissão ao Tribunal de Justiça devem ser previsíveis para os Estados-membros e calculadas segundo um método que respeite simultaneamente os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento entre os Estados-membros. É também importante dispor de um método claro e uniforme, impedindo a aplicação de sanções meramente simbólicas, as quais retirariam desse instrumento qualquer efeito útil e contrariaria o objetivo de assegurar a transposição das diretivas nos prazos previstos. Nesse sentido, a Comissão estabeleceu coeficientes de duração (em função do tempo do descumprimento), de gravidade (em função de fatores como o impacto da infração sobre o funcionamento da União Europeia, os montantes financeiros envolvidos na infração, e o percentual da população afetada pela infração) e de capacidade de pagamento (em função do Produto Interno Bruto e da ponderação de votos do Conselho Europeu) para realizar o cálculo dos montantes fixo e progressivo. A esse respeito, cf. COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão — Aplicação do artigo 228.º do Tratado CE. 13 de dezembro de 2005*, SEC/2005/1658; COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão — Aplicação do artigo 260.º, n.º 3, do TFUE. 12 de janeiro de 2011. Jornal Oficial da União Europeia*, 2011/C 12/01.

artigo 260º do TFUE<sup>66</sup>. Nesse sentido, a Comissão considera que, a partir da finalidade do dispositivo encerrado no artigo 260º do TFUE, a cumulação dos dois tipos de sanção no mesmo acórdão é plenamente aceitável<sup>67</sup>. O Tribunal de Justiça da União Europeia confirmou que os dois tipos de sanção pecuniária (montante fixo e montante progressivo) podiam ser cumulados relativamente à mesma infração<sup>68</sup>.

Parece caro que o regime jurídico atual da ação de descumprimento traduziu-se em importante avanço para os sistemas político e jurídico comunitários. Primeiro, pela busca de estabelecer um equilíbrio na relação entre os efeitos do descumprimento e a pena que o Estado deve suportar por seu comportamento; segundo, porque transfere à União Europeia a determinação da sanção, evitando que os Estados-membros se utilizem de sanções recíprocas, as quais seriam extremamente nocivas ao processo de integração regional.

## II — Mecanismos de controle jurisdicional em processos de integração regional da América Latina

Nos processos de integração regional, o cumprimento do direito comum afigura-se extremamente relevante para a estabilidade do bloco. Dessa maneira, são desenvolvidos mecanismos que permitam o controle de cumprimento do direito comum. A ação de descumprimento na União Europeia constitui um exemplo notório, do ponto de vista jurisdicional, desse controle de cumprimento da normativa Europeia. Revela-se importante, entretanto, estudar a existência de outros mecanismos de controle jurisdicional em outros processos de integração. Dentre os processos de integração regional na América Latina, optou-se por considerar especificamente o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) (A) e a Comunidade Andina das Nações (CAN) (B), uma vez que o primeiro bloco reúne os países de maior expressividade econômica da região e que o segundo bloco apresenta desenvolvimento institucional relativamente consolidado.

### A) Mecanismos arbitrais de controle da aplicação do direito do mercado Comum do Sul

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) é um bloco econômico de natureza intergovernamental, classificado como uma união aduaneira imperfeita, cujas

66 COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão — Aplicação do artigo 228.º do Tratado CE. 13 de dezembro de 2005*, SEC/2005/1658, p.3.

67 COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão — Aplicação do artigo 260.º, n.º 3, do TFUE. 12 de janeiro de 2011. Jornal Oficial da União Europeia*, 2011/C 12/01.

68 CJCE, 12 de julho de 2005, *Comissão c. França*, caso C-304/02, *Rec.*, p. 1-6263.

bases jurídicas estão assentadas no Tratado de Assunção. O bloco apresenta reconhecida relevância econômica regional, reunindo países que somam um Produto Interno Bruto de aproximadamente 800 bilhões de dólares.

A estrutura de solução de controvérsias do Mercosul, trazida pelo Tratado de Assunção de 26 de março de 1991, revelava-se bastante incipiente, sendo marcada, sobretudo, pela consulta e pela negociação. Desse modo, quando surgisse entre os Estados-partes alguma disputa relativa à interpretação ou aplicação do Tratado de Assunção, essa deveria, primeiramente, ser resolvida por meio da negociação direta entre as partes. Não sendo, desse modo, encontrada uma solução, os Estados envolvidos poderiam encaminhá-la ao Grupo Mercado Comum, o qual teria sessenta dias para expedir uma recomendação acerca da questão. Se, ainda assim, não fosse possível alcançar uma pacificação, a questão seria submetida ao Conselho de Mercado Comum, que expediria nova recomendação.

Diante da incipiência do mecanismo criado pelo Tratado de Assunção, tornou-se necessária a formulação de um mecanismo de solução de controvérsias mais extensivo e harmonizado com o processo de transição vivido pelo Mercosul. Para atender a essa necessidade, foram adotados o Protocolo de Brasília de 17 de dezembro de 1991 e o Protocolo de Ouro Preto de 17 de dezembro de 1994<sup>69</sup>, os quais previam três modalidades de solução de controvérsias: negociação direta entre os Estados, conciliação com participação do Grupo Mercado Comum e arbitragem *ad hoc*. Ademais, este Protocolo estabelecia que, além dos Estados-partes, também particulares<sup>70</sup> podiam ter acesso ao mecanismo de solução de controvérsias do bloco.

Atualmente, o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul é regulamentado pelo Protocolo de Olivos de 18 de fevereiro de 2002, vigente desde 1º de janeiro de 2004. Uma das principais inovações deste Protocolo foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão, órgão principal do sistema, em razão de sua competência para conhecer e resolver os recursos de revisão contra

---

69 O art. 43 do Protocolo de Ouro Preto, que trata da estrutura institucional do Mercosul, faz remissão às disposições do Protocolo de Brasília, no que tange ao mecanismo de solução de controvérsias, determinando que “[a]s controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991.”

70 O art. 25 do Protocolo de Brasília estabelece que: “[o] procedimento estabelecido no presente capítulo aplicar-se-á às reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, das decisões do Conselho do Mercado Comum ou das resoluções do Grupo Mercado Comum”.

os laudos dos Tribunais Arbitrais *ad hoc*. Além disso, o Tribunal Permanente de Revisão é o órgão constituído como instância jurisdicional para conhecer e resolver (a) opiniões consultivas, (b) solução de controvérsias em única instância e (c) procedimentos especiais para entender casos excepcionais de urgência.

Os laudos arbitrais proferidos pelos Tribunais Arbitrais *ad hoc* e pelo Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados-partes na controvérsia a partir de sua notificação e terão, com relação a eles, força de coisa julgada. No caso dos laudos arbitrais provenientes do Mercosul, Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva asseveram que a “força obrigatória não deve ser confundida com a força executória, que, na verdade, não existe, devido à ausência de uma autoridade internacional à qual incumba assegurar a execução das decisões arbitrais”<sup>71</sup>. Na hipótese de não cumprimento do laudo arbitral, o Protocolo de Olivos procedeu à regulamentação das medidas compensatórias provisórias, como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, que anteriormente eram previstas como um ato unilateral dos Estados. O Protocolo e seu regulamento — a Decisão MERCOSUL/CMC/DEC n° 37/03 — se preocuparam igualmente em incluir disposições com o intuito de racionalizar o quantum, a extensão e a duração das medidas compensatórias<sup>72</sup>. De acordo com a sistemática das medidas compensatórias, o Estado-parte prejudicado pelo descumprimento do laudo arbitral tem o prazo de até um ano da notificação do trânsito em julgado para implementar as medidas compensatórias em face do Estado-parte descumpridor, devendo realizar uma comunicação do início da medida com antecedência mínima de quinze dias. As medidas aplicadas devem residir no setor comercial objeto da lide, exceto quando se mostrarem ineficazes, casos em que poderão ser estendidas a outros setores comerciais. O Estado-parte pode utilizar a arbitragem *ad hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão para discutir se as medidas aplicadas são proporcionais<sup>73</sup>.

Em linha com o desenvolvimento histórico e institucional do Mercosul, observa-se que o sistema de solução de controvérsias, de natureza *ad hoc*, se pauta pela consensualidade e pela celeridade na solução dos casos que lhe são submetidos, primando, sempre que possível, pela solução das demandas através de negociações diretas ou pela intervenção do Grupo Mercado Comum. Dentro do Mercosul, a obrigatoriedade do cumprimento dos laudos arbitrais repousa na aplicação dos princípios basilares do Direito Internacional: reciprocidade e

71 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 420.

72 BARRAL, Welber. O Protocolo de Olivos e o Mercosul. *Revista Sequência*, n. 44, p. 149-166, jul. 2002.

73 MARTINS, Eliane M. Octaviano. Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. *Direito Público*, n. 17, p. 23-34, jul.-set. 2007.

*pacta sunt servanda*. Dessa maneira, se o Estado-parte condenado descumprir o laudo arbitral, o Estado-parte prejudicado poderá aplicar medidas compensatórias ou de efeito equivalente em face do Estado-parte descumpridor, o que não é inteiramente compatível com o objetivo de promover a integração regional, gerando, ademais, insegurança jurídica. Da mesma forma, o retardamento ou a não adoção das medidas de execução de uma norma do Mercosul para sua entrada em vigor internamente poderá ensejar a responsabilização do Estado-parte pela violação do direito do bloco, mas não acarretará sanções pecuniárias decorrentes de tal descumprimento<sup>74</sup>.

A esse respeito, cumpre mencionar, como exemplo do retardamento na internalização das decisões arbitrais do Mercosul, que o laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul de 19 de abril de 2002 determinou a obrigação da República Federativa do Brasil de internalizar as Resoluções discutidas no caso, no prazo máximo de 120 dias<sup>75</sup>. O Ministério de Relações Exteriores do Brasil, em resposta ao Requerimento de Informações nº 2.198/05 da Câmara dos Deputados, reconheceu que o laudo arbitral era obrigatório e que deveriam ser tomadas as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.189 de 2005, com vistas a alterar a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, promovendo a incorporação da normativa do Mercosul. O Projeto de Lei encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados<sup>76</sup>. Observa-se, portanto, que, mesmo após oito anos do laudo arbitral do Mercosul, as normativas apontadas no laudo não foram incorporadas à legislação nacional.

Em síntese, o sistema de controle de aplicação do direito comum no Mercosul apresenta-se fundamentado apenas no princípio *pacta sunt servanda* e na reciprocidade, inexistindo uma autoridade autônoma para fiscalizar a execução das determinações do bloco. O mecanismo de medidas compensatórias se caracteriza por conferir uma eficácia executiva *lato sensu* ao laudo arbitral do Mercosul, uma vez que não exige, ao contrário da União Europeia, a instauração de novo procedimento jurisdicional para sua aplicação. A medida compensatória

74 ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. A execução do direito da integração do MERCOSUL: uma limitação da autonomia dos Estados partes. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 1, p 155-167, jan./abr. 2009, p.162.

75 Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, 19 de abril de 2002, *República Argentina c. República Federativa do Brasil*, caso “Obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro. Não incorporação das Resoluções GMC nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, o que impede sua entrada em vigência no Mercosul”. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6)>. Acesso em: 27 de novembro de 2010.

76 Conforme informação da Câmara dos Deputados. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=306460](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=306460)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2010.



é aplicada diretamente por um Estado-parte em face de outro Estado-parte, inexistindo um controle jurisdicional institucionalizado e autônomo para sancionar o descumprimento do direito do bloco.

**B) Mecanismos jurisdicionais de controle da aplicação do direito da Comunidade Andina das Nações**  
Ainda que apresente dimensão econômica relativamente reduzida, a CAN possui uma estrutura institucional bastante consolidada, tendo em vista que o surgimento do bloco ocorreu com o Acordo de Cartagena ainda em 1969. Ao longo dos mais de quarenta anos de existência, a CAN logrou êxito na estruturação de alguns órgãos intergovernamentais, como o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (1979) e o Parlamento Andino (1979).

A solução de controvérsias na Comunidade Andina (CAN) inclui uma série de procedimentos jurisdicionais que se desenvolvem perante o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina. Dentre esses procedimentos, destaca-se a existência de uma ação de descumprimento, cuja estrutura procedimental é bastante próxima daquela existente no direito europeu.

A ação de descumprimento encontra-se regulada pelos artigos 23 a 31 do Tratado do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, prevendo que o Tribunal Andino e a Secretaria Geral exerçam um controle do cumprimento das obrigações impostas aos Estados-membros a partir do ordenamento jurídico andino.

Os Estados-membros da Comunidade Andina são obrigados a cumprir todas as normas contidas no arcabouço normativo do bloco<sup>77</sup>, de maneira que o descumprimento se caracteriza quando os Estados-membros adotam medidas contrárias ao ordenamento jurídico andino ou quando se abstém de adotar medidas a eles impostas por uma norma comunitária.

A ação de descumprimento se desenvolve em duas fases: uma de caráter prejudicial na Secretaria Geral e outra de caráter judicial perante o Tribunal Andino. A fase prejudicial pode ser iniciada de ofício pela Secretaria Geral ou como consequência de reclamações apresentadas por Estados-membros ou particulares afetados.

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina entende que “la obligación de los Países Miembros de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino o de abstenerse de emplear aquellas que obstaculicen su aplicación, tiene su fuente primaria en la naturaleza de ‘Comunidad de Derecho’ que caracteriza al proceso de integración andino y, particularmente, reposa esa obligación en los principios de aplicación preeminente, directa e inmediata de las normas comunitarias en el territorio de los Países Miembros”. Cf. TJCA, 16 de noviembre de 2001, Secretaría General c. Venezuela, caso 51-AI-2000, *Gaceta*, n. 750.

A Secretaria Geral emite uma nota precisando o objeto do descumprimento, as normas que causam o descumprimento e as razões pelas quais considera que o direito comunitário é descumprido. Ao Estado-membro é concedido um prazo para que apresente suas contestações, as quais são apreciadas pela Secretaria Geral e servem de base para que a Secretaria emita um parecer fundamentado (*dictamen motivado*) sobre o estado do descumprimento e, se for o caso, fixe um prazo para que o Estado-membro adote as medidas necessárias para sanar o descumprimento.

A opinião da Secretaria Geral, quando descumprida, enseja a instauração da fase judicial perante o Tribunal Andino, o qual, após apuração do descumprimento, emitirá sentença declaratória fixando prazo para a adequação do ordenamento jurídico nacional à normativa comunitária.

Descumprida a sentença do Tribunal Andino, o mesmo órgão poderá realizar um procedimento sumário, em que ditará nova sentença declaratória, autorizando que os outros Estados-membros suspendam do Estado-membro descumpridor as garantias existentes no Acordo de Cartagena<sup>78</sup>.

Evidencia-se, portanto, que o sistema de controle jurisdicional da Comunidade Andina apresenta uma estrutura procedimental bastante semelhante àquela da União Europeia. Há uma evolução, em termos jurisdicionais e institucionais, da Comunidade Andina em relação ao Mercosul, tendo em vista a existência de um procedimento previamente determinado que se desenvolve perante órgãos autônomos da Comunidade. Além disso, a ação de descumprimento na Comunidade Andina se desenvolve também em duas fases, de maneira que a primeira fase converge para uma sentença declaratória do descumprimento e a segunda fase tem como desfecho nova sentença declaratória do descumprimento da primeira sentença.

A segunda sentença tem como particularidade a força executória no sentido de autorizar a um Estado-membro que aplique restrições e suspensões das vantagens comerciais decorrentes do Acordo de Cartagena. Não há, por parte do Tribunal Andino, uma determinação autônoma de sanção, tal como na União Europeia, até mesmo porque inexistente previsão para essa conduta no Estatuto do Tribunal. Ocorre uma autorização, na sentença, para aplicação de sanções comerciais diretamente por um Estado-membro em face de outro

---

78 De acordo com o artigo 119 do Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, “[s]i un País Miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar como sanción, y conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso”.

Estado-membro. A execução da sentença do Tribunal Arbitral ainda repousa, portanto, sobre um mecanismo de compensação e reciprocidade<sup>79</sup>.

### Conclusão

Como a União Europeia representa um exemplo de sucesso de integração regional, notadamente por envolver elementos peculiares como a supranacionalidade e a autonomia do direito europeu, que efetivamente contribuem para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico comunitário, parece adequado abordar o tema dos mecanismos de controle a aplicação do direito europeu a partir da União Europeia, não como modelo a ser perseguido, mas como mero referencial para a compreensão sobre a importância desses mecanismos.

Nessa perspectiva, demonstra-se que a ação de descumprimento é fundamental como um mecanismo de coesão e estabilidade do direito europeu, garantindo a continuidade do processo de integração europeu e a efetividade da normativa emanada das entidades comunitárias supranacionais, na medida em que transfere a competência sancionadora para a entidade supranacional e que impede a aplicação recíproca de restrições entre os Estados-membros.

Ao atestar a importância da unidade do direito europeu, o ex-juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia, Robert Lecourt, afirmou que “[n]ão haverá unidade Europeia sem direito europeu e não haverá direito europeu sem unidade de jurisprudência. Afinal, o que é uma nação, se não um direito europeu que triunfou?”<sup>80</sup>. Ainda nas palavras do magistrado: “Sejamos capazes de defender o acervo comunitário. Se confiamos em nossas instituições e consolidamos o direito europeu como instrumento fundamental de nossa integração, a Europa afrontará seu futuro com garantias”<sup>81</sup>.

No Mercado Comum do Sul (Mercosul), o sistema de controle de aplicação do direito comum é marcado pela observação do princípio do *pacta sunt servanda* e pela reciprocidade. Observava-se no bloco a tentativa de solucionar as demandas por negociações diretas ou com a intervenção do Grupo Mercado Comum. Mais recentemente, iniciou-se um processo de fortalecimento institucional de um mecanismo de solução de controvérsias, haja vista a criação do

79 COMUNIDADE ANDINA. UE-CAN Asistencia Técnica Relativa al Comercio. *Experto europeo destaca buen funcionamiento de mecanismo de solución de controversias de la Comunidad Andina*. Disponível em: <[http://www.comunidadandina.org/atrc/noticias\\_31.html](http://www.comunidadandina.org/atrc/noticias_31.html)>. Acesso em: 02 de dezembro de 2010.

80 SANTER, Jacques. *El Derecho Comunitario, Instrumento de la Integración Europea*, 1995. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/91359731109915162900080/p0000001.htm>>. Acesso em: 06 de dezembro de 2010.

81 Id.

Tribunal Permanente de Revisão, mas há ainda a ausência de uma autoridade capaz de fiscalizar a boa aplicação e de pressionar a execução do Direito proveniente do bloco, o que dificulta a eficiência da uniformização na aplicação das decisões e a unidade jurídica pretendida em um processo de integração.

A Comunidade Andina das Nações (CAN) configura-se como um processo de integração com desenvolvimento institucional mais consolidado em relação à região. Dessa forma, observa-se que o trabalho do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina apresenta importante papel na solução de controvérsias, sendo palco de procedimentos jurisdicionais que incluem uma ação de descumprimento, semelhante àquela encontrada na União Europeia. Neste sentido, pode-se contar com uma autoridade capaz de fiscalizar e, sobretudo, de ditar uma sentença declaratória que, se não cumprida, poderá dar origem a uma autorização aos demais Estados-membros para que suspendam do Estado descumpridor as garantias do Acordo de Cartagena. Vislumbra-se a existência de um procedimento previamente determinado a ser instaurado em uma instituição autônoma de solução de controvérsias, reforçando a capacidade do bloco de preservar a unidade jurisdicional de seu processo de integração.

Demonstra-se, em resumo, que os diferentes processos de integração desenvolveram respostas jurídicas para lidar com o descumprimento do direito comum, respostas estas que apresentam grau menor ou maior de institucionalização e de autonomia interna. A descrição empreendida dos diferentes mecanismos de controle jurisdicional na União Europeia, no Mercado Comum do Sul e na Comunidade Andina nas Nações permite observar que o desenvolvimento dessas medidas reflete, em certa medida, as aspirações diversificadas e as características particulares dos distintos processos de integração regional.

## Bibliografia

### 1. Obras

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAMPOS, João Mota de. *Direito europeu: o ordenamento jurídico comunitário*, v. 2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Nova York: Oxford, 2005.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

- HONRUBIA, Victoria Abellán; COSTA, Blanca Vilà; RAYO, Andreu Olesti. *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Barcelona: Editorial Ariel, 2005.
- LE HARDY DE BEAULIEU, Louis. *L'Union européenne: introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*. Presses universitaires de Namur: Namur (Belgique), 2002.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REIS, Jair Teixeira dos. *Resumo de Direito Internacional e Comunitário*. Niterói: Impetus, 2008.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as Joint Ventures na indústria do Petróleo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- VAN RAEPENBUSCH, Sean. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. 3ª ed. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2001.

## 2. Artigos

- ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. A execução do direito da integração do MERCOSUL: uma limitação da autonomia dos Estados partes. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 1, p. 155-167, jan./abr. 2009.
- BARRAL, Welber. O Protocolo de Olivos e o Mercosul. *Revista Sequência*, n. 44, p. 149-166, jul. 2002.
- COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão — Aplicação do artigo 260.º, n.º 3, do TFUE. 12 de janeiro de 2011. *Jornal Oficial da União Europeia*, 2011/C 12/01.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão — Aplicação do artigo 228.º do Tratado CE*. 13 de dezembro de 2005, SEC/2005/1658, p.3.
- COMUNIDADE ANDINA. UE-CAN Asistencia Técnica Relativa al Comercio. *Experto europeo destaca buen funcionamiento de mecanismo de solución de controversias de la Comunidad Andina*. Disponível em: <[http://www.comunidadandina.org/atrc/noticias\\_31.html](http://www.comunidadandina.org/atrc/noticias_31.html)>. Acesso em: 02 de dezembro de 2010.
- DEGIORDIS, Paricio E. *El principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario europeo*. Disponível em: <[http://enj.org/portal/biblioteca/civil/derecho\\_comunitario/17.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/civil/derecho_comunitario/17.pdf)>. Acesso em: 09 de dezembro de 2010.
- DIEZ-HOCHLEITNER, JAVIER. La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del tribunal de justicia por los estados miembros, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 20, n. 3, p. 837-899, 1993.

- EUROPEAN UNION. *The decision-making process and the work of the institutions*. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/index\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/index_en.htm)>. Acesso em: 03 de dezembro de 2010.
- MARTINS, Eliane M. Octaviano. Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. *Direito Público*, n. 17, p. 23-34, jul.-set. 2007.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *El tribunal de Justicia de la Unión Europea y su contribución al proceso de integración europea*. 2006. Disponível em: <<http://www.ccj.org.ni/press/seminarios/granada-oct-06/>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2010.
- SANTER, Jacques. *El Derecho Comunitario, Instrumento de la Integración Europea*, 1995. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/9135973110991516290\\_0080/p0000001.htm](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/9135973110991516290_0080/p0000001.htm)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2010.
- VALCKE, Catherine. *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=385861>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2010.

### 3. Jurisprudência

#### a. União Europeia

- CJCE, 10 de maio de 1995, *Comissão c. Alemanha*, caso C-422/92, *Rec.*, p. 1097.
- CJCE, 12 de dezembro de 1972, *International Fruit Company NV c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, casos C-21/72, C-22/72, C-23/72 e C-24/72, *Rec.*, p. 1219.
- CJCE, 12 de julho de 2005, *Comissão c. França*, caso C-304/02, *Rec.*, p. 1-6263.
- CJCE, 13 de julho de 1972, *Comissão c. Itália*, caso C-48/71, *Rec.*, p. 529.
- CJCE, 15 de abril de 1970. *Comissão c. Itália*, caso C-28/69, *Rec.*, p. 195.
- CJCE, 15 de julho de 1960, *Itália c. Alta Autoridade*, caso C-20/59, *Rec.*, p. 663
- CJCE, 15 de julho de 1972, *Comissão c. Itália*, caso C-48/71, *Rec.*, p.529.
- CJCE, 18 de junho de 1998, *Comissão c. Itália*, caso C-35/96, *Rec.*, p. 385.
- CJCE, 1º de março de 1983, *Comissão c. Bélgica*, caso C-301/81, *Rec.*, p. 467.
- CJCE, 22 de setembro de 1988, *Comissão c. Grécia*, caso C-272/86, *Rec.*, p. 4895.
- CJCE, 5 de maio de 1970, *Comissão c. Bélgica*, caso C-77/69, *Rec.*, p. 244, par. 15.

**b. Mercado Comum do Sul**

Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL, 19 de abril de 2002, *República Argentina c. República Federativa do Brasil*, caso “Obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro. Não incorporação das Resoluções GMC nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, o que impede sua entrada em vigência no Mercosul”. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6)>. Acesso em: 27 de novembro de 2010.

**c. Comunidade Andina das Nações**

TJCA, 16 de novembro de 2001, *Secretaría General c. Venezuela*, caso 51-AI-2000, *Gaceta*, n. 750.





# O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL APÓS O CASO KADI<sup>82</sup>

LENNART BERTHOLD<sup>83</sup>

## Resumo

Desde o ano 1999, o Conselho de Segurança das Nações Unidas tem adotado “smart sanctions”. Trata-se, sobretudo, de uma medida cujo objetivo é de “congelar” os recursos financeiros de pessoas que apóiam o terrorismo internacional. *A priori*, não seria possível que os tribunais nacionais emitissem juízo de valor acerca das decisões do Conselho de Segurança. Se, nos Estados Membros da União Europeia, as “smart sanctions” são executadas através de regulamentos europeus, o T.J.C.E.<sup>84</sup> avalia a possibilidade de se efetuar o referido “congelamento” com base nos princípios constitucionais dos Tratados da União. Assim, realiza-se um controle indireto das decisões do Conselho de Segurança. Por um lado, seria possível argumentar que o T.J.C.E. possuiria o dever de respeitar os direitos fundamentais estabelecidos nos Tratados da União Europeia. Por outro lado, caso assim se entendesse, a uniformidade das decisões do Conselho de Segurança seria prejudicada e o princípio da primazia de suas resoluções não seria respeitado. O objetivo deste artigo é, portanto, avaliar ambos os argumentos, propondo inclusive soluções alternativas referentes ao caso conhecido como “Kadi”.

## Palavras-chaves

”smart sanctions”; Kadi; Conselho de Segurança; terrorismo internacional; Congelamento de recursos financeiros; T.J.U.E.

---

82 Trabalho orientado pela professora Paula Wojcikiewicz Almeida.

83 Estudante de graduação da Universidade Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, em intercâmbio com a FGV Direito Rio.

84 Como os eventos apontados ocorreram antes da vigência do Tratado de Lisboa, as normas e as instituições citadas provêm dos antigos Tratados que instituíram a Comunidade Europeia, às quais o autor fará referência no curso deste trabalho.

## Introdução

Em virtude do combate contra o terrorismo internacional, o Conselho de Segurança (“C.S.”) adotou duas resoluções que determinam o congelamento de recursos financeiros (“asset freezing”) de pessoas que apoiam o terrorismo internacional<sup>85</sup>. Tais resoluções determinam que os Estados-membros da ONU deverão congelar os recursos financeiros das pessoas que se encontram em uma lista divulgada pelo Conselho de Segurança ou pelo “Sanctions Committee”, criado para atualizar a referida lista. O Senhor Yassin Abdullah Kadi e a Fundação Internacional Al Barakaat são mencionados em uma dessas listas. Como consequência, a Comissão Europeia adicionou-os no Anexo I do regulamento 881/2002<sup>86</sup>, determinando o fechamento de todas as contas do Sr. Kadi e da Fundação Internacional Al Barakaat nos Estados Membros da União Europeia (“U.E.”). Por isso, ambos os prejudicados ajuizaram uma ação contra o Conselho e a Comissão Europeia pedindo a anulação do regulamento e invocando o direito à propriedade e à tutela jurisdicional<sup>87</sup>.

O caso analisado ilustra o funcionamento de tais *smart sanctions* e os efeitos negativos produzidos no indivíduo afetado. A nova realidade do terrorismo internacional após o “11 de setembro” em Nova Iorque justificou que o C.S. promulgasse sanções que afetavam diretamente indivíduos. Trata-se, sobretudo, do congelamento de valores patrimoniais. Além do bloqueio de contas, podem ser impostas proibições de entrada ou de saída do país. Com isso, o indivíduo passa a ser destinatário de um ordenamento jurídico que foi desenvolvido *a priori* para reger relações entre Estados<sup>88</sup>. Esse novo tipo de sanções foi adotado com o propósito de incidir direta e pessoalmente nos apoiadores do terrorismo internacional, devendo causar um impacto maior nestes últimos do que as sanções por vezes impostas contra um Estado de forma genérica. Além disso, essas sanções não causam impacto em outras pessoas que não estão diretamente envolvidas no terrorismo<sup>89</sup>.

85 Resolução n°1267 (1999), adotada pelo Conselho de Segurança na 4051a sessão, em 15 de outubro de 1999, e resolução n° 1333 (2000), adotada pelo Conselho de Segurança na 4251a sessão, em 19 de dezembro de 2000.

86 Regulamento (U.E.) n° 881/2002 U.E. do Conselho, que institui certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a Osama Bin Laden, à rede Al-Qaida e aos talibã, e que revoga o Regulamento (CE) n.º467/2001 que proíbe a exportação de certas mercadorias e de certos serviços para o Afeganistão, reforça a proibição de voos e prorroga o congelamento de fundos e de outros recursos financeiros aplicável aos talibã do Afeganistão, publicado no JO L 139/9 de 29.05.2002.

87 Tribunal de Primeira Instância, Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation contra Conselho de União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, T-306/01, 21 de Setembro de 2005, Colectânea da Jurisprudência 2005 página II-03533; Tribunal de Primeira Instância, Yassin Abdullah Kadi contra Conselho de União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, T-315/01, 21 Setembro de 2005, Colectânea da Jurisprudência 2005 página II-03649.

88 ALBIN, Silke. “Rechtsschutzlücken bei der Terrorbekämpfung im Völkerrecht”. ZRP 2004. p. 71 ss.

89 OHLER, Christoph. “Die Verhängung von *smart sanctions* durch den UN-Sicherheitsrat - eine Herausforderung für das Gemeinschaftsrecht”. EuR 2006 p. 848.

A base jurídica para a adoção das *smart sanctions* pelo C.S. se encontra no artigo 24 da Carta das Nações Unidas.<sup>90</sup> Tal artigo dispõe que o C.S. tem a principal responsabilidade para a manutenção da paz e da segurança internacional. Com base no capítulo VII da Carta, o Conselho poderia, portanto, adotar as *smart sanctions*, sendo que sua ação somente seria justificada se houvesse ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão<sup>91</sup>. Tais critérios são avaliados pelo próprio órgão. O terrorismo internacional se enquadraria, de acordo com a resolução do C.S., como constituindo uma ameaça à paz ou à segurança internacional, já que as medidas enumeradas no artigo 41 não devem ser interpretadas de forma exaustiva. Basta que as referidas medidas tenham por objetivo de evitar ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Dessa forma, entende-se que o C.S. teria competência de adotar *smart sanctions* com base na Carta das Nações Unidas. O fato de tais medidas serem direcionadas aos indivíduos não interfere com os preceitos da Carta. As *smart sanctions* devem ser executadas pelos Estados-membros da ONU que, segundo os artigos 25 e 48 da Carta, são obrigados a implementar as resoluções do C.S..

Até esse ponto há pouca controvérsia sobre as *smart sanctions*. A polêmica ocorre na questão do controle das decisões particulares do C.S. Esse debate é muito controverso porque as *smart sanctions* podem interferir diretamente com os direitos humanos garantidos pelas diferentes Constituições dos Estados. Na esfera internacional, só a Corte Internacional de Justiça (“C.I.J.”) possui competência para exercer algum tipo de controle da atuação do C.S., podendo avaliar as sanções eventualmente impostas por meio de critérios baseados na própria Carta das Nações Unidas. Segundo o artigo 24, § 2º da Carta, o C.S. deverá seguir os propósitos e princípios das Nações Unidas, estipulados em seus artigos 1º e 2º. Além disso, existem regras específicas para a adoção de certas medidas previstas no capítulo VII da Carta, porém de difícil controle. Por um lado, o C.S. possui uma margem muito ampla de interpretação das normas nesses casos<sup>92</sup>. Por outro lado, a C.I.J. não tem exercido suas competências de controle sobre o C.S. previstas no artigo 96 da Carta das Nações Unidas. Ela poderia, em tese, elaborar um parecer sobre a legalidade de uma resolução do C.S., o que se afigura bastante improvável diante de sua prática atual. Assim, resulta que o C.S. acaba produzindo uma interferência nos direitos de pessoas físicas e jurídicas sem, todavia, oferecer qualquer possibilidade de controle ou

90 Artigo 24, da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945, entrada em vigor em 24 de outubro de 1945, 1 UNTS XVI.

91 Artigo 39, da Carta das Nações Unidas.

92 PAYANDE, Mehrdad, “Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte”, ZaöRV 2006, p. 45.

de revisão de suas decisões. Por conta disso, o poder judiciário da União Europeia acabou entrando em conflito com o C.S.. Primeiramente, será abordada a possibilidade de controle das *smart sanctions* pelo sistema judiciário europeu (I), para que seja possível, em um segundo momento, avaliar os efeitos do julgamento do caso “Kadi” pelo T.J.C.E., analisando-se as diferentes opiniões relativas ao controle das *smart sanctions* (II).

### I. O controle das *smart sanctions* pelo sistema judiciário europeu

Antes de adentrar nos assuntos polêmicos, avaliando-se as decisões das duas instâncias do judiciário europeu e as diferentes correntes na doutrina (2), é indispensável analisar a competência da União Europeia no sentido da execução das *smart sanctions* (1). É com base nessa competência que os tribunais europeus poderão se pronunciar a respeito do assunto.

#### 1. A competência de execução da União Europeia

O princípio da especialidade e o princípio da subsidiariedade são os dois princípios que norteiam a repartição das competências entre os Estados Membros e a União Europeia<sup>93</sup>. O primeiro determina que a União não dispõe de uma competência genérica, ou seja, ela precisa, para fundamentar sua atuação, de uma competência atribuída pelos tratados europeus. Quanto ao segundo princípio, ele limita as competências europeias no sentido de que cada ação da União Europeia deve gerar uma vantagem em detrimento da ação empreendida por parte dos Estados Membros<sup>94</sup>. Para justificar-se perante esses dois princípios, a União pode alegar uma combinação de normas dos tratados europeus que lhe atribuem competência para legislar.

No presente caso, as normas de referência são os artigos 60, 301 e 308 do antigo Tratado da Comunidade Europeia (T.C.E.)<sup>95</sup>. Os artigos 60 e 301 do T.C.E. conferem à União Europeia a possibilidade de adotar medidas econômicas contra outros países, caso envolva assuntos relacionados à Política Externa e de Segurança Comum. O combate contra o terrorismo internacional forma parte da Política Externa e de Segurança Comum. Como essas duas normas apenas possibilitam sanções contra outros países, a combinação com outra base

93 CAMPOS, João Mota de. Manual de Direito Comunitário. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 211.

94 Artigo 5º do Tratado da União Europeia (T.U.E.) publicado no *Jornal Oficial* nº C 115 de 9. Maio de 2008, antigo Artigo 5º, do Tratado que institui a Comunidade Europeia (T.C.E.), publicado no *Jornal Oficial* nº C 321E de 29 de Dezembro de 2006.

95 Artigos 75, 215, 352 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (T.F.U.E.) publicado no *Jornal Oficial* nº C 115 de 9. Maio de 2008, antigos Artigos 60, 301, 308 T.C.E.

jurídica é necessária, já que se trata, no presente caso, de medidas dirigidas a indivíduos. O artigo 308 do T.C.E.<sup>96</sup> permite que a União adote disposições adequadas caso seja necessário atingir um dos objetivos da Comunidade. Assim, a combinação com a regra geral do artigo 308 do T.C.E. somente será permitida se o funcionamento do mercado comum for afetado, como, por exemplo, no caso de ocorrer uma restrição à livre circulação de capitais. Tal perturbação pode ocorrer se ditas medidas não forem tomadas de maneira uniforme pelos Estados-membros.

O caso “Kadi” coloca em evidência o risco de uma execução distinta nos diferentes países. Essa hipótese poderia se concretizar caso um tribunal nacional decidisse que possui competência para se pronunciar acerca da execução das *smart sanctions*. Caso o referido tribunal conclua em sentido negativo em sua sentença, já se abriria a possibilidade de execução não uniforme. A perturbação no funcionamento do mercado comum seria, portanto, inevitável, nos termos dos artigos 60, 301 e 308 do T.C.E.<sup>97</sup> Por conseguinte, entende-se que a União Europeia teria competência para implementar as obrigações que incumbem aos Estados-membros estabelecidas nas resoluções do C.S. n.º 1267 de 1999 e n.º 1333 de 2000.

## 2. A competência de controle do T.J.C.E.

Possui ou não o T.J.C.E. competência total ou, ao menos, parcial para se pronunciar acerca do regulamento 881/2002, ainda que tal regulamento constitua uma execução direta de uma decisão coercitiva do C.S.? Essa constitui a questão chave do caso “Kadi”. A problemática consiste em analisar o alcance da competência de controle desses atos pelo T.J.C.E.. Por um lado, sabe-se que o T.J.C.E. não possui competência para se pronunciar acerca das obrigações contraídas no nível internacional pelos Estados-membros<sup>98</sup>. Por outro lado, cabe ao T.J.C.E. a tarefa de apreciar a validade de todos os atos das instituições que compõem a União Europeia<sup>99</sup>. Considerando que o desempenho de uma obrigação internacional também é um ato da União Europeia, aparece o dilema segundo o qual o T.J.C.E. teria que exercer um controle relativo a um assunto que, segundo o Direito Internacional Público, não teria esse tribunal competência para julgar. Tal dilema é ilustrado nos pronunciamentos do Tribunal geral (a) e do T.J.C.E.

96 Artigo 352 T.F.U.E., antigo artigo 308 T.C.E.

97 Artigos 75, 215, 352 T.F.U.E., antigos artigos 60, 301, 308 T.C.E.

98 POSCH, Albert. The Kadi Case: rethinking the relationship between EU law and international law?, The Columbian Journal of European Law Online, 2009.

99 CAMPOS, 2008. p. 155.

(b), que tratam distintamente a matéria. Além dos argumentos expostos nas decisões judiciais, serão avaliados pontos de vista alternativos, expondo a real complexidade do assunto (c).

**a) O pronunciamento do Tribunal Geral: o controle através do *ius cogens***

O Tribunal Geral rejeitou a demanda do Senhor Kadi e da Fundação Internacional Al Barakaat. Em sua decisão, o Tribunal Geral admitiu que, segundo os artigos 24 I, 25, 48 e 103 da Carta da Nações Unidas, os Estados devem respeitar as decisões do C.S.. Julgar suas decisões seria, segundo o referido tribunal, uma interferência indireta em suas ações, o que representaria uma violação à primazia do C.S.. Diante disso, o Tribunal deduziu que, em tese, não poderia adentrar no mérito das decisões do C.S.. Entretanto, admitiu que a jurisprudência europeia poderia realizar um controle limitado. O limite proposto pelo Tribunal Geral seria o *ius cogens* do Direito Internacional, ou seja, o Direito Internacional imperativo.

De acordo com o Tribunal Geral, o *ius cogens* engloba também a garantia de uma proteção jurídica efetiva, incluindo o direito de ser ouvido previamente à imposição de uma sanção e, além disso, o direito à propriedade. Nenhum desses dois direitos teria sido violado pelo congelamento dos fundos no Caso *Kadi*. Em face da ameaça do terrorismo internacional, a proteção jurídica fornecida pelo serviço diplomático de cada país foi considerada apropriada. Ademais, a interferência com relação ao direito à propriedade foi avaliada como sendo justificada. Trata-se, na verdade, apenas de um prejuízo do uso da propriedade, já que haveria uma interferência temporal com a possibilidade de restabelecer a situação anterior à decisão do C.S.. Assim sendo, o Tribunal pondera a referida interferência, que considera dotada de baixa intensidade, com o objetivo maior de proteger contra o terrorismo internacional<sup>100</sup>.

O Tribunal Geral pretendeu realizar uma avaliação com base nos critérios do Direito Internacional a fim de minimizar a interferência do Direito Europeu e garantir a uniformidade da execução das *smart sanctions*. Porém, não ficou claro o motivo pelo qual optou por fundamentar sua decisão em princípios decorrentes do *ius cogens* para alcançar esse propósito. Sabe-se que o *ius cogens* constitui uma exigência de validade de tratados internacionais<sup>101</sup>. Os artigos 53 e 64 da Conven-

100 Tribunal de Primeira Instância, T-306/01.

101 Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em Viena em 23 de maio de 1969, entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980, Nações Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

ção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 referem-se ao *ius cogens* e não o vinculam com a avaliação de decisões particulares de organizações internacionais. Por esse motivo, é controverso se o mesmo é indicado para avaliar decisões de órgãos de organizações internacionais. Além disso, existe um debate sobre a extensão do *ius cogens*. No caso presente, questiona-se se o direito à propriedade forma parte do *ius cogens*<sup>102</sup>. Tais incertezas levam a crer que o *ius cogens* não seria um critério suficientemente concreto para garantir julgamentos uniformes.

Além de uma possível insegurança jurídica, o Tribunal Geral não fornece maiores explicações acerca do porquê limitou-se ao *ius cogens* em vez de avaliar a questão nos termos das normas gerais de Direito Internacional ou, pelo menos, nos termos da Carta das Nações Unidas. Segundo o artigo 24, II da Carta, o C.S. deve cumprir as suas funções de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Tais propósitos incluiriam também os direitos humanos reconhecidos pelas Nações Unidas. De acordo com a decisão, verifica-se que o Tribunal Geral pretendeu conceder proteção aos indivíduos afetados e, ao mesmo tempo, possibilitar uma execução uniforme das *smart sanctions*. Porém, considera-se que aplicar o *ius cogens* no presente caso não seria a medida mais adequada.

b) O pronunciamento do T.J.C.E.: o controle através dos princípios constitucionais da União Europeia  
Contrariamente à instância anterior, o T.J.C.E. deu provimento às demandas do Sr. Kadi e da Fundação Internacional Al Barakaat. Assim, a sentença anulou o regulamento 881/2002, conferindo um prazo de três meses para sua retificação. A grande diferença entre o T.J.C.E. e o Tribunal Geral consiste no fato de que o T.J.C.E. aplica, em um âmbito limitado, o direito comunitário, em vez de julgar com base no *ius cogens* como feito em primeira instância. O T.J.C.E. desenvolve, justamente para esse caso, certos princípios constitucionais do T.C.E.<sup>103</sup>. Três desses princípios são postos em destaque, principalmente (1) o conceito de uma comunidade jurídica, incluindo um sistema de controle judicial comum; (2) a autonomia do direito comunitário, incluindo a separação de poderes, também frente ao Direito Internacional Público; e (3) o respeito dos direitos humanos como pressuposto da legalidade das ações das instituições comunitárias.

Segundo o T.J.C.E., não seria possível em nenhuma circunstância que uma ação de uma instituição do bloco não fosse controlada pela jurisdição comu-

102 DOEHRING, Völkerrecht, 2004, Rn 985.

103 T.J.C.E., Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, C-402/05 P e C 415/05 P, 3 de Setembro de 2008, Colectânea da Jurisprudência 2008 página I-06351. Ponto 283.

nitária. Esse ponto de vista está baseado no artigo 6º do T.U.E.<sup>104</sup> e no antigo artigo 234 do T.C.E.<sup>105</sup> Segundo o artigo 6º, a União Europeia se assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito aos direitos do homem e das liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito. Além disso, o T.J.C.E. é competente para julgar a validade dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da Comunidade<sup>106</sup>. Sendo diferentes os fundamentos dogmáticos das duas instâncias, ambas analisam o regulamento 881/2002 sob a mesma vertente: o direito à proteção jurídica e o direito à propriedade. Entretanto, o T.J.C.E. optou por cassar a decisão do Tribunal Geral e acatar as demandas dos requerentes. Segundo o T.J.C.E., o princípio da proteção jurídica efetiva pressupõe o conhecimento acerca dos motivos pelos quais seria imposta uma sanção com relação a um indivíduo, bem como a possibilidade de defender-se. O tribunal admite que uma notificação anterior nem sempre é obrigatória. Cada vez que a ameaça for suficientemente grande e que a ação não tiver efeito se for notificada previamente, a notificação posterior será lícita<sup>107</sup>. Como, no caso presente, nenhuma notificação foi feita e considerando que o prejudicado também não teve a possibilidade de defender-se, o T.J.C.E. concluiu que o regulamento 881/2002 seria, por esse motivo, ilícito. No que tange ao direito à propriedade, o tribunal considerou que a medida de congelamento de recursos financeiros pode ser justificada em virtude da proteção contra terrorismo internacional<sup>108</sup>. Porém, no caso presente, o T.J.C.E. considera a existência de uma violação do direito à propriedade. A desapropriação não teria sido proporcional em função das insuficiências processuais que impedem uma invocação adequada do direito.

Ao aplicar o direito comunitário ao regulamento em espécie, o T.J.C.E. acaba por assegurar os direitos dos indivíduos afetados, tutelando, dessa forma, os direitos humanos protegidos pelo artigo 6 do T.U.E.<sup>109</sup>. Tal medida, que visa à proteção dos indivíduos, representa, ao mesmo tempo, um alto custo para o tribunal. Como o regulamento constitui uma execução direta de uma decisão do C.S., o controle da adequação do regulamento ao direito do bloco significaria avaliar a própria decisão do Conselho. Assim sendo, a União Europeia não pode-

104 Artigo 6º do atual Tratado da União Europeia. publicado no *Jornal Oficial* n° C 115 de 9. Maio de 2008, antigo Artigo 6º, do T.U.E., publicado no *Jornal Oficial* n° C 321E de 29 de Dezembro de 2006.

105 Artigo 267 T.F.U.E., antigo artigo 234 T.C.E.

106 Artigo 267 T.F.U.E., antigo artigo 234 T.C.E.

107 KÄMMERER, Jörn Axel „Das Urteil des europäischen Gerichtshofs im Fall Kadi: Ein Triumph der Rechtsstaatlichkeit?“, *Europarecht*, 2009, p. 124

108 *Ibid.*, p. 125.

109 Artigo 6º do atual Tratado da União Europeia. publicado no *Jornal Oficial* n° C 115 de 9. Maio de 2008, antigo Artigo 6º, do T.U.E., publicado no *Jornal Oficial* n° C 321E de 29 de Dezembro de 2006.



ria reclamar se outro Estado realizasse o mesmo tipo de controle. Por conseguinte, a decisão do C.S. perderia sua eficácia e aplicação uniforme, impossibilitando, dessa forma, o cumprimento do objetivo de combater o terrorismo internacional.

### c) A solução alternativa de controle

Uma corrente doutrinária enfatiza outro aspeto do conflito e chega a uma solução completamente diferente se comparada com o entendimento do T.J.C.E. Não permite a realização de nenhum tipo de controle pelo poder judiciário europeu, invocando respeito ao antigo artigo 307 T.C.E.<sup>110</sup> Este artigo determina explicitamente que os deveres dos Estados-membros decorrentes de tratados concluídos anteriormente ao dia 1º de janeiro de 1958 não seriam afetados pelos tratados comunitários. A solução proposta seria no sentido de que os Estados-membros deveriam atuar diplomaticamente, unindo esforços perante o C.S. a fim de alcançar uma melhor proteção ao indivíduo afetado. A elevação de certos princípios ao patamar constitucional, como feito pelo T.J.C.E., seria rejeitada sob o fundamento de que os dispositivos dos tratados comunitários seriam equivalentes, não havendo justificativa para reivindicar uma preponderância com relação a outros artigos.

Interpretar o antigo artigo 307 de forma a justificar uma violação ao artigo 6º do T.U.E.<sup>111</sup> seria ilícito. Desde o início da Comunidade, exige-se o devido respeito aos valores previstos no artigo 6º T.U.E.<sup>112</sup>. Portanto, entende-se que o artigo 307 T.C.E.<sup>113</sup> deveria ser interpretado de maneira a conciliá-lo com os fundamentos da Comunidade estipulados nos tratados comunitários. Se essa corrente parece favorável aos desígnios do C.S., ela não respeita as exigências dos direitos fundamentais garantidos pelos tratados comunitários. A tentativa de encontrar justificativa nos próprios tratados comunitários, ou seja, no artigo 307 do T.C.E.<sup>114</sup> não seria convincente.

Veremos, a seguir, os efeitos do julgamento do Caso “Kadi” pelo T.J.C.E..

## II. Os efeitos do julgamento do caso *Kadi* pelo T.J.C.E.

110 Artigo 351 T.F.U.E., antigo Artigo 307 T.C.E.

111 Artigo 6º do atual Tratado da União Europeia, publicado no *Jornal Oficial* nº C 115 de 9. Maio de 2008, antigo Artigo 6º, do T.U.E., publicado no *Jornal Oficial* nº C 321E de 29 de Dezembro de 2006.

112 Artigo 6º do atual Tratado da União Europeia, publicado no *Jornal Oficial* nº C 115 de 9. Maio de 2008, antigo Artigo 6º, do T.U.E., publicado no *Jornal Oficial* nº C 321E de 29 de Dezembro de 2006.

113 Artigo 351 (T.F.U.E.) antigo Artigo 307 T.C.E.

114 Artigo 351 (T.F.U.E.) antigo Artigo 307 T.C.E.

O julgamento do caso “Kadi” pelo T.J.C.E. impede um conflito ainda maior entre a União Europeia e o C.S. (1), ao mesmo tempo em que evita divergências com os tribunais nacionais (2).

### 1. A prevenção de conflitos entre a União Europeia e o Conselho de Segurança

Após a sentença do Tribunal Geral, o C.S. se pronunciou no sentido de que teria havido uma interferência indevida do referido tribunal que, ao aplicar o direito internacional, acaba por controlar indiretamente uma decisão do C.S.. Entretanto, seria possível imaginar que a sentença do T.J.C.E. não teria sido satisfatória para o C.S., pois a eficácia uniforme das suas decisões ainda estaria em perigo. No caso “Kadi” o congelamento não foi suspenso porque o C.S. transmitiu as informações nas quais se encontram as razões do congelamento para o tribunal e para os requerentes, possibilitando assim a defesa dos prejudicados perante o tribunal europeu. Caso surjam casos semelhantes, o T.J.C.E. será obrigado a requisitar novamente tais informações. Não obstante, nem sempre o T.J.C.E. tem direito a essas informações, uma vez que as mesmas são estritamente sigilosas e provêm de serviços secretos. Caso tais informações sejam negadas no futuro, a consequência seria a anulação do bloqueio dos recursos financeiros pelo T.J.C.E.. Com isto, a eficácia uniforme seria violada. Outra possibilidade é que os mesmos requerentes do caso “Kadi”, que agora possuíam informações suficientes, poderiam entrar com uma nova ação contra a U.E., forçando uma decisão “Kadi II”. Observa-se, portanto, que a paz entre a União Europeia e o C.S. referente às *smart sanctions* continua sendo muito frágil.

Paralelamente, o C.S. deve atuar com base na proteção dos direitos humanos. Ao iniciar a aplicação das *smart sanctions*, o indivíduo afetado não dispunha de nenhum recurso para solicitar uma revisão de seu caso. Tendo em vista tal lacuna, o C.S. implementou um mecanismo de reclamação para indivíduos. Trata-se do *focal point*, que possui competência para receber pedidos de *de-listing*<sup>115</sup>. Entretanto, não se pode rever os casos por meio do mecanismo do *focal point*. Os pedidos são recebidos e posteriormente transmitidos ao *Sanctions Committee*, sendo que a partir desse momento o indivíduo não possui qualquer possibilidade de defender-se.

Existem muitas especulações referentes aos desdobramentos desse conflito. Na sentença do T.J.C.E. aparecem comentários sobre o *focal point* introduzido pelo C.S. para pessoas que buscam pedir uma revisão de seu caso. Consta que o novo

115 SAUER, Heiko. “Rechtsschutz gegen völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht? Die Terroristenlisten vor dem EuGH”, NJW 2008, Ibid, p. 3685.

mecanismo pode não ser relevante para o caso em referência porque, no momento do congelamento dos recursos financeiros, ainda não havia sido introduzido.

Mesmo assim, o T.J.C.E. se dedica ao “focal point” considerando que tal mecanismo ainda não é suficiente para satisfazer as demandas processuais<sup>116</sup>. Esse *obiter dictum* leva a concluir que o T.J.C.E. considera possível que o C.S. satisfaça as demandas do tribunal europeu. Isso abre margem a especulações no sentido de uma jurisprudência análoga aos casos conhecidos como “Solange”, julgados pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Segundo essa jurisprudência, o tribunal constitucional está inserido em uma relação de cooperação com o T.J.C.E. e, como consequência, não se utiliza de sua competência para aplicar os direitos fundamentais previstos na constituição alemã enquanto o T.J.C.E. puder garantir uma proteção equivalente àquela fornecida no âmbito alemão. Esse conceito de cooperação poderia ser transportado à relação do T.J.C.E. com o C.S.. Se o C.S. implementasse um mecanismo de proteção legal cumprindo as exigências do tribunal europeu, o T.J.C.E. possivelmente se afastaria do controle que exerce atualmente. Caso assim o fosse, a solução do conflito poderia atender as necessidades de ambos os lados.

## 2. A prevenção de um conflito entre o T.J.C.E. e os tribunais nacionais

Se o T.J.C.E. não tivesse aplicado os direitos humanos reconhecidos em âmbito europeu, possivelmente surgiriam conflitos muito graves entre a União Europeia e os Estados Membros<sup>117</sup>. Os tribunais nacionais eventualmente aplicariam seu direito nacional ao caso. Transpondo a jurisprudência “Solange” do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao caso concreto, a recusa de avaliar o congelamento poderia ser uma razão para que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidisse que o nível de proteção europeu estaria abaixo do nível alemão. Como consequência, o tribunal alemão poderia voltar a se utilizar de sua competência aplicando direito constitucional alemão aos casos de congelamentos. A relação de cooperação entre tribunais nacionais e europeus entraria, assim, em uma crise fundamental.

116 T.J.C.E., Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, C-402/05 P e C 415/05 P, 3 de Setembro de 2008, Colectânea da Jurisprudência 2008 página I-06351 Ponto 320 ss.

117 SAUER, NJW 2008, p. 3687.

### III. Conclusão

Existem as mais variadas opiniões referentes ao conflito decorrente do caso “Kadi”. Nenhuma das diferentes correntes conseguiu achar um compromisso que satisfaça completamente as necessidades de ambos os lados, seja dos tribunais europeus, seja do C.S..

Adotando as *smart sanctions*, o C.S. se insere em uma relação com o indivíduo que tradicionalmente está reservada aos Estados nacionais. Desta maneira, acaba por interferir com relação aos direitos desses indivíduos, devidamente tutelados pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Sendo assim, há um confronto entre dois interesses: o interesse da comunidade internacional de combater de forma eficaz o terrorismo nacional e o interesse dos Estados nacionais de conceder aos seus cidadãos uma proteção legal no que tange aos direitos humanos. É nesse âmbito que se expressa o dilema das *smart sanctions* e de seu controle. Por um lado, ao avaliar qualquer tipo de controle como uma ingerência indevida, é justificada a preocupação do C.S. com a uniformidade da aplicação das *smart sanctions*. Por outro lado, a U.E. considera que não poderá aplicar as *smart sanctions* se tais medidas prejudicarem os fundamentos básicos da comunidade.

Assim sendo, é preciso ponderar os interesses em conflito. Ao realizar tal ponderação, deve-se levar em consideração o fato de que as *smart sanctions* são uma medida muito eficaz no combate ao terrorismo internacional porque, se aplicadas de maneira uniforme, enfraquecem as organizações terroristas que dependem de seus recursos financeiros. Porém, a uniformidade dessa medida é indispensável porque recursos financeiros podem ser transferidos facilmente de um lugar para outro. Além do aspecto positivo relativo à eficácia, as *smart sanctions* possuem outra vantagem: afetam apenas indivíduos, permitindo combater ameaças à paz e à segurança internacional, sem necessariamente resultar em um embargo econômico que prejudicaria toda a sociedade.

Além das grandes vantagens decorrentes da aplicação das *smart sanctions*, é importante considerar, entretanto, as desvantagens desse tipo de medida. Os direitos humanos, reconhecidos aos indivíduos que tomam parte em um conflito não são respeitados de forma adequada. Nesse ponto, as *smart sanctions* demonstram uma considerável carência de meios de proteção.

O C.S. utilizou suas competências de forma inovadora, sem respeitar as exigências de proteção dos direitos humanos. Por esse motivo, o autor do presente artigo considera que a sentença do T.J.C.E. encontrou um equilíbrio delicado entre a uniformidade necessária à medida e a proteção do indivíduo. Garantir certos princípios constitucionais pode prejudicar a uniformidade da medida,

mas satisfaz as demandas da tradição democrática europeia, reconhecida em seus tratados fundadores. Assim, ambos os lados possuem interesses legítimos que se enfrentam. Um compromisso mutuamente satisfatório dificilmente poderia ser encontrado sem uma reforma dos ordenamentos jurídicos em conflito.

Será de grande interesse observar como reagirá o C.S. a esse respeito e se aceitará a oferta do T.J.C.E. no sentido de uma possível decisão “Solange”, com o objetivo de implementar reformas para a revisão judicial das *smart sanctions*.

## Bibliografia

### I – Livros

- CÁRCOMO LOBO, Maria Teresa de e CAMPOS, João Mota de; *Manual de Direito Comunitário*, Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 143, 155.
- DAILLIER, Patrick; *Direito Internacional Público*, Lisboa: F. C. GULBENKIAN Gulbenkian, 2003. p. 286.
- DOEHRING, Karl; *Völkerrecht: Ein Lehrbuch*, Heidelberg: Müller, 2004.

### II – Artigos

- ALBER, Siegbert; “Kurzbesprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Poiras Maduro vom 16.1.2008 in der Rechtssache C-402/05P (Kadi/Rat und Kommission) und vom 23.1.2008 in der Rechtssache C-415/05P (Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission) Sanktionsbeschlüsse der Vereinten Nationen im Spannungsfeld mit Grundrechten”, In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2008, p. 164
- ALBIN, Silke; „Rechtsschutzlücken bei der Terrorbekämpfung im Völkerrecht“, In: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2004, p. 71
- KÄMMERER, Jörn Axel; „Das Urteil des europäischen Gerichtshofs im Fall Kadi: Ein Triumph der Rechtsstaatlichkeit?“, In: *Europarecht (EuR)*, 2009, p. 119
- KOHLER, Christoph; „Die Verhängung von „smart sanctions“ durch den UN-Sicherheitsrat — eine Herausforderung für das Gemeinschaftsrecht“, In: *Europarecht (EuR)*, 2006, p. 848
- PAYANDE, Mehrdad; „Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte“, In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 2006, p. 45

POSCH, Albert; „The Kadi Case: rethinking the relationship between EU law and international law?“, In: *The Columbian Journal of European Law Online*, 2009

SAUER, Heiko; “Rechtsschutz gegen völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht? Die Terroristenlisten vor dem EuGH”, In: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2008, p. 3687

## II – Jurisprudência

T.J.C.E., Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, C-402/05 P e C 415/05 P, 3 de Setembro de 2008, Coletânea da Jurisprudência 2008 página I-06351.

Tribunal de Primeira Instância, Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation contra Conselho de União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, T-306/01, 21 de setembro de 2005, Coletânea da Jurisprudência 2005, página II-03533.

Tribunal de Primeira Instância, Yassin Abdullah Kadi contra Conselho de União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, T-315/01, 21 de setembro de 2005, Coletânea da Jurisprudência 2005, página II-03649.

MADURO, Poiares, Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro, apresentadas em 16 de janeiro de 2008, Processo C-402/05 P e C-415/05P, Yassin Abdullah Kadi contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, Coletânea da Jurisprudência 2008, página I-06351.

# APLICAÇÃO DAS DIRETRIZES DO LIVRO BRANCO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO<sup>118</sup>

LÍVIA GÂNDARA<sup>119</sup>

## Resumo

Este artigo pretende iniciar um debate sobre um tema ainda pouco discutido na doutrina e na jurisprudência brasileira: a responsabilização civil dos agentes que cometeram ilícitos decorrentes de práticas anticoncorrenciais. Demonstrar-se-á, ao longo do artigo a possibilidade de aplicação de algumas diretrizes do Livro Branco — sobre indenizações decorrentes da violação de uma regra antitruste — no sistema de responsabilidade civil brasileiro. Para a introdução do tema, foram feitas breves considerações sobre o regime da responsabilidade civil no Brasil e sobre as diretrizes do Livro Branco. Com o intuito de apresentar os problemas do sistema brasileiro nas ações de responsabilidade civil antitruste, foram utilizados alguns casos, majoritariamente sobre a prática de cartel. Visando solucionar esses problemas, foram extraídos alguns princípios e diretrizes do Livro Branco que poderiam ser aplicados no Direito antitruste brasileiro.

## Palavras-Chave

Responsabilidade Civil — Direito antitruste — Livro Branco — Direito Público — Direito do Consumidor — Responsabilidade Subjetiva — Responsabilidade Objetiva — Culpa — Quantificação do dano.

## Introdução

A prática de um ilícito concorrencial pode gerar responsabilização em diversas esferas do Direito. A prática de cartel, por exemplo, poderá acarretar responsa-

---

118 Trabalho orientado pela professora Patrícia Sampaio.

119 Estudante de graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO).

bilização concomitantemente nas seguintes esferas: (i) administrativa (multas administrativas aplicadas pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência de acordo com a Lei 8.884/94, a lei que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica), (ii) civil (com fulcro no art. 29 da Lei 8.884/94 e no Código Civil), (iii) consumerista (com fundamento na Lei 8.078/90) e, em alguns casos, (iv) penal (Lei 8137/90).

Neste artigo pretendemos focar na esfera civil, ou seja, na responsabilização civil decorrentes da prática de um ilícito concorrencial. Enquanto nas esferas administrativa e penal existe uma preocupação com a tutela do ambiente público, a responsabilidade civil está direcionada ao ambiente privado, possibilitando ao indivíduo ou conjunto de indivíduos tutelar seus direitos de reparação pelo dano causado. Neste sentido, a responsabilidade civil concorrencial é um tema de suma importância para os indivíduos que foram lesados, sejam eles concorrentes ou clientes do agente que praticou o dano, uma vez que é um meio de garantir a esses indivíduos a reparação pelos danos sofridos. Essa reparação, conforme observado mais adiante, poderá ser individual ou coletiva (por meio de ações coletivas).

Além da reparação individual, cuja finalidade principal é reparar o dano causado fazendo com que o indivíduo retorne ao *status quo* inicial, a responsabilidade civil concorrencial, no âmbito coletivo, pode carregar consigo um elemento coletivo ao intencionar reparar o dano sofrido pela coletividade afetada.

Pode-se destacar, ainda, um aspecto consequencial relevante da responsabilização civil por ilícitos antitruste que está relacionado à própria inibição da conduta ilícita. Isso porque é possível depreender que, diante de um sistema eficiente de reparação privada do dano originado da prática do ilícito, o agente que ocasionou o dano irá considerar mais essa variável ao tomar a decisão de praticar condutas cartelizadas, por exemplo. Desta forma, o agente irá inserir em sua árvore de decisão mais uma possibilidade a ser ponderada quando pensar em praticar o ilícito, tornando a responsabilização civil concorrencial um inibidor da futura conduta.

Entretanto, é possível afirmar que, no contexto brasileiro, a responsabilização civil decorrente da prática de um ilícito antitruste ainda está distante de inibir a prática do ilícito. Apesar da importância do tema, verifica-se que a discussão sobre essa questão é pouco frequente tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não se sabe ao certo o motivo pelo qual o tema não é debatido, ou ainda, por que os indivíduos não ingressam no Poder Judiciário para tutelar o direito pela reparação do dano sofrido. Contudo, ao longo deste estudo, foram identificados alguns problemas de caráter processual e de configuração da responsabilização que poderão ajudar a justificar o cenário atual sobre este



assunto. As dificuldades encontradas para a obtenção da indenização em nosso sistema jurídico não estão restritas à responsabilização pelo ilícito concorrencial, abrangendo todas as outras modalidades de responsabilização civil (contratual, extracontratual etc.). No caso específico da responsabilidade civil antitruste, essas dificuldades vão desde a propositura de uma ação com esse tema, em virtude do desconhecimento da população das medidas para a reparação de um dano sofrido derivada da pulverização dessas práticas no mercado até a liquidação da sentença para a obtenção do quantum indenizatório.

Desta maneira, reitera-se que é de suma importância um desenvolvimento, o mais rapidamente possível, dos mecanismos de responsabilização civil por ilícito antitruste com o objetivo não só de garantir a plena reparação daqueles que sofreram os danos, como também de inibir a própria prática do ilícito.

#### **l) Breves considerações sobre o regime brasileiro de responsabilidade civil**

No ordenamento brasileiro, a obrigação de reparar um dano causado por terceiros está positivada no art. 927<sup>120</sup> o Código Civil de 2002 e é, em regra, subjetiva. Isso significa dizer que para imputar responsabilidade é necessário que ocorra um dano, moral ou material, praticado por um agente que por ação ou omissão, dolosa ou culposa, enseje o dano. Além de um desses elementos, também é fundamental a existência de nexo causal entre o fato praticado e o dano causado.

A responsabilidade objetiva é exceção, ou seja, somente é aplicada se houver dispositivo que obrigue sua aplicação ou quando o risco seja inerente à atividade empresarial desenvolvida<sup>121</sup>. É uma exceção justamente porque para que reste configurada a responsabilidade objetiva, é necessário apenas configurar a ocorrência do ilícito, a existência do dano e nexo de causalidade entre o fato e o dano causado, sendo desnecessário provar culpa ou dolo.

Essa diferenciação é de suma importância por conta de um aspecto processual que será tratado com maior profundidade adiante, a dificuldade probatória da culpa.

No tocante ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, especificamente, a responsabilidade civil está prevista no art. 29 da Lei 8.884/94. Este dis-

120 art. 927 do CC/02: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

121 Nesse último sentido, dispõe o art. 927 do CC/02, parágrafo único: "Art. 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

positivo, que não exclui a aplicação do Código Civil, prevê que a indenização (danos emergentes ou lucros cessantes) por eventuais danos causados pode ser concedida independentemente de um processo administrativo prévio. É importante ressaltar que por mais que a Lei de Defesa da Concorrência traga um dispositivo prevendo pedidos indenizatórios, é da competência do Poder Judiciário analisar os pedidos de indenização pelos danos advindos da prática de um ilícito concorrencial, e jamais dos órgãos de defesa da concorrência uma vez que ele explicitamente (art. 29 da L. 8.884/94) transfere essa competência para os tribunais.

A aplicação do art. 29 da L. 8.884/94 deve observar o disposto no art. 20 do mesmo dispositivo tendo em vista que este artigo norteia um dos elementos necessários para que seja possível requerer danos decorrentes da infração da ordem econômica, listando exaustivamente as infrações, conforme observado na transcrição adiante. Uma vez provada a violação prevista neste artigo, está caracterizado o primeiro elemento necessário para responsabilização do agente que cometeu a infração, que é a existência do ato ou fato ilícito.

Art. 20: “Constituem infração a ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II — dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III — aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV — exercer de forma abusiva posição dominante.

Este dispositivo transcrito levanta um questionamento bastante relevante acerca da aplicação da responsabilidade objetiva. Conforme já explicitado neste estudo, sabe-se que em regra a responsabilidade civil no direito brasileiro é subjetiva. Somente nos casos em que exista previsão legal explícita a respeito da aplicação da responsabilidade objetiva ou então nos casos em que se configure risco da atividade, é que se torna possível a objetivação da responsabilidade, retirando a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente na realização da conduta.

Alguns autores<sup>122</sup> defendem a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva nos casos de ilícito antitruste por causa do trecho deste artigo 20 da Lei 8.884/94, que dispõe sobre a configuração da infração da ordem econômica independentemente de culpa. Para estes autores, a exigência do parágrafo único do art. 927 do Código Civil para aplicação da responsabilidade objetiva estaria cumprida pelo disposto no *caput* do art. 20 da L. 8.884/94.

Entretanto, é possível questionar esta argumentação sob o fundamento de que este artigo trata da responsabilidade administrativa. Tudo indica que o dispositivo trata especificamente da configuração da infração à Ordem Econômica e não da violação civil. Neste sentido, indaga-se sobre a aplicabilidade deste dispositivo aos casos de responsabilidade civil concorrencial.

Portanto, para que a responsabilidade civil antitruste no direito brasileiro seja configurada as etapas indiscutivelmente necessárias são: i) a prova de que uma infração ao art. 20 da Lei 8.884 ocorreu, ii) prova do dano; e iii) a relação entre a infração cometida e o dano (nexo causal), etapas que, por si só, não são simples de serem ultrapassadas. Já a configuração da culpa ou do dolo, essa sim é a etapa que parece ser controversa, demonstrando carecer de urgente discussão doutrinária.

Caso entenda-se pela aplicação da responsabilidade subjetiva, conforme ocorre na maioria dos países europeus, o Livro Branco apresenta uma proposta interessante ao estipular que, nos casos em que houver infração às regras do direito antitruste, a responsabilidade civil permanece subjetiva, mas com presunção de culpa quando os órgãos de defesa da concorrência já decidiram sobre a ocorrência do ilícito.

Com isso, demonstrada a infração pelos órgãos de defesa da concorrência, o autor deve ser considerado responsável, exceto se puder demonstrar que a infração resultou de um erro desculpável.

## II) O Livro Branco

Da mesma forma como ocorre no Brasil, na União Europeia (UE) também são pouco frequentes as ações de indenização provenientes de danos causados pela violação de uma norma antitruste. Sendo assim, objetivando aumentar as

122 BUCHAIN, Luiz Carlos; NUSDEO, Fábio, *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre/RS: Nova Prova, 2006.p.135-143; MAGGI, Bruno Oliveira, “O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil”, São Paulo. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010 - disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 07/04/2011. 170-176

possibilidades de acesso dos cidadãos a uma prestação jurisdicional efetiva que garanta a reparação mediante a responsabilização do agente causador do dano, a Comissão Europeia iniciou um longo processo de pesquisa, que incluiu a participação popular, para identificar os principais problemas que limitavam esse acesso da população às ações de indenização, tendo produzido o documento chamado Livro Branco sobre Ações de Reparação de Dano por Violação das normas antitruste da Comunidade Europeia.

É importante traçar a linha evolutiva do desenvolvimento da aplicação da responsabilidade civil antitruste na Europa, até chegar ao último documento produzido até o momento sobre responsabilidade civil concorrencial na Europa.

O primeiro grande passo para criar mecanismos mais eficientes de aplicação da responsabilidade civil concorrencial foi a Resolução número 1/2003. Essa resolução permitiu que os arts. 81 e 82<sup>123</sup> do Tratado da União Europeia fossem aplicados em litígios privados pelas cortes nacionais, descentralizando o monopólio da Comissão Europeia na aplicação deste dispositivo. Neste sentido, essa descentralização garantiu um maior acesso por parte dos indivíduos no sentido de permitir a evocação dos dispositivos do Tratado em âmbito nacional. Este entendimento já havia sido adotado em um julgado importante da Corte de Justiça sobre contrato de exclusividade (*Courage and Crehan*<sup>124</sup> — C\_ 453/99<sup>125</sup>), que garantiu aos tribunais nacionais a aplicação de regras comunitárias sobre concorrência<sup>126</sup>.

Um segundo marco de grande relevância para a aplicação da responsabilidade concorrencial no Direito Europeu foi o Green Paper (“Livro Verde”), confeccionado no ano de 2005 com o objetivo de trazer à tona as dificuldades enfrentadas para a obtenção de um sistema de reparação de danos mais eficiente. Com a publicação deste estudo, a Comunidade Europeia criou um importante mecanismo para o debate público sobre questões relacionadas à responsabilização por ilícitos concorrenciais. Por fim, o terceiro marco da busca por mecanismos mais eficientes de responsabilização decorrentes de ilícitos concorrenciais

---

123 Atuais artigos 101 e 102 do Tratado de Lisboa.

124 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0453:PT:HTML>, acessado em 03 de abril de 2011.

125 Em *Courage vs. Crehan*, a decisão dos tribunais nacionais impediu o direito indenizatório decorrente de uma cláusula de exclusividade prevista no contrato, pois o tribunal entendeu que o próprio contrato realizado entre as partes violava o direito antitruste, a corte entendeu que a decisão dos tribunais nacionais foi a mais acertada.

126 “Nestas condições, o direito comunitário não se opõe a que o direito nacional recuse a uma parte, relativamente à qual se concluiu ter uma responsabilidade significativa na distorção da concorrência, o direito de obter do seu cocontratante uma indemnização por perdas e danos. Com efeito, de acordo com um princípio reconhecido na maioria dos sistemas jurídicos dos Estados-membros e já aplicado pelo Tribunal de Justiça, um particular não pode invocar o seu próprio comportamento ilícito, quando este seja dado como provado.”

é o Livro Branco. Este documento foi produzido pela Comissão Europeia, com objetivo semelhante ao do Green Paper, qual seja, aumentar a eficácia das ações de indenização decorrentes do descumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste, mais precisamente as provenientes da violação dos arts. 101 e seguintes do atual Tratado de Lisboa. Além disso, este documento também foi criado com o intuito de guiar a prestação jurisdicional, uniformizando os procedimentos a serem adotados pelos países da Comunidade, tendo em vista os entraves gerados por questões processuais e pela legislação dos Estados-membros diante das ações intentadas nos tribunais nacionais.

Neste sentido, a adoção, no nível comunitário e nacional, deste documento poderá garantir uma maior segurança jurídica e uma proteção mais eficaz às vítimas deste ilícito.

O Livro Branco apresenta algumas diretrizes e princípios que norteariam os Estados-membros a reduzir esses entraves. Não trataremos, no presente estudo, de todos os objetivos e princípios presentes neste documento, pretendendo focar apenas em alguns que guardam importância para a comparação com o sistema brasileiro de responsabilização nos casos de ilícitos concorrenciais.

Consoante já ressaltado, o Livro apresenta medidas que visam garantir que todas as vítimas tenham acesso a mecanismos eficazes que possibilitem a indenização pelos danos sofridos. Ou seja, o Livro se preocupa em garantir e melhorar as condições legais para o exercício de um direito, o direito à indenização. Daí pode-se extrair o primeiro princípio norteador deste documento, o princípio da plena indenização.

Este primeiro princípio dá origem a uma série de perguntas que não foram respondidas no âmbito europeu, e estão ainda mais longe de serem resolvidas no brasileiro. Diante disto, não há um posicionamento solidificado a respeito de diversas questões como: qual o *quantum* indenizatório a ser pago pelo agente que provocou o dano? Quem teria direito à indenização, os competidores do mercado, os consumidores, ambos, todas as partes afetadas na cadeia produtiva em decorrência do ilícito? Como provar a ocorrência/configuração do ilícito?

Outro princípio que merece destaque é o da preservação da esfera pública de aplicação firme das medidas tomadas por parte da Comissão e das autoridades de concorrência dos Estados-membros para assegurar o respeito aos artigos do Tratado de Lisboa que tratam de infrações concorrenciais. Isso quer dizer que a aplicação de um sistema privado (*private enforcement*), como é o sistema de indenização, irá complementar, e não substituir ou prejudicar a ação do poder público deste domínio (*public enforcement*), ou seja, a ação dos órgãos de defesa da concorrência.

Deste segundo princípio, pode-se novamente trazer alguns questionamentos como, por exemplo: como será o mecanismo de apresentação de provas na esfera privada no caso de uma averiguação sigilosa na esfera pública? Poderá o Poder Judiciário, sem a decisão prévia proferida pelos órgãos de defesa da concorrência, dizer que houve um ilícito?

Estes dois princípios serão abordados mais adiante quando da análise jurisprudencial dos casos brasileiros de indenização gerada por infração ao Princípio da livre concorrência.

### **III) Possibilidade de revisão judicial das decisões do CADE e a questão da independência das instâncias civil e administrativa na reparação do dano concorrencial**

Bem como ocorre na União Europeia, foi possível identificar através da pesquisa de jurisprudência, que são pouco frequentes as ações visando indenizações originárias da responsabilização pela violação de uma regra antitruste. Observa-se, a seguir, que o Poder Judiciário ainda enfrenta desconforto ao proferir uma sentença no âmbito do direito antitruste. Isso provavelmente deve decorrer da ausência de especialização dos juízes e desembargadores tendo em vista que sua atuação abrange uma pluralidade de áreas e também da pouca frequência de ações de mérito abordando pedidos de indenização decorrentes de violação ao direito da concorrência.

O sistema brasileiro guarda semelhança com o europeu no sentido de possuir órgãos especializados para a defesa da concorrência. Fazem parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), todos órgãos da esfera administrativa, atuando sob os limites da Lei 8.884.

O Poder Judiciário, por sua vez, teria uma atuação mais ampla do que estes órgãos, podendo deliberar sobre questões inerentes à defesa da concorrência, à defesa do consumidor, a ilícitos penais decorrentes de uma infração à ordem econômica, violações à livre iniciativa presentes no texto constitucional, dentre outras.

Além dessa atuação ampla do Judiciário brasileiro, é relevante acrescentar que a legislação nacional prima pelo princípio da inafastabilidade do controle Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito <sup>127</sup>. Ainda, vale lembrar que no Brasil as decisões dos órgãos administrativos de defesa da concorrência têm natureza de decisão administrativa e de título executivo extrajudicial. Desta forma, justamente em razão desses elementos expostos, apesar do sistema brasileiro

---

127 Art. 5, XXXV da Constituição Federal de 1988.

conferir competência aos órgãos especializados na defesa da concorrência para analisar atos de concentração e condutas predatórias, existe a possibilidade de o Poder Judiciário rever decisões destes órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O trecho julgado a seguir ilustra a possibilidade de revisão judicial das decisões dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros.

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ECONÔMICO — DESCONSTITUIÇÃO DE MULTA IMPOSTA PELO CADE — NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO — APLICAÇÃO DO ART. 65 DA LEI 8.884/94 — FUNDAMENTO INATACADO — VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA — OFENSA AOS ARTS. 3º E 29, § 4º DA LEI 5.764/71 — AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Acórdão que, aplicando o art. 65 da Lei 8.884/94, firmou entendimento de que: a) decisão plenária do CADE tem força de título executivo extrajudicial, que somente poderá ser desconstituído após a garantia do juízo; b) os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e de legalidade, não sendo possível seu eventual afastamento por medida liminar, com flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, a não ser diante de evidências concretas e unívocas, o que não é o caso.<sup>128</sup>”

Além da previsão constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, a própria L. 8.884/94 prevê, em seu art. 65, a possibilidade de suspensão da execução da decisão do CADE mediante embargos ou outra ação que vise à desconstituição do título desde que garantido o juízo por meio de caução.

As consequências de uma possível revisão judiciária destas questões específicas reduz a tecnicidade das decisões e traz como consequência um aumento do risco legal nesses litígios. A insegurança jurídica para ambas as partes resta bastante clara e pode culminar na esdrúxula situação em que a entidade administrativa especializada em defesa da concorrência entenda não ter havido o ilícito, enquanto que na esfera judicial seja confirmada a ocorrência do ilícito e garantida a indenização.

Neste sentido, para que a responsabilização civil por ilícitos concorrenciais se torne mais efetiva, é imperativo que as decisões provenientes dos órgãos especializados em defesa da concorrência sirvam como prova irrefutável do ilícito. Desta forma, haverá uma redução não só na insegurança jurídica para ambas as partes como também dos custos para investigação de algo que já foi investigado pelo SBDC.

128 AgRg no Ag 859307/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJ 25/02/2008, p. 299

#### IV) Problemas práticos encontrados na Jurisprudência brasileira sobre o tema e a possibilidade de aplicação do Livro Branco

Conforme já mencionado anteriormente, existe uma carência de debate sobre o tema da responsabilidade civil antitruste no Brasil. Este fato fica ainda mais evidente ao se analisar as poucas decisões nas ações ordinárias ou coletivas que tratam sobre o tema.

A prática de uma conduta anticoncorrencial afeta a economia como sistema, ocasionando prejuízos para diversos agentes atuantes não só naquele mercado como, por vezes, também em outros mercados. Uma só conduta pode afetar consumidores, distribuidores, produtores, concorrentes, dentre outros agentes. E, com essa pluralidade de sujeitos, surge uma pluralidade de direitos que possivelmente se aplicam ao caso como, por exemplo, o direito do consumidor, o direito da responsabilidade civil contratual e aquiliana, dentre outros. Esta é apenas uma das dificuldades encontradas na análise dos casos. A seguir serão levantadas outras questões mediante a análise da jurisprudência nacional encontrada sobre o assunto.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou uma apelação<sup>129</sup> em Ação Civil pública na qual se discutia o direito à indenização decorrente da combinação de preços entre os postos de gasolina do município de Guaporé.

Logo nas preliminares desta ação, aparece o primeiro problema inerente à competência do juízo. A parte questiona se a matéria tratada é de direito público, sendo uma infração à ordem econômica, ou se é de direito privado, relacionada à defesa do consumidor, uma vez que o Ministério Público está pleiteando em nome dos consumidores de gasolina. O juiz reconhece que existe uma ligação com a questão consumerista, mas afirma que ela é reflexo do ilícito concorrencial, conforme podemos observar no trecho transcrito abaixo:

Há, por certo, vinculação com a defesa do consumidor, mas isso não passa de reflexo decorrente da conduta ilícita, que se caracterizaria pela violação à livre concorrência, e não propriamente em face do Código de Defesa do Consumidor

(...)

Observa-se, portanto, que o caso não se limita à relação de consumo (“preço abusivo” — CDC), mas tem amplitude de infração à ordem econômica (“formação de cartel” — Lei 8.884/94)<sup>130</sup>.

129 Apelação em Ação Civil Pública Nº 70018714857/2007, disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ87802C87ITEMID1ED3EAFEEFF14EE196E2CBAA71FA4EA5PTBRNN.htm>, acessado em 12 de dezembro de 2010

130 Id.



A consequência de uma determinada lide tratar de uma violação a um direito do consumidor atrai como consequência processual a inversão do ônus da prova para o agente que causou o dano, nesse caso específico, o posto de gasolina, conforme pode ser observado no trecho abaixo:

ACÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. PREÇO DOS COMBUSTÍVEIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. ART. 6º, VIII, DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). A concessão de liminar que proíbe a margem de lucro bruto acima de 14,1% na venda de combustíveis ao consumidor é medida que reclama o contraditório sob pena de inviabilizar a própria atividade do revendedor, sobretudo quando a formação do preço e apuração de eventual abuso ou prática de cartel será objeto de apuração durante a instrução. É possível a inversão do ônus da prova em ação civil pública quando o Ministério Público ao promover a demanda atua como substituto processual na defesa dos interesses sociais e individuais dos consumidores, quem efetivamente apresenta-se como hipossuficientes. Precedentes jurisprudenciais. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. <sup>131</sup>

Por outro lado, quando fica descaracterizada a questão consumerista na lide, o ônus da prova é do autor da ação, que no caso em tela é o Ministério Público. Neste sentido, a não inversão no ônus da prova em benefício do Ministério Público não nos parece absurda, tendo em vista ser possível argumentar que este órgão tem possibilidade de instaurar inquéritos civis para produzir provas suficientes à condenação do réu. Há quem argumente também que o ônus seria do MP em virtude de a empresa não poder apresentar prova negativa, isto é, de que o ilícito anticoncorrencial não ocorreu ou, ainda, se ocorreu, que não causou danos, consoante o trecho abaixo:

Incumbe ao MP demonstrar a ocorrência da formação de cartel pelos postos de combustíveis, uma vez que não pode ser exigida das empresas a produção de prova negativa, além do quê o ônus da prova incumbe ao autor. <sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Agravo de Instrumento Nº 70013607569, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 25/01/2006  
<sup>132</sup> TJMG, Relator Francisco Kupidowski, julgado em 15/03/2007

Contudo, caso não seja o Ministério Público o autor da ação, e sim um indivíduo, a apresentação da prova poderá, em determinados casos, constituir um ônus excessivo aos autores e muito difícil de ser superado. Diante disto, é interessante observar uma solução dada no trecho de uma sentença citado em apelação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

No que se refere à alegada cartelização, o inquérito civil não traz provas conclusivas, inexistindo nos autos o mesmo início de prova que permita firmar convicção acerca da sua ocorrência, razão pela qual a inversão do ônus probatório foi deferida pela verossimilhança da alegação de abusividade dos preços, apenas.<sup>133</sup>

Com base nos trechos apresentados acima, resta evidente a necessidade de uma uniformização sobre o tema do ônus probatório da existência do ilícito e da ocorrência do dano. Neste sentido, o Livro Branco adotado pela Comissão Europeia apresenta uma solução que poderia ser utilizada no Brasil para evitar discrepâncias no tocante à obtenção de provas. A solução consiste na possibilidade de o juiz requerer de terceiros ou do próprio réu a entrega de provas que não são conhecidas pelo autor. Para tanto, o autor deverá demonstrar que apresentou todos os elementos de fato e meios de prova de que dispõe, e que esses sejam suficientes para demonstrar razões plausíveis para que o juiz suspeite da existência de um dano, além de ter que demonstrar que não tem condições de produzir os elementos de prova requeridos à condenação pretendida. Nota-se aqui uma flexibilização do ônus da prova e não a inversão total deste.

Merece menção que o Comitê Econômico e Social Europeu propõe uma solução ainda mais inovadora do que Livro Branco, ao sugerir que “qualquer lesado capaz de demonstrar a existência de um nexo de causalidade suficiente entre o dano e a infração pode ter acesso à reparação dos prejuízos”.<sup>134</sup>

Além disso, é importante lembrar que existe uma enorme preocupação da Comissão Europeia em preservar o nível de informação divulgada para que não ocorra a violação do princípio da preservação da esfera pública de maneira que, por exemplo, em uma investigação sigilosa (ou em um acordo de leniência) um agente causador do dano não seja prejudicado pela ação de responsabilidade civil.

133 Trecho de decisão citada no acórdão proferido na Apelação nº 70022679260/2007 do TJRS, sem referência.

134 COMITÊ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. *Parecer do Comitê Económico e Social Europeu sobre o Livro Branco*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 22 de setembro de 2009.

As prerrogativas mencionadas acima certamente facilitarão a comprovação do ilícito nos casos em que este se encontra em fase de investigação ou até mesmo já decidido pelos órgãos brasileiros de defesa da concorrência. Entretanto, deve-se atentar também para alternativas nos casos em que ainda não exista uma investigação em curso pelos órgãos especializados. Nestes casos, poderá ser mais útil ao indivíduo abrir mão da fundamentação jurídica baseada no ilícito concorrencial em sentido estrito, para fins de obter a reparação do dano causado, e optar por realizar o pedido indenizatório com base em simples quebra contratual, quando for esse o caso.<sup>135</sup>

Existe, ainda, mais um problema que precisa imediatamente de uniformização e está relacionado a outro princípio, talvez o mais importante, do Livro Branco: a reparação total. A prática de um cartel, por exemplo, gera um prejuízo social enorme, reduzindo o bem-estar. Neste ponto, a melhora dos mecanismos de compensação civil produzirá benefícios no sentido de inibir que as pessoas cometam infrações. Isso porque ao conhecer sobre a possibilidade de condenação ao pagamento de um alto valor a título de indenização na esfera civil, os agentes irão incluir mais este fator ao tomar a decisão sobre praticar ou não o ilícito. Considerando que um mecanismo efetivo de responsabilização inclui a imprevisibilidade do valor indenizatório, resta difícil, para o agente que deseja cometer o ilícito, quantificar ou precificar os efeitos da sua conduta para decidir se irá praticá-la.

A jurisprudência brasileira ainda necessita de uma diretriz para apurar o *quantum* indenizatório nestes casos. Conforme pode ser observado nos trechos a seguir, não existe uma forma de cálculo específico para determinar o valor da indenização. Algumas vezes os valores parecem ser escolhidos sem nenhuma justificativa e ficam muito aquém da função de inibir essas práticas.

Ainda que não exista previsão legal para aplicação de danos punitivos em nossa legislação e em legislações de muitos Países-membros, isso é algo que deve ser considerado na confecção de algum documento ou dispositivo legal que venha a guiar a apuração do *quantum*.<sup>136</sup> É de extrema relevância que o valor apurado tenha um efeito dissuasório, ou seja, de reduzir ao máximo o incentivo ao conluio.

Veja-se, a título ilustrativo, a seguinte decisão:

135 O poder econômico..., *op. Cit.*

136 Comentários da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco p.6, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/acport\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/acport_pt.pdf), acessado em 12 de dezembro.

O reconhecimento do direito de indenização em decorrência de danos morais coletivos é questão nova e ainda não há uma orientação doutrinária e jurisprudencial consolidada acerca da matéria

(...) CONDENAR os estabelecimentos demandados a pagar indenização por danos morais, fixados no valor total de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), devendo tal valor ser rateado na proporção ao faturamento bruto auferido pelos estabelecimentos no ano de 2002, reconhecida igualmente a responsabilidade pessoal dos respectivos representantes legais que figuram no pólo passivo. O valor deverá ser destinado ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor<sup>137</sup>

Não há, na decisão acima, uma explicação com relação ao cálculo do valor para ter atingido os 20 mil reais referente aos danos morais coletivos, tendo este sido arbitrado imotivadamente. A depender do agente que cometeu o ilícito e que por isso tem o dever de repará-lo, o arbitramento de um valor baixo, ainda que a título de danos coletivos, não cumprirá o objetivo inibidor da conduta futura. Existe, neste sentido, a necessidade da convenção de valores mínimos a serem arbitrados em juízo.

Neste sentido, a proposta do Livro Branco, que também é apoiada pelo Comitê Econômico e Social Europeu, é a criação de um instrumento legislativo contendo os tipos de dano e prejuízos suscetíveis de serem reparados pelas vítimas de infrações às regras de concorrência e da elaboração de um documento não vinculativo para a quantificação dos danos e prejuízos, podendo incluir métodos aproximativos de cálculo ou regras simplificadas para o cálculo de prejuízos.<sup>138</sup>

Outro caso interessante reside em que, recentemente, a Associação de Hospitais de Minas Gerais ingressou com uma ação coletiva<sup>139</sup> contra o chamado “cartel dos gases” e conseguiu obter uma liminar para obrigar uma das empresas envolvidas a reparar os danos causados pelo sobrepreço praticado. Ainda não foi apurado o valor devido a título indenizatório. Vale ressaltar que a multa aplicada às empresas que formaram o cartel foi a mais alta da história do Direito antitruste brasileiro e, provavelmente, este caso servirá como balizador para futuras decisões sobre o assunto.

Em outro caso recém-julgado pela Justiça Federal de São Paulo, a Companhia de Saneamento de São Paulo, SABESP, ajuizou uma Ação Civil Públi-

137 Nº 70018714857/2007, disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ87802C87ITEMID1E-D3EAFEEFF14EE196E2CBAA71FA4EA5PTBRNN.htm>, acessado em 12 de dezembro de 2010.

138 Comentários, *op. cit.*

139 Ação Civil Coletiva nº 002409709934-5, 28ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado.jsp?txtProcesso=0024097099345&comrCodigo=0024&numero=1&listaProcessos=09709934&select=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?txtProcesso=0024097099345&comrCodigo=0024&numero=1&listaProcessos=09709934&select=1), acessado em 04 de abril de 2011.

ca <sup>140</sup>requerendo a reparação pelos danos oriundos da prática de cartel pelas empresas fabricantes de gases industriais. O caso já havia sido decidido pelo CADE, que condenou as empresas na esfera administrativa. Contudo, no início de abril a ação foi extinta sem julgamento de mérito sob o fundamento de que a SABESP era ilegítima para figurar no pólo ativo da ação.

### Conclusão

Conclui-se, portanto, pela necessidade urgente do estabelecimento de diretrizes a serem aplicadas pelos juízes para a responsabilização civil no Direito da concorrência.

Primeiramente porque, consoante já apontado acima, resta clara a falta de uma forma de cálculo do *quantum* indenizatório, o que nos parece o problema mais grave de todos. Esse problema não está apenas restrito ao campo do direito da concorrência, mas da responsabilidade civil como um todo. Entretanto, devido à peculiaridade desta área do direito (antitruste), acreditamos que o cálculo deverá ser diferenciado justamente para inibir a previsibilidade do montante a ser pago a título indenizatório, prevenindo o cálculo dos efeitos líquidos da realização de um ilícito antitruste.

Igualmente importantes, as questões sobre aplicação da responsabilidade subjetiva ou objetiva, a inversão do ônus probatório e o uso da decisão administrativa como prova irrefutável da ocorrência do ilícito também merecem atenção e carecem de uma solução o mais rapidamente possível.

Diante destas questões, o Livro Branco adotado pela Comissão Europeia poderá ser uma excelente base, um *guideline* para a confecção de um instrumento legal ou, pelo menos, como uma forma de orientação aos juízes brasileiros que venham a ser chamados esporadicamente a atuar nesta área.

### Bibliografia

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA PORTUGUESA. Comentários da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco p.6, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/acport\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/acport_pt.pdf), acessado em 12 de dezembro.

<sup>140</sup> Ação Civil Pública nº 0000233-5 2011.403.6100 21 Vara Cível da Justiça Federal/SP

- BUCHAIN, Luiz Carlos; NUSDEO, Fábio, *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre/RS: Nova Prova, 2006.
- COMISSÃO EUROPEIA. *The White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, Acesso em 8 de abril de 2011.
- COMISSÃO EUROPEIA. *The Commission Staff Working Paper — accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, Acesso em 12 de novembro de 2010.
- COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. *Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre o Livro Branco*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 22 de setembro de 2009.
- MAGGI, Bruno Oliveira, “O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil”, São Paulo. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010 — disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 7 de abril de 2011.

# A RELAÇÃO ENTRE O LIVRE COMÉRCIO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL: ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DOS CASOS C-284/95 E C-320/03<sup>141</sup>

MARIA DE MELLO FRANCO<sup>142</sup>

RENATA SILVA STAUDOHAR<sup>143</sup>

RINUCCIA FARIA LA RUINA<sup>144</sup>

## Resumo

Este artigo pretende analisar o conflito entre o livre comércio e o meio ambiente na União Europeia. Serão estudados os casos C-284/95 e C-320/03, nos quais o Tribunal de Justiça da União Europeia aplicou o princípio da proporcionalidade para sua resolução. A adoção de critérios objetivos — adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* — indica a ponderação do julgador e, deste modo, pode garantir maior segurança jurídica e legitimidade decisória.

## Palavras-chave

Meio ambiente; livre comércio; princípio da proporcionalidade; direito europeu.

## Introdução

Em seus primeiros anos, o bloco europeu não se preocupava muito com a proteção ambiental. Isso pode ser constatado ao se apreciar o Tratado de Roma de 1957, que não continha nenhuma disposição direta a respeito do meio ambiente<sup>145</sup>. Contudo, tal tema passou a ter maior importância para o bloco, sendo regulamentado a partir do Tratado de Maastricht<sup>146</sup>, em seu artigo 130 R<sup>147</sup>.

---

141 Trabalho orientado pela professora Carina Costa de Oliveira.

142 Estudante de graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO).

143 Estudante de graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO).

144 Estudante de graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO).

145 COSTA DE OLIVEIRA, Carina. *Solução de Conflitos Ambientais no Direito Internacional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 42.

146 Tratado que institui a Comunidade Europeia, publicado no *Jornal Oficial* nº C 224 de 31 de agosto de 1992..

147 Atual artigo 191, nº 2, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Atualmente, a União Europeia possui o compromisso de promover a qualidade do meio ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais em escala mundial, a fim de preservar e melhorar o desenvolvimento sustentável<sup>148</sup>, de acordo com o artigo 21 n.º 2<sup>149</sup>.

A União Europeia lida com a responsabilização pela emissão de resíduos tóxicos<sup>150</sup> prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, assim como o uso de determinados materiais potencialmente poluidores em alguns produtos, situações que suscitaram a necessidade de ponderação entre a proteção ao meio ambiente e os interesses comerciais<sup>151</sup>. Deste modo, com o intuito de solucionar frequentes conflitos nesta seara, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) orientou-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Este trabalho está dividido em duas partes. Primeiramente, será feita breve conceituação dos princípios que permearam a solução das controvérsias sob análise, quais sejam: (i) princípio da prevenção; (ii) princípio do desenvolvimento sustentável; e (iii) princípio da livre circulação de mercadorias;<sup>152</sup>. Em seguida, será conceituado o princípio da proporcionalidade.

A segunda parte do trabalho consiste em analisar os casos C-284/95 e C-320/03, à luz do princípio da proporcionalidade.

## 1. Princípios relacionados à ponderação entre o livre comércio e a proteção ambiental

A seguir, serão brevemente abordados alguns dos principais princípios relacionados à proteção do meio ambiente e ao livre comércio e que foram abordados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, nos casos C-284/95 e C-320/03.

### 1.1 Princípios que sustentam a proteção ambiental

Os princípios a seguir estudados serão o princípio da prevenção e o princípio do desenvolvimento sustentável. O princípio da prevenção encontra-se positivado no artigo 130 R do Tratado de Maastricht<sup>153</sup>, que o destaca entre os basilares à proteção ambiental na União Europeia, e justifica a redução, a limitação e o controle de atividades que possam causar risco ou dano ao meio ambiente<sup>154</sup>.

148 Disponível em: <[http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/chemicals/competitiveness/sustainable-development/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/chemicals/competitiveness/sustainable-development/index_en.htm)>. Acesso em: 1 maio 2011.

149 Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

150 TJUE, *Comissão c. Grécia*, C-387/97, 4 de Julho de 2000, *Rec.2000*, p.I-5047.

151 TJUE, *Comissão c. Reino da Dinamarca*, C- 302/86, 20 de Setembro de 1988.8, *Rec. 1988*, p.04607.

152 Cabe ressaltar que existem vários outros princípios, não menos importantes, mas que não serão objeto de estudo do presente trabalho, uma vez que não foram aplicados nos casos analisados.

153 Atual artigo 191, n.º 2, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

154 KRÄMER, Ludwig, *European Environmental Law*. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 25.



Ele fundamenta a adoção de medidas anteriores à ocorrência de eventual dano ao meio ambiente, pois este pode ser de difícil ou impossível reparação<sup>155</sup>, e é aplicado em situações que envolvam riscos já conhecidos, sendo possível, deste modo, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade entre ações ou omissões e futuros impactos ambientais. Importante salientar que sua aplicação não necessariamente alcança a eliminação absoluta de danos<sup>156</sup>.

Em suma, seu emprego será legítimo quando houver estudo científico comprobatório de risco potencial que possa, no futuro, danificar a saúde humana e o meio ambiente. Devido à dificuldade e onerosidade de reparação do dano, por vezes irreversível, este princípio é um dos mais importantes no direito ambiental.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já se posicionou no sentido de que empresas que detêm resíduos e procedem à sua armazenagem temporária têm todas as suas operações e armazenagem, bem como as operações de gestão dos resíduos<sup>157</sup>, sujeitas ao respeito dos princípios da precaução<sup>158</sup> e da prevenção<sup>159</sup>.

Outro princípio também importante é o do desenvolvimento sustentável, disposto no artigo 3º 4º, artigo 11, artigo 21º 2º f e artigo 37 do Tratado CE<sup>160</sup>, que visa equilibrar a preservação do meio ambiente com o progresso socioeconômico<sup>161</sup>. Dessa maneira, o princípio em questão é muito relevante à presente pesquisa, uma vez que as decisões expostas nos casos que serão abordados buscam uma medida proporcional para conciliar o princípio do livre comércio com o da proteção ambiental.

A consideração deste princípio visa minimizar os danos ao meio ambiente advindos do desenvolvimento econômico<sup>162</sup>, em prol da qualidade de vida e do bem-estar da coletividade<sup>163</sup>. Além disso, dele depreende-se que as necessidades imediatas das gerações presentes não devem comprometer o bem-estar das gerações futuras.

155 KRÄMER, Ludwig. *European Environmental Law*. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 26.

156 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 45.

157 Diretiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de julho de 1975, relativa aos resíduos artigo 1º, alínea d, alterada pela Diretiva 2006/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2006, relativa aos resíduos. Conforme: TJUE, 5 de Outubro de 1999, Pretore de Udine c. P. Lirusi e F. Bizzaro, C-177/98, *Rec.* 1999, p. I-06881.

158 Este princípio não é objeto do presente estudo.

159 Diretiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de julho de 1975, relativa aos resíduos, artigo 4º, alterada pela Diretiva 2006/12/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2006, relativa aos resíduos, atual artigo 4º, I; Conforme: TJUE, 5 de Outubro de 1999, Pretore de Udine c. P. Lirusi e F. Bizzaro, C-177/98.

160 Tratado sobre Funcionamento da União Europeia.

161 QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 1332.

162 Corte Internacional de Justiça, 25 de setembro de 1997. Caso referente ao projeto GABCÍKOVÓ-NAGYMAROS (HUNGRIA/ESLOVAQUIA). Ver ponto 140.

163 Comitê das Regiões, Parecer sobre a "Comunicação da Comissão Para uma estratégia temática de prevenção e reciclagem de resíduos", nº 2004/C 73/12, publicado no *Jornal Oficial* nº C 073 de 23/03/2004 p. 0063 - 0068.

Nesse sentido, importante demonstrar que, no caso Iron Rhine, a Corte Permanente de Arbitragem observou que o desenvolvimento econômico deve estar atrelado à proteção do meio ambiente<sup>164</sup>, com repartição equitativa<sup>165</sup> de custos e riscos financeiros<sup>166</sup> entre os Países Baixos e a Bélgica, para a proteção da reserva natural na construção do Iron Rhine railway<sup>167</sup>. Deste modo, observou o princípio do desenvolvimento sustentável.

O próximo tópico abordará o princípio que sustenta o livre comércio.

## 1.2 Princípio que sustenta o livre comércio

O princípio da livre circulação de mercadorias é basilar na União Europeia<sup>168</sup> e está inserido nos artigos 28 a 30 do Tratado CE<sup>169</sup>. Ele objetiva promover um ambiente amigável entre empresas e consumidores<sup>170</sup> e melhorar a política regulatória, a fim de reduzir o número de barreiras ao comércio entre Estados-membros<sup>171</sup>.

Este princípio embasa-se na teoria liberal clássica que sustenta que as trocas de mercadorias entre Estados são benéficas ao desenvolvimento econômico e visam promover a livre concorrência, tendo em vista as eficiências geradas pela autorregulamentação do mercado. Portanto, permite que mercadorias provenientes de um Estado-membro cheguem mais facilmente ao mercado interno de outro<sup>172</sup>.

Sua aplicação pode ser observada no caso C-432/03, de 10 de Novembro de 2005, no qual a legislação da demandada, a República Portuguesa, foi con-

---

164 Corte Permanente de Arbitragem, 24 de maio de 2005, *Bélgica c. Países Baixos*, Caso Iron Rhine: Disponível em: <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/BE-NL%20Award%20corrected%20200905.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

165 Corte Permanente de Arbitragem, 24 de maio de 2005, *Bélgica c. Países Baixos*, Caso Iron Rhine. Ver ponto 234. Disponível em: <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/BE-NL%20Award%20corrected%20200905.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2011.

166 Corte Permanente de Arbitragem, 24 de maio de 2005, *Bélgica c. Países Baixos*, Caso Iron Rhine... Ver ponto 244 f. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/BE-NL%20Award%20corrected%20200905.pdf>. Acesso em: 1 maio 2011.

167 Corte Permanente de Arbitragem, 24 de maio de 2005, *Bélgica c. Países Baixos*, Caso Iron Rhine. Ver ponto 220. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/BE-NL%20Award%20corrected%20200905.pdf>. Acesso em: 1 maio 2011.

168 TJUE, 7 de Fevereiro de 1985, *Procurador da República c. ADBHU*, Caso C-240/83, *Rec.* 1985, p. 0531, Ver também: TJUE, 9 de Dezembro de 1997, *Comissão c. França*, C-265/95, *Rec.* 1997, p.I-6959: "A fim de apreciar a procedência da ação da Comissão, deve recordar-se, a título preliminar, que a livre circulação de mercadorias constitui um dos princípios fundamentais do Tratado."

169 Tratado sobre Funcionamento da União Europeia.

170 Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/indexen.htm>. Acesso em: 1 maio 2011.

171 Disponível em: <[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/index_en.htm)>. Acesso em: 01 maio 2011.

172 Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/336&format=HTML>>. Acesso em: 1 maio 2011.

siderada incompatível com o direito europeu, pois criou entraves à importação de tubos para canalizações de água<sup>173</sup>. No caso em questão, o TJUE entendeu que essa restrição não estava em consonância com a Decisão n° 3052/95, na qual também prevaleceu a liberdade de circulação de mercadorias<sup>174</sup>.

Importante mencionar o artigo 30 do Tratado CE<sup>175</sup>, que permite este princípio sofrer restrições na ordem interna de um Estado-membro, desde que o entrave seja adotado com moderação. Para verificar se a limitação ao livre comércio foi adotada de maneira abusiva, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como um meio de ponderação entre interesses envolvidos no caso concreto, como nos casos C-284/95 e C-320/03, objetos do presente estudo.

A seguir, será analisado o princípio da proporcionalidade.

## 2. Princípio da proporcionalidade: análise dos critérios de ponderação entre a proteção ambiental e o livre comércio.

O princípio da proporcionalidade está previsto no artigo 5° do Tratado CE<sup>176</sup> e pode ser entendido, de acordo com o Tribunal de Justiça da União Europeia, como um princípio geral de direito<sup>177</sup>. Portanto, serve como meio de interpretação do ordenamento jurídico e, por isso, pode ser aplicado em uma maior variedade de casos do que um mero princípio de direito<sup>178</sup>.

Além disso, está presente em várias ordens jurídicas dos Estados-membros da União Europeia e, deste modo, acredita-se que a sua aplicação seja uma forma de garantir segurança jurídica e legitimidade nas decisões do TJUE, uma vez que seria capaz de transpassar os diversos sistemas jurídicos do bloco e unificá-los<sup>179</sup>.

173 Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/963&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 02 maio 2011.

174 TJUE, 15 de Novembro de 2005, *Comissão c. República Portuguesa*, C-432/03, *Rec.* 2005, p.I-9665. Ver pontos 57 e 59.

175 Tratado de Amsterdam, publicado no *Jornal Oficial* n° C 340 de 10 de novembro de 1997.

176 Tratado sobre Funcionamento da União Europeia.

177 HARBO, Tor-Inge. *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. In: *European Law Journal*. Oxford, UK and Malden USA: Blackwell Publishing, Vol. 16, N° 2, March 2010, p. 159. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=6292a5ba-e614-45ae-b8a0-205d344f0eb3%40sessionmgr11&vid=5&hid=8&bddata=Jmxbmc9cHQYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=48063047>>. Acesso em: 1 maio 2011. Nesse sentido: TJUE., *Conclusões do Advogado-Geral P. Léger*, 3 de fevereiro de 1998, Caso C- 284/95 *Rec.1998 página I-04301*. Ver ponto 88.

178 , HARBO, Tor-Inge. *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. In: *European Law Journal*. Oxford, UK and Malden USA: Blackwell Publishing, Vol. 16, N° 2, March 2010, p. 159. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=6292a5ba-e614-45ae-b8a0-205d344f0eb3%40sessionmgr11&vid=5&hid=8&bddata=Jmxbmc9cHQYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=48063047>>. Acesso em: 1 maio 2011

179 HARBO, Tor-Inge. *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. In: *European Law Journal*. Oxford, UK and Malden USA: Blackwell Publishing, Vol. 16, N° 2, March 2010, p. 159. Dis-

Vale ressaltar que a utilização de conceitos indeterminados na área ambiental é bastante frequente, já que há a necessidade de constante revisão da aplicação das normas<sup>180</sup>. Por isso, a utilização do princípio da proporcionalidade pode ser um instrumento para assegurar decisões mais ponderadas.

Importante mencionar o motivo pelo qual o princípio da proporcionalidade vem sendo empregado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Entende-se que esse princípio é aplicado quando existir uma disputa entre dois direitos ou interesses igualmente importantes<sup>181</sup>. Desta forma, sua aplicação seria uma tentativa de racionalizar as decisões, fazendo com que sejam tomadas pelo uso da adoção de critérios objetivos, que serão mencionados a seguir. Com base nisso, poderia ser garantida mais neutralidade e eficiência à decisão.

O princípio da proporcionalidade pressupõe, em três critérios, que a medida seja: (i) apta à consecução do fim pretendido — adequação; (ii) indispensável para que se atinja determinado fim — necessidade; e (iii) a melhor solução jurídica, promovendo a menor restrição possível a direito fundamental — proporcionalidade em sentido estrito.<sup>182</sup>

O primeiro critério, adequação, diz respeito à relação entre os meios e fins a serem perseguidos. Indaga-se se a medida adotada foi apropriada para atingir o objetivo em questão. Acredita-se que esse critério pode ser utilizado para avaliar se a medida foi tomada de maneira arbitrária<sup>183</sup>.

---

ponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=6292a5ba-e614-45ae-b8a0-205d344f0eb3%40sessionmgr11&vid=5&hid=8&bdata=Jmxbmc9cHQrYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=48063047>>. Acesso em: 1 maio 2011

180 GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Ato Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Meio Ambiente*. Coimbra Editora, 2007, p. 198.

181 Conforme será visto posteriormente, esse artigo analisa o embate entre a questão ambiental e a questão econômica.

182 HARBO, Tor-Inge. *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. In: European Law Journal. Oxford, UK and Malden USA: Blackwell Publishing, Vol. 16, Nº. 2, March 2010, p. 159. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=6292a5ba-e614-45ae-b8a0-205d344f0eb3%40sessionmgr11&vid=5&hid=8&bdata=Jmxbmc9cHQrYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=48063047>>. Acesso em: 1 maio 2011

183 GROUSSOUT, Xavier. *Proportionality in Sweden: The Influence of European Law*. In: Nordic Journal of International Law, Netherlands, Leiden: Academic Publisher Brill, Vol. 75, Agosto 2006, no. 3-4, p. 454. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=4&hid=8&sid=67411392-a1a8-4f7c-88fa-128c661f52f5%40sessionmgr13&bdata=Jmxbmc9cHQrYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=23420867>>. Acesso em: 1 maio 2011

O segundo critério, necessidade, consiste na averiguação da possibilidade de haver outros meios menos restritivos capazes de atingir a finalidade desejada<sup>184</sup>, porém com eficiência equitativa<sup>185</sup>.

Por último, deve ser analisada a proporcionalidade *stricto sensu*. Mesmo que adequada e necessária, a medida não deve ser impossível de ser cumprida e nem atingir, de maneira intolerável, o núcleo essencial da liberdade do sujeito<sup>186</sup>. Avalia-se, portanto, se a medida é excessiva para a consecução do objetivo vislumbrado, a partir de ponderação de interesses e sopesamento do impacto causado a um direito individual com o benefício que isso traria ao interesse geral<sup>187</sup>.

Deste modo, caso acarrete um ônus excessivo aos indivíduos, a medida será desproporcional, mesmo se adequada e necessária<sup>188</sup>.

Com a utilização desses critérios, as decisões tornam-se mais previsíveis e ponderadas, o que acarreta maior segurança jurídica, havendo, assim, menos espaço para decisões políticas, arbitrárias ou subjetivas<sup>189</sup>. Além disso, garante-se igualdade e reforça-se o artigo 2º do Tratado CE<sup>190</sup>, relativo à não discriminação.

184 GROUSSOUT, Xavier. *Proportionality in Sweden: The Influence of European Law*. In: Nordic Journal of International Law, Netherlands, Leiden: Academic Publisher Brill, Vol. 75, Agosto 2006, no. 3-4, p. 454. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=4&hid=8&sid=67411392-a1a8-4f7c-88fa-128c661f52f5%40sessionmgr13&bdata=Jmxhbm9cHQrYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=23420867>>. Acesso em: 1 maio

185 UEDA, Junko; ANDENAS, Mads. *Proportionality in EU Environmental Law*. p.4, Disponível em: <[http://wwwsoc.nii.ac.jp/eusa-japan/download/eusa\\_ap/paper\\_MadsAndenas\\_JunkoUeda.pdf](http://wwwsoc.nii.ac.jp/eusa-japan/download/eusa_ap/paper_MadsAndenas_JunkoUeda.pdf)>. Acesso em: 5 maio 2011.

186 GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Ato Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Meio Ambiente*. Coimbra Editora, 2007, p. 199.

187 GROUSSOUT, Xavier. *Proportionality in Sweden: The Influence of European Law*. In: Nordic Journal of International Law, Netherlands, Leiden: Academic Publisher Brill, Vol. 75, Agosto 2006, no. 3-4, p. 454. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=4&hid=8&sid=67411392-a1a8-4f7c-88fa-128c661f52f5%40sessionmgr13&bdata=Jmxhbm9cHQrYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=23420867>>. Acesso em: 1 maio 2011.

188 HARBO, Tor-Inge. *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. In: European Law Journal. Oxford, UK and Malden USA: Blackwell Publishing, Vol. 16, Nº. 2, March 2010, p. 165. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=6292a5ba-e614-45ae-b8a0-205d344f0eb3%40sessionmgr11&vid=5&hid=8&bdata=Jmxhbm9cHQrYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=bth&AN=48063047>>. Acesso em: 1 maio 2011.

189 HARBO, Tor-Inge. The Function of the Proportionality Principle in EU Law, in: European Law Journal, Oxford: Blackwell, Vol. 16, No. 2, March 2010, pp. 162-164.

190 Artigo 2º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia: “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”.

A seguir, serão abordados dois casos analisados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, nos quais ele esteve diante de conflitos entre interesses ambientais e econômicos.

### 2.1. Ponderação mais favorável ao meio ambiente: exemplo do caso C-284/95

O caso C-284/95 abordou o princípio da proporcionalidade enquanto instrumento de ponderação entre os interesses comerciais e a proteção ambiental. Além disso, trata-se de um caso de grande importância, pois envolve o tema delicado da proteção da camada de ozônio. Sob a perspectiva da livre circulação de mercadorias e do princípio da prevenção de danos ambientais, apreciou-se o caso à luz do princípio da proporcionalidade, pelos critérios de adequação e necessidade.

As empresas Safety Hi-Tech Srl — Safety e S&T Srl — S&T celebraram um contrato de compra e venda, no qual ficou estipulado o fornecimento de determinado produto pela Safety, composto de hidroclorofluorocarboneto — HCFC e destinado ao combate a incêndios. Contudo, na data da entrega, a S&T se recusou a recebê-lo, alegando a invalidade contratual, por força do artigo 5º do Regulamento CE nº 3093/94<sup>91</sup>.

O referido Regulamento estabelece, em seu artigo 1º, os casos de essencialidade de utilização de determinadas substâncias e delimita sua aplicação à produção, importação, exportação, oferta, utilização e/ou recuperação de HCFC e halons, dentre outras. O artigo 5º dispõe sobre a proibição da utilização dos HCFC, assim como estabelece vários casos de exceções à essa proibição, não constando do rol, entretanto, a utilização dos HCFC no setor de combate a incêndios.

O referido Regulamento também estipulou que os produtores de halons deveriam cessar a produção dessa substância a partir de 31 de dezembro de 1993. Entretanto, de acordo com o artigo 3º, nº 3, poderia haver exceções à essa limitação após essa data, em casos de utilizações essenciais, e não havendo nenhuma alternativa para substituição, nem halons reciclados.

Inconformada com a vedação, a Safety ajuizou uma ação, em 8 de agosto de 1995, ao órgão de reenvio prejudicial contra a S&T, para contestar o Regulamento. Afirmou que ele seria inválido, porque substâncias mais nocivas do que os HCFC, como halons, hidrofluorocarbonos e perfluorocarbonos, que possuem índices ODP<sup>191</sup>, GWP<sup>192</sup> e ALT<sup>193</sup>, parâmetros de periculosidade, mais elevados não teriam sido proibidas.

191 Ozone Depletion Potential.

192 Atmospheric Life Time.

193 Global Warming Potential.

A Safety alegou que, para avaliação das substâncias, foi empregado como único critério o índice ODP, e, caso fossem observados os índices GWP e ALT, referentes ao aquecimento global, não se teria proibido os HCFC. Dessa forma, ao utilizar esses outros índices para a avaliação da periculosidade das substâncias, alcançaria proteção mais ampla e elevada ao meio ambiente, pois também se estabeleceria medida contrária ao aquecimento global. Portanto, entendeu que o Conselho teria extrapolado os limites de seu poder de apreciação, além de violar o princípio da prevenção<sup>194</sup>, pois deveria, para alcançar a finalidade do artigo 130 R nº 2 do Tratado CE<sup>195</sup>, ter incluído substâncias responsáveis pelo aquecimento global.

Em 8 de agosto de 1995, o órgão de reenvio prejudicial requereu ao Tribunal de Justiça da União Europeia que se pronunciasse sobre as seguintes questões<sup>196</sup>: i) interpretação do artigo 5º do Regulamento e legalidade da proibição dos HCFC à luz do artigo 130 R<sup>197</sup>; ii) validade do Regulamento sob a perspectiva do artigo 36<sup>198</sup> do Tratado CE, ou seja, se a norma em questão do Regulamento violaria a livre circulação de mercadorias.

Em 3 de fevereiro de 1998, Philippe Léger, Advogado-Geral, apresentou parecer sobre as questões levantadas pelo órgão de reenvio prejudicial. Quanto à primeira, concluiu que o artigo 5º do Regulamento proíbe totalmente o uso, a importação e a comercialização dos HCFC no setor de: combate a incêndios<sup>199</sup>. Neste sentido, entendeu que o Regulamento foi adotado tendo em vista o compromisso da União Europeia de estabelecer medidas para atingir os objetivos estipulados pela Convenção de Viena<sup>200</sup> e pelo Protocolo de Montreal<sup>201</sup>.

194 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, Caso C-284/95, *Rec.* 1998, p.I-4301. Ver ponto 49 e 50.

195 Tratado que institui a Comunidade Europeia, publicado no *Jornal Oficial* nº C-224 de 31 de Agosto de 1992. “A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias”.

196 Também foram submetidas outras questões, que, por não envolverem o princípio da proporcionalidade, não serão estudadas no presente trabalho.

197 Apesar de, à época da decisão, o Tratado de Amsterdam estar em vigor, o Tribunal aplicou o artigo 130R do Tratado de Maastricht.

198 Tratado que institui a Comunidade Europeia. No decorrer deste trabalho, a numeração deste artigo será substituída por 30, já que ele foi revogado pelo Tratado de Amsterdam.

199 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, Caso C-284/95, *Rec.* 1998 página I-04301. Ver ponto 31.

200 Convenção de Viena para a Protecção da Camada de Ozônio, assinada em Viena em 22 de Março de 1985, entrada em vigor em 22 de setembro de 88.

201 Protocolo de Montreal Relativo a Substâncias que Empobrecem a Camada de Ozônio, assinado em 16 de Setembro de 1987, entrada em vigor em 1 de janeiro de 1989, alterado em 29 de junho de 1990 pela primeira emenda e em 10 de agosto 1992 e pela segunda emenda de 25 de novembro de 1992, entrada

Apesar de a proibição total dos HCFC pelo Regulamento ser mais restritiva do que o estipulado nestes dois documentos, que apenas limitam sua utilização, o Advogado-Geral concluiu que isso não violaria o direito internacional. Isso porque a Convenção de Viena positivou a faculdade aos Estados ratificantes de estabelecer medidas internas mais rigorosas do que as previstas por ela, conforme artigo 2º, §3<sup>202</sup>. Estaria, portanto, justificada a interpretação do artigo 5º do Regulamento no sentido de proibir a utilização, comercialização, produção e importação de HCFC no setor de combate a incêndios.

Acrescentou que, de acordo com o artigo 2º, §2º, alínea b da Convenção de Viena, os Estados-membros podem adotar medidas mais restritivas do que as previstas no acordo, sendo, neste caso, justificadas pelo objetivo de impor o uso de substâncias alternativas que seriam menos prejudiciais à camada de ozônio<sup>203</sup>, como disposto em seu artigo 3º, §1, alínea f.

Conforme entendimento do Advogado-Geral, o objetivo do artigo 130 R consiste em, tendo em conta os conhecimentos técnicos e científicos disponíveis<sup>204</sup>, permitir que o legislador europeu pondere vantagens e encargos que determinada medida pode gerar. Esse poder de apreciação seria restrito ao Conselho Europeu, segundo o artigo 130 S<sup>205</sup>, não cabendo ao Tribunal de Justiça da União Europeia invadir sua competência.

O Advogado-Geral questionou-se, deste modo, se o Conselho teria incorrido em erro manifesto de apreciação, desvio de poder ou ultrapassado os limites do seu poder de apreciação<sup>206</sup>. Além disso, não estaria entre as finalidades

---

em vigor em 14 de junho de 1994. Na data do Caso C-284/95 o Protocolo havia sido emendado duas vezes. Atualmente, são quatro emendas.

202 Convenção de Viena para Proteção da Camada de Ozônio, assinada em Viena em 22 de Março de 1985, entrada em vigor em 22 de setembro de 1988. Artigo 2º, §3: “Os dispositivos da presente Convenção não devem afetar, de modo algum, o direito que têm as Partes de adotar, de acordo com os princípios do direito internacional, providências internas adicionais às referidas nos parágrafos 1 e 2, acima, não devem afetar providências internas adicionais já porventura tomadas por uma Parte, desde que essas providências não sejam incompatíveis com as obrigações nos termos da presente Convenção”.

203 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de Fevereiro de 1998, Caso C-284/95, *Rec.1998, p. I-04301*. Ver ponto 78: “Ora, o regulamento visa, vimo-lo, tendo em conta os conhecimentos técnicos e científicos disponíveis e a existência de substâncias de substituição - substâncias menos prejudiciais e que podem ser empregadas para as mesmas utilizações -, eliminar progressivamente aquelas que empobrecem a camada de ozono e, nos termos da Convenção de Viena, tomar medidas de controlo mais rigorosas que as previstas pela segunda emenda. Este regulamento melhora, assim, sensivelmente a proteção da camada de ozono no interior da Comunidade”.

204 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de Fevereiro de 1998, Caso C - 284/95, *Rec.1998, p.a I-04301*. Ver. ponto 70. Vide item 1.2 deste trabalho, que aborda o princípio da prevenção.

205 Apesar de, à época da decisão, o Tratado de Amsterdam estar em vigor, o Tribunal aplicou o artigo 130R do Tratado de Maastricht.

206 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de Fevereiro de 1998, *Rec. 1998, p. I-04301*Caso C - 284/95. Ver ponto 73: “Ora, perante tais situações, o Tribunal de Justiça sempre se recusou a substituir pela sua a apreciação feita pelo legislador comunitário sobre o carácter mais ou menos adequado das medidas aprovadas (39), a menos que o demandante faça a prova de que aquele legislador, ponderados os



do artigo 130 R estabelecer uma proteção absoluta e global ao ambiente, já que esta não foi a intenção do legislador europeu<sup>207</sup>. O intuito do Regulamento seria apenas a melhoria da qualidade do meio ambiente e, portanto, estaria a respeitar a finalidade do artigo 130 R.

A alegação de incompatibilidade do princípio da proporcionalidade com o artigo 5º do Regulamento foi refutada pelo Advogado-Geral. Ele levantou a opinião do Conselho sobre o tema, que considera que a proibição absoluta dos HCFC no setor de combate a incêndios justifica-se pela existência de outras substâncias com valor ODT próximo a zero, como, por exemplo, a água e os gases inertes. Por isso, não há que se falar em desproporcionalidade<sup>208</sup>.

Neste ponto, o Advogado-Geral alegou que há conflito entre interesses comerciais e ambientais. Contudo, o princípio da livre circulação de mercadorias pode sofrer restrições em decorrência da proteção ambiental e, mesmo neste caso, a medida restritiva seria proporcional<sup>209</sup>.

Por fim, sobre a validade do artigo 5º do Regulamento à luz do artigo 30 do Tratado CE<sup>210</sup>, o Advogado-Geral entendeu pela compatibilidade dessas normas. Considerando o parecer do Advogado-Geral, o Tribunal de Justiça proferiu decisão bastante similar em alguns pontos. Primeiramente, decidiu que a proibição de outras substâncias que não os HCFC não foram objeto do litígio principal e, por isso, não poderiam ser analisadas. Assim, a decisão deveria contemplar apenas o HCFC.

elementos fornecidos à data da adoção da regulamentação (40), agiu com erro manifesto de apreciação, desvio de poder (41), ou ultrapassou manifestamente os limites do seu poder de apreciação”.

207 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de Fevereiro de 1998, Caso C - 284/95, *Rec.1998*, p. I-04301. Ver ponto 75.

208 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de Fevereiro de 1998, Caso C-284/95, *Rec.1998*, p. I-04301. Ver ponto 84: “Afirmam que este princípio foi rigorosamente respeitado. Assim, a proibição absoluta de utilizar HCFC no sector da luta contra os incêndios justifica-se por existirem já, à data da adoção do regulamento, para o mesmo tipo de utilização, substâncias de substituição com um valor ODT próximo de zero, tais como a água, o pó e os gases inertes”.

209 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger I, 3 de Fevereiro de 1998, Caso C-284/95. *Rec.1998*, p. I-04301. Ver ponto 100: “100 Além disso, após a entrada em vigor, em 1 de Julho de 1987, do Acto Único, o Tribunal declarou, no n.º 21 do acórdão de 17 de Março de 1993, Comissão/Conselho, já referido, que o artigo 130.º-S do Tratado CEE constituía a base jurídica correta de uma directiva que vise essencialmente a protecção do ambiente e confirmou necessariamente, no n.º 13 do mesmo acórdão, que (...) exigências imperativas relativas à protecção do ambiente justificam excepções à livre circulação de resíduos”. Ver também ponto 103: “É manifesto, no caso em apreço, que extintores destinados à luta contra os incêndios são mercadorias e que, ao excluí-las totalmente do mercado interno, o artigo 5.º do regulamento teve inevitavelmente o efeito de impedir a sua livre circulação na Comunidade”. Ver também ponto 104: “Todavia, é incontestável que a defesa da camada de ozono constitui uma exigência imperativa, no sentido do acórdão do Tribunal de 17 de Março de 1993, Comissão/Conselho, já referido, para protecção do ambiente. Além disso, demonstramos que o artigo 5.º do regulamento respeita o princípio da proporcionalidade”.

210 Tratado de Amsterdã.

Quanto à primeira questão levantada pelo órgão de reenvio prejudicial, o Tribunal afirmou que os Estados-membros, segundo a Convenção de Viena para proteção da camada de ozônio, podem impor medidas internas mais rigorosas que a referida Convenção, nos termos do artigo 2º, §2, alínea b, desde que, de acordo com alegações científicas, promovam a utilização de substâncias menos nocivas ao meio ambiente. Portanto, o artigo 5º do Regulamento teria em vista a consecução deste objetivo, ou seja, a proteção da camada de ozônio.

Além disso, concluiu que, apesar de não ter sido proibida no Regulamento, a comercialização dos HCFC acarretaria a utilização dessa substância. Por isso, deve-se interpretar a proibição no sentido de vedar totalmente a utilização do HCFC<sup>211</sup>. Dessa forma, também estariam proibidas a produção e importação desta substância.

O Tribunal seguiu com o estudo do artigo 130 R para apreciar a questão da legalidade da medida. Averiguou se o Conselho havia cometido um erro de apreciação manifesto na análise do artigo 130 R<sup>212</sup>. Entendeu que esse artigo estabelece diversos objetivos, princípios e critérios que o legislador comunitário deve observar em política ambiental. Para tanto, de acordo com o artigo 130 S<sup>213</sup>, é conferido ao legislador comunitário a competência de apreciação quanto à escolha das medidas para a realização do artigo 130 R<sup>214</sup>.

O Tribunal entendeu que seria improcedente a alegação da Safety no que se refere à assertiva de que o Regulamento, ao proibir o HCFC, não utilizou como parâmetro os índices GWP e ALT e, assim, não cumprira o nível elevado de proteção estabelecido pelo artigo 130 R n.º 2. Isso porque, segundo ele, o nível de proteção elevado não consistiria no nível mais elevado de proteção<sup>215</sup>.

---

211 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, C-284/95 *Rec.*1998,p.I-4301.Ver ponto 32.

212 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, C-284/95 *Rec.*1998,p.I-4301.Ver ponto 37.

213 Tratado que institui a Comunidade Europeia, publicado no *Jornal Oficial* n.º C 224 de 31 de Agosto de 1992.

214 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, Caso C-284/95, *Rec.*1998,p.I-4301.Ver ponto 43: “Como o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão de 14 de Julho de 1994, Peralta (C-379/92, *Colect.*, p. I-3453, n.º 57), o artigo 130.º-R do Tratado limita-se a definir os objetivos gerais da Comunidade em matéria de ambiente. A competência para decidir das ações a empreender foi confiada ao Conselho pelo artigo 130.º-S. Além disso, o artigo 130.º-T precisa que as medidas de proteção adoptadas em comum nos termos do artigo 130.º-S não constituem obstáculo à manutenção e ao estabelecimento por cada Estado-membro de medidas de proteção reforçadas compatíveis com o Tratado”.

215 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech*. S&T, Caso C-284/95, *Rec.*1998,p.I-4301. Ver ponto 49,: “Por último, embora seja pacífico que o artigo 130.º-R, n.º 2, do Tratado impõe que a política da Comunidade no domínio do ambiente vise um nível de proteção elevado, esse nível de proteção, para ser compatível com a mesma disposição, não deve necessariamente ser tecnicamente o mais elevado possível. Efetivamente, como se referiu no n.º 43 do presente acórdão, o artigo 130.º-T do Tratado permite que os Estados-membros mantenham ou introduzam medidas de proteção reforçadas”.

Portanto, o Tribunal entendeu que o Conselho não praticou erro de apreciação manifesto<sup>216</sup>.

No tocante à alegação de desproporcionalidade da proibição dos HCFC, o Tribunal declarou que a proibição total foi adequada, pois os meios adotados por essa medida foram compatíveis com a consecução da finalidade. Em seguida, utilizou o critério da necessidade, indagando a substitutibilidade dos halons e dos HCFC, concluindo que:

A este respeito, basta recordar, como resulta do processo principal, que os halons apresentam uma capacidade de extinção insubstituível, designadamente para fazer face a incêndios em espaços reduzidos, com efeitos tóxicos extremamente diminutos, enquanto para obter o mesmo resultado, é necessária uma quantidade mais significativa de HCFC, com maior efeito tóxico.<sup>217</sup>

(...)

Dado que, como foi referido no n.º 54 do presente acórdão, existem produtos de substituição eficazes para os HCFC, como a água, o pó e os gases inertes, e, para determinadas utilizações essenciais, produtos de substituição insubstituíveis como os halons, como foi referido no n.º 59 do presente acórdão, a proibição de utilização dos HCFC não pode ser considerada contrária ao princípio da proporcionalidade.<sup>218</sup>

Por fim, sobre a validade da proibição à luz do artigo 30 do Tratado CE<sup>219</sup>, o Tribunal entendeu que, como anteriormente exposto, não pode ser considerada desproporcional a medida, já que é proporcional à finalidade pretendida, ou seja, à proteção da camada de ozônio.

Cabe agora analisar a decisão proferida pelo Tribunal, que utilizou o princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação. Dessa forma, sopesou-se, de um lado a proteção ambiental e, do outro, o livre comércio. No caso, as restrições feitas à atividade econômica, com base no princípio da proporcionalidade, são justificadas pelo fato de que direitos econômicos são passíveis de serem limitados, se estiverem em conflito com outros interesses, como a proteção ao meio ambiente<sup>220</sup>.

216 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, Caso C-284/95, *Rec.1998*, p.I-4301. Ver ponto 55

217 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, Caso C-284/95, *Rec.1998*, p.I-4301 Ver ponto 59.

218 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, Caso C-284/95, *Rec.1998*, p.I-4301. Ver ponto 60.

219 Tratado de Amsterdam...

220 TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, caso C-284/95. *Rec.1998*, p.I-4301. Ver ponto 64, no qual o Tribunal afirma que o artigo 30 do Tratado de Maastricht pode ser limitado em função da proteção do meio ambiente.

Pelo princípio da proporcionalidade<sup>221</sup>, os meios aplicados devem ser adequados para se realizar um determinado objetivo, não devendo ultrapassar o necessário para atingir o fim.

Conforme entendimento do Tribunal, a finalidade do Regulamento consiste na eliminação progressiva das substâncias que empobrecem a camada de ozono, tendo em conta os conhecimentos técnicos e científicos disponíveis e a existência de substâncias de substituição menos prejudiciais e que podem ser empregadas para os mesmos fins<sup>222</sup>. No tocante à proibição total estabelecida pelo Regulamento, tendo em vista o compromisso assumido pela União Europeia ao ratificar a Convenção de Viena<sup>223</sup> e o Protocolo de Montreal, a medida é adequada à proteção da camada de ozônio. Considerando que há substitutos para os HCFC no setor de combate a incêndios, afigura-se a proibição total dos HCFC como necessária para diminuir progressivamente o uso de substâncias nocivas à camada de ozônio, pois é indispensável para que se atinja esse fim. De outro modo, dificilmente seriam utilizadas substâncias menos nocivas ao ambiente.

Visto que a finalidade do Regulamento é a proteção da camada de ozônio, não há que se falar na proibição, por meio deste instrumento legal, de substâncias que colaboram para o aquecimento global. Isso porque o Regulamento estipula medidas para se alcançar a proteção da camada de ozônio, sendo assim adequada e necessária para esta finalidade apenas.

Conforme se pode observar pela análise do caso, o critério da proporcionalidade em sentido estrito não foi aplicado pelo Tribunal na presente tomada de decisão. Foram observados, porém, os critérios da adequação e da necessidade, assim como outros parâmetros, como (i) a incorrência pelo Conselho de erro de apreciação manifesto e (ii) alcance, pelo Regulamento, de um nível de proteção elevado.

Deste modo, o TJUE revisou o mérito da decisão deste órgão sem desprezar sua discricionariedade e posicionou-se pela defesa do meio ambiente. Contudo, nem sempre a decisão dos tribunais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, lhe é favorável. A seguir, será feita a análise do caso C—320/03, no qual o livre comércio foi reforçado.

---

221 Vide item 2 do presente trabalho.

222 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de fevereiro de 1998, Caso C-284/95, *Rec.* 1998 página I-04301 Ver ponto 3.

223 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de fevereiro de 1998, Caso C-284/95, *Rec.* 1998 página I-04301. Ver ponto 36: “O artigo 2º, n.º1, da Convenção de Viena dispõe que as partes se comprometem a tomar (...) as medidas adequadas... para proteção da saúde e do ambiente, contra os efeitos resultantes ou que poderão vir a resultar das atividades humanas que modificam ou poderão vir a modificar a camada de ozono”.

## 2.2 Ponderação mais favorável ao livre comércio: exemplo do caso C-320/03

O caso C-320/03 também ilustra o confronto existente entre dois princípios fundamentais da União Europeia: o livre comércio e a proteção ao meio ambiente<sup>224</sup>. Ele explicita tensões entre o crescimento econômico do transporte rodoviário de mercadorias e a proteção de outros interesses contra os efeitos secundários danosos desse desenvolvimento<sup>225</sup>.

O princípio da proporcionalidade foi utilizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia como instrumento para equilibrar a disputa e ponderar os interesses das partes. Assim, a importância jurídica do caso consiste na aplicação deste princípio, pelo uso de critérios objetivos, sendo possível, deste modo, analisar a ponderação do julgador. Alguns princípios auxiliares, tais como o desenvolvimento sustentável, a prevenção, e a livre circulação de mercadorias, contribuíram para a resolução do conflito.

De acordo com o entendimento do Tribunal, em outubro de 2002, um entrave à livre circulação de mercadorias teria sido imposto pelas autoridades austríacas, por terem verificado uma ultrapassagem do valor-limite de emissão de gases poluentes em uma parte da autoestrada A12 no vale do Inn. Por isso, restringiram temporariamente a circulação noturna de veículos pesados nesta zona. Em junho de 2003, essa limitação tornou-se permanente<sup>226</sup>.

Posteriormente, em 27 de maio de 2003, a República da Áustria adotara o Regulamento BGBl. II, 279/2003, que impunha limitações, na mesma localidade, à circulação de mercadorias<sup>227</sup> transportadas por caminhões com peso bruto superior a 7,5 toneladas. Ele entraria em vigor no dia 1º de agosto de 2003, por tempo indeterminado. A restrição objetivaria a redução da emissão de gases poluentes para, conseqüentemente, melhorar a qualidade do ar e, assim, proteger a saúde humana, a fauna e a flora.

A Comissão da União Europeia, apoiada pela República Federal da Alemanha, pela República Italiana e pelo Reino dos Países Baixos, como intervenientes,

224 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03, Ver ponto 2: “Ambos são objetivos fundamentais da Comunidade, estabelecidos no artigo 2.º CE e expressos em muitas disposições concretas do Tratado”.

225 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 7.

226 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.*2005, p.I-9871. Ver pontos 18 e 20.

227 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 21, que dispõe sobre quais mercadorias terão sua circulação restringida: “Todos os tipos de resíduos constantes do Catálogo Europeu de resíduos, cereais, madeira e cortiça, minerais ferrosos e não ferrosos, pedra, terras, entulho, veículos a motor e reboques e aço para a construção” .

ajuizou, em 23 de julho de 2003, uma ação por incumprimento<sup>228</sup> no Tribunal de Justiça da União Europeia contra o supramencionado Regulamento. A demandante alegou que a medida adotada pela Áustria não cumpria as obrigações impostas pelos artigos 1 e 3 do Regulamento CEE nº 881/92 do Conselho<sup>229</sup>, nem pelos artigos 1 e 6 do Regulamento CEE nº 3118/93 do Conselho<sup>230</sup>, que dispõem sobre a liberdade de prestação de serviços e transportes. Além disso, alegou que tal limitação contrariava os artigos 28 a 30 do Tratado CE<sup>231</sup>, que preveem a livre circulação de mercadorias.

Expôs que essa restrição somente seria justificável caso as mercadorias em questão constituíssem uma ameaça direta e demonstrável à saúde pública, o que não parecia ser o caso. Por isso, alegou que o Regulamento controvertido possuía um caráter discriminatório (indiretamente), uma vez que, embora fosse redigido em termos neutros, ele afetaria principalmente a atuação de empresas estrangeiras e não teria aplicabilidade para a maioria das empresas austríacas. Consequentemente, não poderia ser justificado com base na proteção ao ambiente.

Prosseguiu com a alegação de que a atuação austríaca não se baseava nas Diretivas 96/62 e 1999/30<sup>232</sup>, uma vez que o art. 7, nº 3<sup>233</sup>, daquela dizia respeito a uma restrição setorial temporária e urgente da circulação de mercadorias. Essa previsão não teria sido cumprida pela medida austríaca, pois, além de a restrição ter sido adotada permanentemente, os métodos utilizados para medir o nível de poluição eram questionáveis.

---

228 O instrumento da ação por incumprimento está previsto no artigo 258 do Tratado de Lisboa de 2007.

É uma via processual utilizada quando um Estado-membro descumpra obrigação oriunda do direito da União Europeia. CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 2a Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 326.

229 Regulamento (CEE) nº 881/92 do Conselho, de 26 de Março de 1992, relativo ao acesso ao mercado dos transportes rodoviários de mercadorias na Comunidade efetuados a partir do ou com destino ao território de um Estado-membro ou que atravessem o território de um ou vários Estados-membros, publicado no *Jornal Oficial* L 95 de 9 abril 1992.

230 Regulamento (CEE) nº 3118/93 do Conselho, de 25 de Outubro de 1993, que fixa as condições de admissão de transportadores não residentes aos transportes nacionais rodoviários de mercadorias num Estado-membro, publicado no *Jornal Oficial* L 279 de 12 novembro 1993.

231 Tratado de Amsterdam, publicado no *Jornal Oficial* nº C 340 de 10 de Novembro de 1997.

232 Diretiva 1999/30/CE do Conselho de 22 de Abril de 1999, relativa a valores-limite para o dióxido de enxofre, dióxido de azoto e óxidos de azoto, partículas em suspensão e chumbo no ar ambiente, publicado no *Jornal Oficial* L 163 de 29 de junho de 1999.

233 Diretiva 96/62/CE do Conselho, de 27 de setembro de 1996, estabelece os requisitos gerais para o melhoramento da qualidade do ar ambiente, publicada no *Jornal Oficial* L 296, e substituída pelo Regulamento (CE) nº 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Setembro de 2003 que adapta à Decisão 1999/468/CE do Conselho, as disposições relativas aos comitês que assistem a Comissão no exercício das suas competências de execução previstas em atos sujeitos ao artigo 251.º do Tratado, publicado no *Jornal Oficial* L 284 de 31.10.2003. Ver artigo 7, nº 3 da Diretiva 96/62/CE: “Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir a observância dos valores limite.”

Por essas razões, alegou que o princípio da proporcionalidade não foi respeitado, uma vez que o Regulamento controvertido trouxe graves consequências a vários setores da economia<sup>234</sup>. Ainda, afirmou que a demandada poderia ter adotado medidas menos restritivas e mais flexíveis<sup>235</sup>, também capazes de alcançar os objetivos previstos pelo Regulamento. Essas outras medidas estariam em conformidade com os princípios de combate dos danos causados ao ambiente em sua origem<sup>236</sup>. Contestou, também, o curto prazo que a demandada concedeu para que se adaptassem ao entrave<sup>237</sup>.

A demandada, por vez, afirmou que as Diretivas 96/62 do Conselho e 1999/30/CE do Conselho teriam sido transpostas ao direito austríaco por alterações à lei relativa à proteção do ar contra a poluição, a Immissionsschutzgesetz-Luft — IG-L<sup>238</sup>, em seus §§ 10, 11 e 14<sup>239</sup>. Desse modo, restaria demonstrado que o objetivo de proteção ao ambiente visado pela nova regulamentação estaria em conformidade com a IG-L, o direito europeu e os artigos 7 e 8 da Diretiva 96/62<sup>240</sup>.

Prosseguiu com a justificativa de que a Diretiva 1999/30/CE do Conselho autorizava que medidas fossem tomadas caso os valores-limite para a emissão de gases poluentes fossem excedidos. Foi nesse sentido que o Regulamento te-

234 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 39: “O Regulamento tem consequências econômicas consideráveis não só para o setor de transportes, mas também para os produtores das mercadorias em causa, já que serão confrontados com custos de transporte mais elevados e problemas logísticos ao procurarem meios alternativos para transportar os seus produtos aos seus clientes. A Comissão e os governos intervenientes afirmam que serão especialmente as pequenas e médias empresas de transporte, muitas das quais especializadas no transporte de algumas das mercadorias em causa, que serão ameaçadas”.

235 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, Rec.2005, p.I-9871. Ver ponto 46.

236 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 45.

237 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 40.

238 Immissionsschutzgesetz-Luft, BGBl. I, 115/1997.

239 O §10 da IG-L lista as medidas que poderiam ser adotadas após valor-limite ter sido ultrapassado. O §11 da IG-L dispõe sobre os princípios a serem observados no contexto do parágrafo anterior. Ressalta-se o princípio da proporcionalidade. Por fim, o § 14 da IG-L explicita disposições especificamente aplicadas ao setor de transportes.

240 Diretiva 96/62/CE do Conselho, de 27 de setembro de 1996, estabelece os requisitos gerais para o melhoramento da qualidade do ar ambiente, publicada no *Jornal Oficial* L 296, e substituída pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Setembro de 2003 que adapta à Decisão 1999/468/CE do Conselho, as disposições relativas aos comitês que assistem a Comissão no exercício das suas competências de execução previstas em atos sujeitos ao artigo 251.º do Tratado, publicado no *Jornal Oficial* L 284 de 31.10.2003. Ver artigo 8, n.º 3, da Diretiva 96/62/CE que estabelece medidas aplicáveis nas zonas onde os níveis são superiores ao valor-limite. O n.º 3 deste artigo dispõe: “Nas zonas e aglomerações referidas no n.º 1 [isto é, aquelas em que os níveis de um ou mais poluentes são superiores ao valor-limite acrescido da margem de tolerância], os Estados-membros devem tomar medidas para garantir que seja elaborado ou aplicado um plano ou programa destinado a fazer cumprir o valor-limite dentro do prazo fixado.

ria sido instaurado, uma vez que estudos científicos comprovariam que eles tinham sido abruptamente ultrapassados<sup>241</sup>. Além disso, questionou o fato de a demandante não ter contestado os índices trazidos pelo estudo, sugerindo que esta estava ciente dos mesmos.

A República da Áustria declarou que não promoveu qualquer discriminação à livre circulação de mercadorias estrangeiras. Primeiramente, argumentou que o critério de escolha das mercadorias foi feito pela possibilidade de poderem ser transportadas por caminhos ferroviários<sup>242</sup>. Chegou a essa conclusão com base em documentos provenientes de empresas públicas e privadas, nacionais e estrangeiras, de caminhos ferroviários<sup>243</sup>. Em segundo lugar, a existência de uma exceção a favor do trânsito local seria inerente ao sistema instituído<sup>244</sup>.

A demandada contestou as medidas alternativas sugeridas pela Comissão, por considerar que elas não seriam suficientes para diminuir o excesso de gases poluentes emitidos, pois afetariam somente 50% do tráfego de veículos pesados. Por essa razão, concluiu que a restrição imposta ao livre comércio era adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ao objetivo do Regulamento controverso<sup>245</sup>.

Em 14 de julho de 2005, o Advogado-Geral L.A. Geelhoed concluiu que a limitação imposta pelo Regulamento à livre circulação de mercadorias transportadas por veículos com peso bruto superior a 7,5 toneladas em uma parte da autoestrada A12 no vale do Inn é incompatível com o artigo 28 do Tratado CE<sup>246</sup>. Além disso, por trazer consequências estruturais para a circulação de mercado-

---

241 Valor-limite acrescido da margem de tolerância:  $56\mu\text{g}/\text{m}^3$ , enquanto concentrações de dióxido de azoto no ar foram medidas numa quantidade de  $68\mu\text{g}/\text{m}^3$  conforme exposto no acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de Novembro de 2005. Ver, também, TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 51: “Uma vez que estudos científicos demonstram claramente que as emissões de dióxido de azoto pela circulação de veículos pesados constituem uma fonte apreciável de poluição atmosférica na zona abrangida pelo Regulamento controvertido, existe necessidade óbvia de limitar o número de transportes efetuados por esses veículos.”

242 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 51: “A fim de reduzir ao máximo os efeitos da proibição de circulação no troço relevante da autoestrada A 12, foram selecionadas mercadorias para as quais o transporte ferroviário é uma alternativa prática e exequível, tanto do ponto de vista técnico como econômico”.

243 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, Rec.2005, p.I-9871. Ver ponto 53. Ver, também, TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 53: “A isenção do trânsito local é justificada visto que a transferência para os caminhos-de-ferro no interior da zona implicaria que fossem realizadas viagens mais longas a terminais ferroviários, o que seria contraproducente tendo em conta o objetivo da medida de reduzir a poluição atmosférica.”

244 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, Rec.2005, p.I-9871. Ver ponto 57.

245 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, Rec.2005, p.I-9871. Ver ponto 59.

246 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 103.



rias, os Estados-membros mais afetados e a Comissão deveriam ser previamente consultados e informados antes da efetiva implementação de tal entrave<sup>247</sup>.

No mais, o prazo estabelecido pelo Regulamento para que os Estados-membros se adequassem às suas restrições era significativamente curto<sup>248</sup>. Tal medida somente poderia ser adotada de maneira gradual e que permitisse aos operadores econômicos se adequarem ao entrave<sup>249</sup>. Por essas razões, o Advogado-Geral considerou que o Regulamento controvertido violou o art. 28 do Tratado CE e o princípio da proporcionalidade<sup>250</sup>.

Ao examinar se a medida era adequada para alcançar seu objetivo de proteção do ambiente e se afetava de maneira desproporcionada outros interesses protegidos pelo direito europeu, concluiu que outras medidas mais eficazes, mais proporcionadas e menos restritivas poderiam ter sido adotadas<sup>251</sup>. Entendeu que as autoridades austríacas agiram corretamente ao considerar que eram obrigadas, por força da Diretiva 96/62, a agir, já que ficou demonstrado que os valores-limite anuais para emissão de gases poluentes tinham sido ultrapassados. No entanto, o Regulamento em questão deveria ter sido aplicado à luz do artigo 8, nº 3, da Diretiva 96/62, e não do artigo 7, nº 3, da mesma Diretiva<sup>252</sup>. Mesmo assim, concluiu que, por ter a IG-L caráter demasiadamente geral, não poderia o entrave austríaco se basear no artigo 8, nº 3, da Diretiva 96/62<sup>253</sup>. Apesar disso, considerou que a medida austríaca não importava em discriminação à circulação de mercadorias estrangeiras, porque essa era uma consequência inevitável de sua aplicação no contexto geográfico. Dessa maneira, dispôs que a proibição setorial instaurada pela demandada poderia

247 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 112: “Parece-me que o princípio da proporcionalidade exige que medidas destinadas a introduzir mudanças estruturais nos fluxos e meios de transporte devem ser elaboradas e adotadas de uma forma que esteja em harmonia com a importância da transição”.

248 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 87.

249 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 11: “Em terceiro lugar, e mais importante, atendendo às consequências estruturais que o Regulamento controvertido tem para um grande número de setores da atividade econômica, deve ser dado tempo aos setores afetados para se adaptarem às novas circunstâncias nas quais terão que operar. Uma medida desta natureza destinada a induzir uma mudança estrutural nos meios de transporte de determinadas mercadorias só pode ser introduzida gradualmente. É necessário um período transitório de duração suficiente não só para permitir aos operadores econômicos adaptarem-se, mas também para assegurar que a infraestrutura disponível é adequada para absorver o aumento da procura. Este período transitório poderá durar vários anos. O calendário de dois meses pretendido pelas autoridades austríacas para a introdução da proibição setorial de circulação é manifestamente insuficiente e, por conseguinte, desproporcionado”.

250 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 116.

251 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 66.

252 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 79.

253 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver pontos 83 e 84.

ser justificada pela proteção ambiental, apesar dos efeitos desiguais que produziria ao tráfego estrangeiro e austríaco na zona em questão<sup>254</sup>.

Finalmente, quanto à alegação da Comissão de que a medida violaria os Regulamentos nº 881/92 e nº 3118/93, o Advogado-Geral a considerou im procedente, já que a Comissão não fundamentou sua acusação.

O Tribunal de Justiça, após examinar as alegações, explicitou que a livre circulação de mercadorias constitui um dos princípios fundamentais da União Europeia, salvaguardado pelos artigos 3, 14, 28 e 29 do Tratado da CE<sup>255</sup>. Portanto, os Estados-membros devem abolir qualquer, obstáculo a esse princípio<sup>256</sup>. Independentemente da existência de caminhos alternativos para o transporte<sup>257</sup>, o Regulamento austríaco foi considerado desproporcional, já que, ao afetar uma das principais vias de comunicação terrestre entre Estados membros, restringiu a liberdade de circulação de mercadorias e a liberdade de trânsito, uma vez que um entrave desproporcional estaria constituído<sup>258</sup>.

Ao ser questionado sobre a proporcionalidade do Regulamento em relação ao seu objetivo, o Tribunal respondeu que a medida austríaca tinha sido adequada. Ou seja, a medida restritiva era proporcional ao objetivo perseguido pelo Regulamento controvertido. Dessa maneira, expôs:

No caso em apreço, é pacífico que o Regulamento controvertido foi adotado a fim de garantir a qualidade do ar ambiente na zona em questão, sendo, por conseguinte, justificado por razões de proteção ao ambiente.<sup>259</sup>

254 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver pontos 61 e 108.

255 TJUE, 3 de dezembro de 1998, *Kriminalret i Frederikshavn c. Ditlev Bluhme*, C-67/97, Rec. 1998, p.I-8033. Ver ponto 18: "Importa recordar que, segundo jurisprudência constante, constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa qualquer medida suscetível de entravar direta ou indiretamente, atual ou potencialmente o comércio intracomunitário.

256 O Tribunal se posicionara nesse mesmo sentido no caso TJUE, 9 de Dezembro de 1997, *Comissão c. França*, C-265/95, Rec.1997, p.I-6959. Ver ponto 1: "Ao não tomar todas as medidas necessárias e proporcionadas a fim de que ações de particulares não entrem a livre circulação de frutas e produtos hortaliças, a República Francesa não cumpriu as obrigações que decorrem do artigo 30 do Tratado CE, em conjugação com o artigo 5 do mesmo Tratado, e das organizações comuns de mercado dos produtos agrícola."

257 TJUE, 15 de Novembro de 2005, *Comissão c. República da Áustria*, C-320/03, Rec. 2005, p.I-9871. Ver pontos 53 e 54.

258 É admissível que medidas nacionais que criassem entraves ao comércio intercomunitário fossem justificadas por exigências ligadas à proteção do ambiente, desde que fossem proporcionadas ao objetivo perseguido pelo Direito Europeu. Nesse sentido ver TJUE, 14 de Dezembro de 2004, *Comissão c. Alemanha*, C-463/01, Rec.2004, p.I-11705.

259 TJUE, 15 de Novembro de 2005, *Comissão c. República da Áustria*, C-320/03, Rec.2005, p.I-9871 Ver ponto 71.

No entanto, concluiu que, mesmo sendo a proteção ao ambiente um dos objetivos essenciais da União Europeia<sup>260</sup> e tendo o bloco a missão de promover a qualidade do ar ambiente<sup>261</sup>, as medidas elencadas na legislação austríaca não estariam em completa conformidade como o artigo 8, n.º 3, da Diretiva 96/62. Assim, a demandada não poderia adotar somente parte da Diretiva em questão. Com base nisso, decidiu que: “Mesmo admitindo que o Regulamento controvertido tenha como base o artigo 8, n.º 3, da Diretiva 96/62, não pode ser considerado uma aplicação correcta e completa desta disposição”<sup>262</sup>.

Mais adiante, o Tribunal apreciou se o entrave seria proporcional em relação ao fim legítimo perseguido pela demandada. Nesse ponto, era preciso determinar se a limitação à livre circulação de mercadorias era necessária e adequada para alcançar o objetivo autorizado. Nesse aspecto, dispôs que:

Antes da adopção de uma medida tão drástica como a proibição total de circulação num troço da autoestrada que constitui uma via de comunicação crucial entre determinados Estados-membros, compete às autoridades austríacas analisar atentamente a possibilidade de se recorrer a medidas menos restritivas da liberdade de circulação e de só as afastar no caso de ter sido claramente demonstrado a sua inadequação face ao objetivo perseguido.<sup>263</sup>

Embora não haja menção expressa, o princípio do desenvolvimento sustentável<sup>264</sup> e o princípio da prevenção<sup>265</sup> foram levados em consideração para auxiliar a ponderação de interesses no caso. Ademais, pode-se observar que o

260 Assim como entendido nos casos TJUE, 7 de Fevereiro de 1985, Procurador da República c. ADBHU, C-240/83, *Rec.* 1985, P 531; TJUE, 3 de Dezembro de 1998, Pedido de decisão prejudicial: Uudenmaan lääninoikeus c. Finlândia; TJUE, 26 de Maio de 2005, Comissão c. Conselho, C- 176/03, *Rec.* 2005, p.I-7879.

261 Tratado de Amsterdã, publicado no *Jornal Oficial* n.º C 340 de 10 de Novembro de 1997. Ver artigo 2: “A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades económicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-membros”.

262 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.* 2005, p.I-9871. Ver ponto 83.

263 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.* 2005, p.I-9871. Ver ponto 87.

264 Isso pode ser afirmado com base no entendimento de que o princípio do desenvolvimento sustentável visa equilibrar a preservação do meio ambiente com o progresso socioeconómico. Nesse sentido, ver: QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 1332.

265 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 51.

princípio da livre circulação de mercadorias também foi utilizado à interpretação do caso, conforme seguinte trecho da decisão do Tribunal de Justiça:

De forma evidente, ao proibir a circulação de veículos pesados com o peso bruto superior a 7,5 que transportem determinadas categorias de mercadorias num troço rodoviário de primeira importância, que constitui uma das principais vias de comunicação terrestres entre o sul da Alemanha e o norte da Itália, o Regulamento controvertido coloca um entrave à livre circulação de mercadorias e, em especial, ao seu livre trânsito.<sup>266</sup>

Com intuito de finalizar a análise do presente caso, cumpre demonstrar que os critérios apreciados no caso em questão se relacionam com os da proporcionalidade trazidos pelo presente estudo. O critério da adequação foi aplicado pelo Tribunal ao observar que a adoção do Regulamento austríaco poderia ser justificada com base na proteção do meio ambiente<sup>267</sup>. Este parâmetro foi reconhecido pela possibilidade de a demandada adotar medidas restritivas ao livre comércio, conforme disposto pela Diretiva 96/62/CE do Conselho e pela Diretiva 1999/30/CE do Conselho<sup>268</sup> e em consonância com os princípios da prevenção e desenvolvimento sustentável.

Concluiu, porém, que o Regulamento não respeitava os outros dois critérios da proporcionalidade. A necessidade foi avaliada quando o Tribunal decidiu que a medida da demandada não tinha sido adotada de maneira correta<sup>269</sup>, pois não restou demonstrado que não haveria medidas menos restritivas da liberdade de circulação<sup>270</sup>.

Por último, o critério da proporcionalidade *stricto sensu* foi considerado quando o Tribunal avaliou se a medida tinha sido adequada e necessária para alcançar o objetivo perseguido<sup>271</sup>. Analisou-se se a medida seria excessiva quan-

266 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.2005*, p.I-9871. Ver ponto 66.

267 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.2005*, p.I-9871. Ver ponto 71.

268 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver pontos 75 e 76.

269 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.2005*, p.I-9871. Ver ponto 83.

270 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.2005*, p.I-9871. Ver sumário do acórdão: “Ora, essa regulamentação não pode ser justificada por exigências imperativas ligadas à proteção do ambiente, dado que não ficou demonstrado que o objetivo prosseguido não podia ser alcançado por outros meios menos restritivos da liberdade de circulação”.

271 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.2005*, p.I-9871. Ver ponto 87. Ver, também, TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 88.

to aos interesses afetados, através do sopesamento do impacto causado com o interesse geral e constatou-se que “o período de transição (...) para a proibição setorial de circulação era manifestamente insuficiente para permitir aos operadores em causa adaptarem-se razoavelmente às novas circunstâncias”<sup>272</sup>. Afirmou, ainda, que a medida seria desproporcional, na medida em possibilitaria que uma das principais vias de comunicação terrestre entre determinados Estados-membros fosse obstruída. Por fim, considerou que:

Essa proibição coloca um entrave à livre circulação de mercadorias e, em especial, ao seu livre trânsito, e deve ser considerada uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas, incompatível com as obrigações do direito comunitário decorrentes dos artigos 28.º CE e 29.º CE, se não for objetivamente justificada.<sup>273</sup>

O caso C-320/2003 demonstra que o livre comércio e as questões ambientais estão interligados<sup>274</sup>. Evidencia-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>275</sup>, por não haver hierarquia entre o tratamento da livre circulação de mercadorias e a proteção ambiental, já que ambos são princípios fundamentais da União Europeia<sup>276</sup>.

A decisão do caso demonstra ser ponderada, uma vez que o Tribunal reconheceu importância equiparada aos princípios do livre comércio e da proteção ambiental e observou critérios objetivos na aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, pode-se afirmar que, à luz do caso concreto, primou o princípio do livre comércio, uma vez que o Regulamento adotado pela Áustria seria desproporcional.

### 3. Conclusão

272 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.* 2005. , p.I-9871. Ver ponto 90.

273 TJUE, 15 de Novembro de 2005, Comissão c. República da Áustria, C-320/03, *Rec.* 2005, p.I-9871. Ver Sumário do Acórdão.

274 COSTA DE OLIVEIRA, Carina. *Solução de Conflitos Ambientais no Direito Internacional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 62.

275 HARBO, Tor-Inge. *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. In: *European Law Journal*. Oxford, UK and Malden USA: Blackwell Publishing, Vol. 16, Nº. 2, March 2010, p. 160. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=6292a5ba-e614-45ae-b8a0-205d344f0eb3%40sessionmgr11&vid=5&hid=8&bddata=Jmxhbm9cHQYnImc2l0ZT1lG9zdC1saXZl#db=bth&AN=48063047>>. Acesso em: 1 maio 2011.

276 TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03. Ver ponto 2.

Os princípios do livre comércio e da proteção do meio ambiente, por vezes, entram em conflito. A dificuldade se impõe devido ao fato de que o arcabouço jurídico da União Europeia determina a observância conjunta e concomitante de todos os seus princípios basilares, devendo ser evitada, desta forma, a aplicação não ponderada de suas previsões normativas, quando conflitantes.

Diante desse confronto, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu como melhor solução a ponderação desses dois valores à luz de terceiro princípio norteador: o princípio da proporcionalidade.

A partir do delineamento de critérios mais objetivos do que seja a proporcionalidade — adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* — para a tomada de decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia demonstra ponderação, garante maior segurança jurídica e legitimidade decisória. Assim, na existência de clareza nos motivos em sentença fundamentados, a parte perdedora aceita com maior facilidade a derrota.

Em suma, essa solução jurídica tem funcionado como um limite à aplicação irrestrita tanto do princípio do livre comércio, como da proteção ao meio ambiente, possibilitando, deste modo, a coexistência de ambos no ordenamento jurídico da União Europeia. Isso ocorre porque a aplicação do princípio da proporcionalidade é sensível às peculiaridades dos diferentes casos concretos, que necessitam de aplicação diferenciada de mesmos princípios normativos.

Conclui-se, assim, que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode determinar, em certos casos, a supremacia dos valores ambientais frente ao livre comércio, enquanto, em outros, ocasionará a flexibilização de norma de proteção ambiental, tendo em vista a preservação dos benefícios do livre comércio.

#### 4. Bibliografia

##### Obras

- CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 2a Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 326.
- COSTA DE OLIVEIRA, Carina. *Solução de Conflitos Ambientais no Direito Internacional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
- KURY, Carla Aguiar. PAGEAUX, Mathieu. *Aspectos Relevantes de Direito Ambiental*. Campo dos Goytacazes: Editora Eugenio, 2009.
- QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2nd Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

#### Artigos

GROUSSOUT, Xavier. *Proportionality in Sweden: The Influence of European Law*. In: *Nordic Journal of International Law*, Netherlands, Leiden: Academic Publisher Brill, Vol. 75, Agosto 2006, no. 3-4, p. 451-472.

HARBO, Tor-Inge. *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*. In: *European Law Journal*. Oxford, UK and Malden USA: Blackwell Publishing, Vol. 16, Nº. 2, March 2010, p. 158—185.

Livre Circulação de Mercadorias. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/336&format=HTML>>. Acesso em: 02 maio 2011.

Mercado Único de Mercadorias. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/indexen.htm>>. Acesso em: 02 maio 2011.

#### Jurisprudência

TJUE, 7 de Fevereiro de 1985, *Procurador da República c. ADBHU*, C-240/83, *Rec.* 1985 p. 0531.

TJUE, *Comissão c. Reino da Dinamarca*, C— 302/86, 20 de Setembro de 1988.8, *Rec.* 1988, p. 04607.

TJUE, 14 de julho de 1998, *Safety Hi-Tech c. S&T*, Caso C-284/95, *Rec.* 1998, p.I-4301.

TJUE, Conclusões do Advogado-Geral P. Léger, 3 de Fevereiro de 1998, Caso C-284/95, *Rec.* 1998 p. I-04301.

TJUE, 9 de Dezembro de 1997, *Comissão c. França*, C-265/95, *Rec.* 1997, p.I-6959.

TJUE, *Comissão c. Grécia*, C-387/97, 4 de Julho de 2000, *Rec.* 2000, p.I-5047.

TJUE, 5 de Outubro de 1999, *Pretore de Udine c. P. Lirusi e F. Bizzaro*, C-177/98, *Rec.* 1999, p. I-06881.

TJUE, 15 de Novembro de 2005, *Comissão c. República Portuguesa*, C-432/03, *Rec.* 2005, p. 9665.

TJUE, 15 de novembro de 2005, C— 320/03, *Rec.* 2005, p.I-9871.

TJUE, Conclusões do Advogado-Geral L.A. Geelhoed, 14 julho 2005, Caso C-320/03.





docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&resmax=100&Submit=R  
echercher>. Acesso em: 1º de maio de 2011.

Protocolo de Montreal Relativo a Substâncias que Empobrecem a Camada de Ozônio. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A0207%2801%29:PT:HTML>>. Acesso em: 1º de maio de 2011.













