

A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA UNIÃO EUROPEIA: O PROCEDIMENTO POR INCUMPRIMENTO

THE SETTLEMENT OF DISPUTES WITHIN THE EUROPEAN UNION: THE PROCEDURE OF FAILURE TO FULFILL AN OBLIGATION

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça¹
Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi²

Sumário: Introdução. 1 A União Europeia e o direito comunitário. 1.1 O Tribunal de Justiça da União Europeia. 1.2 O contencioso comunitário. 2. O incumprimento por parte dos Estados-membros. 2.1 Conceito e finalidade do procedimento. 2.2 Os sujeitos ativos e passivos. 2.3 Fases do procedimento. 2.4 Inexecução do acórdão. 2.5 O caso Comissão contra Grécia: C-45/91 e C-387/97. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este artigo visa analisar o procedimento por incumprimento e a sua importância enquanto instrumento de aplicação uniforme e de respeito das obrigações comunitárias por parte dos Estados da União Europeia. Esse procedimento visa explicitar a conduta estatal que viola uma obrigação comunitária. Cabe ressaltar o papel da Comissão, a guardiã dos Tratados, como instituição dotada da prerrogativa de instaurar tal procedimento, já que ela possui o papel de fiscalizar a correta aplicação do Direito Comunitário por parte dos Estados-membros da União Europeia. O artigo descreve as fases do procedimento: pré-contenciosa e contenciosa, evidenciando as diferenças entre as mesmas. Ademais, destaca-se a possibilidade de se instaurar um segundo procedimento de incumprimento no caso de um Estado não acatar a pronúncia do Tribunal de Justiça, conforme a qual ele deve tomar as medidas necessárias para restaurar a ordem legal em conformidade com o Direito Comunitário. Esse segundo procedimento, diferentemente do primeiro o qual emana uma pronúncia declaratória, pode resultar em uma pronúncia condenatória do Estado.

Palavras-chave: Procedimento por incumprimento. Tribunal de Justiça da União Europeia. Direito Comunitário.

Abstract: The objective of this article is to analyze the procedure for failure to fulfill an obligation and its importance as an instrument to the uniform application and respect of the European Communitarian Law. This procedure intends to declare the violation of the communitarian obligations by the member States. It is

¹ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Bacharel em Relações Internacionais pelo UNICURITIBA. Bacharel e Licenciada em História pela UFPR. Bolsista do CNPq. Membro do Observatório de Direitos Humanos da UFSC. E-mail: mendonca.cda@gmail.com.

² Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Mestre em Direito pela mesma instituição. Graduada em Direito pela Università degli Studi di Trento (Itália) e pela UFSC. Membro do grupo de pesquisa *Ius Gentium* em Direito Internacional. E-mail: merceau@hotmail.it.

important to emphasize the role of the Commission, the guardian of the Treaties, as it has the competence to supervise the correct application of the Communitarian Law by the member States of the European Union. This article describes the two phases of the procedure: the pre-litigation and the litigation phase of the procedure, highlighting the differences between them. Moreover, there is the possibility to initiate a second proceeding for failure to fulfill an obligation, in the case of the State's refusal to accept the Court's first decision, according to which the State must take the necessary measures to restore the legal order in conformity with the Communitarian Law. This second procedure, unlike the first one, which produces a judgment of declaratory nature, may result in a judgment of condemnatory nature.

Key-words: Procedure for failure to fulfill an obligation. Justice Court of the European Union. Communitarian Law.

Introdução

A União Europeia é o exemplo paradigmático atual de integração regional. Seu desenvolvimento, ao longo de mais de 50 anos, acompanha as necessidades e interesses de seus Estados-membros. Surgindo com uma preocupação econômica e política, hoje se consolida como uma instituição que afeta diretamente a vida da população europeia. Mais do que apenas um nome, a União Europeia se tornou um importante ator das relações internacionais, tanto no âmbito político quanto no econômico. O desenvolvimento dessa instituição ímpar no cenário internacional é um processo único, com características e dificuldades únicas.

Um dos aspectos mais interessantes a respeito desse processo de integração é a elaboração de um Direito Comunitário, com traços de supranacionalidade, distinto dos ordenamentos jurídicos nacionais e também do Direito Internacional. O Tribunal de Justiça da União Europeia surge então como importante instituição, pois é o responsável por garantir a aplicação uniforme do Direito Comunitário, bem como por sua interpretação e, conseqüentemente, por seu desenvolvimento.

O objetivo do presente artigo é a análise do procedimento por incumprimento, um dentre os possíveis instrumentos processuais que constituem o sistema de tutela jurisdicional de competência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Para tanto, inicialmente será apresentado um breve panorama do Direito Comunitário, destacando os princípios nos quais ele se baseia. Na sequência será apresentado um histórico do Tribunal de Justiça para então definir suas formas de atuação. Por fim, será analisado o procedimento por incumprimento, composto por duas etapas, uma pré-contenciosa e uma judicial, bem como será apresentado um caso emblemático de incumprimento: o caso Comissão contra Grécia, de 1991.

1 A União Europeia e o direito comunitário

A última grande alteração estrutural da União Europeia se deu com o Tratado de Lisboa, de 2007, que modifica a instituição para adequá-la à nova

realidade após a entrada de novos membros.³ Uma das principais decorrências desse tratado foi a alteração dos textos do Tratado de Maastricht de 1992, também conhecido como Tratado da União Europeia (TUE), bem como o texto do Tratado de Roma de 1957, que passa a ser denominado como Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).⁴

O Direito Comunitário surge como algo distinto do ordenamento jurídico interno dos Estados e também do Direito Internacional, pois tem características de supranacionalidade. Para Molina del Pozo (2004, p. 261),

El Derecho Comunitario, compuesto por el conjunto de normas y principios que determinan la organización, funcionamiento y competencias de las Comunidades Europeas, se conforma como un orden jurídico *sui generis*, dotado de autonomía con relación a los ordenamientos de los Estados miembros, distinto del orden jurídico internacional y caracterizado por unos rasgos peculiares.

A aplicação do Direito Comunitário se dá com base em princípios, desenvolvidos a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça, sejam eles: o princípio do efeito direito, da primazia do Direito Comunitário e da responsabilidade do Estado por danos causados a particulares como consequência de violação do Direito Comunitário.

A supranacionalidade do Direito Comunitário é decorrente da cessão, por parte dos Estados, de parcelas de sua soberania em favor da União Europeia, tornando-a competente para decidir sobre determinadas matérias. Nesse sentido, o princípio do efeito direto do Direito Comunitário permite que determinadas normas se integrem aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros sem necessidade de um procedimento de recepção. De acordo com Salazar (2008, p. 65), essas normas podem ser invocadas por particulares perante os tribunais nacionais após sua promulgação pela União Europeia.

O princípio da primazia do Direito Comunitário se baseia na percepção de que através da cessão de prerrogativas do Estado para a União Europeia e da necessidade de aplicação uniforme do Direito Comunitário, sempre que houver conflitos entre o ordenamento jurídico nacional e o comunitário, o último deve prevalecer. Nesse sentido, os Estados não devem manter nem criar normas que sejam contrárias ao Direito Comunitário. Após seu desenvolvimento pela via jurisprudencial, esse princípio foi consolidado no Tratado de Lisboa de 2007 por meio da Declaração 17, anexa ao dito tratado.

O terceiro princípio é o da responsabilidade do Estado por danos causados a particulares como consequência de violação do Direito Comunitário. Segundo esse

³ Hoje a União Europeia conta com 28 Estados-membros, sendo que também existem Países candidatos e potenciais países candidatos. É possível consultar tais elencos no site: <http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm>.

⁴As versões consolidadas dos textos dos tratados estão disponíveis em: <<http://eur-lex.europa.eu/collectio/eu-law/treaties.html>>.

princípio, um particular pode exigir uma indenização caso tenha sido prejudicado pelo desrespeito do Estado ao Direito Comunitário. Para Díez de Velasco (2007, p. 668), com o desenvolvimento desse princípio fica claro que os sujeitos do Direito Comunitário não são somente os Estados, mas também os indivíduos sob sua jurisdição.

1.1 O Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tratado de Paris, de 1952, criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, bem como um Tribunal de Justiça para garantir o respeito ao direito que surgia com essa nova instituição. Os Tratados de Roma, de 1957, que criaram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA ou EURATOM), também previam a criação de tribunais. Em um Anexo aos Tratados de Roma, decidiu-se pela unificação dos tribunais das três comunidades, visando restringir o número de instituições. Consolida-se, então, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Sua estrutura organizacional sofreu duas grandes reformulações: a primeira, com o Ato Único Europeu, de 1986, que cria o Tribunal de Primeira Instância; e a segunda, com o Tratado de Nice, de 2001, que prevê a criação de câmaras jurisdicionais, o que ocorreu em 2005 com a criação do Tribunal da Função Pública.

O Tratado de Lisboa, de 2007, reorganizou toda a estrutura institucional da União Europeia, promovendo uma mudança de nomenclatura, passando o Tribunal de Justiça a ser chamado de Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal de Primeira Instância tornou-se o Tribunal Geral e as câmaras jurisdicionais passam a ser denominadas Tribunais Especializados. A nomenclatura Tribunal de Justiça da União Europeia diz respeito a todo o corpo institucional, que é formado pelo Tribunal de Justiça, Tribunal Geral e Tribunais Especializados – até agora existindo somente o Tribunal da Função Pública.

Conforme Gilda Salazar (2008, p. 61), “El Tribunal de Justicia es la institución que controla la legalidad de la actuación de las instituciones y el cumplimiento de los Tratados por los Estados miembros y que garantiza la aplicación uniforme del derecho comunitario”. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça funciona tanto como uma âncora, que resguarda o Direito Comunitário, quanto um motor para seu desenvolvimento, principalmente através da criação de jurisprudência.

1.2 O contencioso comunitário

A tarefa de garantir a aplicação do Direito Comunitário é compartilhada pelos tribunais nacionais e pelo juiz comunitário. Os juízes internos são juízes comuns da União Europeia, cabendo também a eles aplicar as normas comunitárias que competem nos litígios que ocorram nas relações entre pessoas físicas ou jurídicas ou entre essas e os Estados-membros. O Tribunal de Justiça da União Europeia é instituição que possui competências para julgar as ações e os comportamentos das instituições comunitárias, para emitir pareceres vinculantes

sobre acordos entre a União Europeia e terceiros Estados, e para pronunciar-se sobre a interpretação e aplicação do Direito Comunitário. Ele opera por meio do controle direto dos atos emanados pelas instituições comunitárias e por meio do controle indireto, como ocorre, por exemplo, no caso do reenvio prejudicial realizado pelos tribunais internos. O controle direto sobre a legitimidade dos atos e comportamentos das instituições comunitárias abrange vasta categoria de ações: ação de anulação (artigos 263 e 264 do TFUE), que pretende anular os atos emanados pelas instituições comunitárias em violação do Direito Comunitário; ação por omissão (artigo 265 do TFUE), que constata a ilegalidade da falta de ação por parte de uma instituição em presença de uma obrigação de atuar por imposição dos tratados; ação por incumprimento (art. 258 a 260 do TFUE), que sanciona o descumprimento de uma obrigação comunitária por parte de um Estado-membro.

Entre os instrumentos de controle indireto cabe ressaltar a importância do reenvio prejudicial como instrumento de cooperação entre os juízes nacionais e o juiz comunitário. O reenvio prejudicial se dá quando o juiz nacional, ao tentar solucionar uma controvérsia no âmbito do direito interno, se depara com alguma questão sobre a interpretação ou validade de uma norma comunitária. Caso seja de última instância, o juiz nacional deverá, necessariamente, remeter a questão ao juiz comunitário, que se pronunciará sobre a questão de Direito Comunitário. Caso o juiz nacional não seja de última instância poderá, também, efetuar o reenvio prejudicial.

Outros procedimentos de menor relevância são a ação de responsabilidade extracontratual da União Europeia, o contencioso entre funcionários da instituição e essa última, recurso contra as sanções, ação fundada sobre cláusula compromissória ou compromisso, exceção de ilegalidade e recurso em cassação.

2 O incumprimento por parte dos Estados-membros

Para analisar o procedimento por incumprimento, deve-se inicialmente apresentar as características gerais e objetivos do mesmo, bem como identificar quais são os sujeitos possíveis de participar do procedimento. Na sequência, será analisado o procedimento em si, indicando as características específicas de cada fase. Por fim, será apresentado um exemplo emblemático do procedimento por incumprimento: os casos Comissão contra Grécia, de 1993 e 2000.

2.1 Conceito e finalidades do procedimento

Esse procedimento constitui hipótese peculiar no panorama comunitário por envolver os Estados-membros e a Comissão. Os Estados que fazem parte do ordenamento jurídico comunitário são obrigados a acatar os tratados e os atos emanados em conformidade a eles para que possam ser realizados os objetivos comunitários como elencados no artigo 3 do TUE.⁵ No caso de um Estado não observar o Direito Comunitário, esse último prevê alguns mecanismos por meio dos

⁵ Dito artigo estabelece os objetivos da União Europeia como promoção da paz, bem-estar dos povos, entre outros. Texto disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>. Acesso em 25 de maio de 2015.

quais a ordem legal pode ser restaurada. As controvérsias que envolvem como legitimados passivos os Estados são aquelas que se instauram no âmbito do procedimento por incumprimento, previsto nos artigos 258 a 260 do TFUE. O objetivo desse procedimento é garantir a promoção dos interesses comunitários em face de inação ou violação dos Estados-membros. Como afirma Campos (2001, p. 429),

Ao concluir os Tratados Comunitários os Estados participantes assumiram um conjunto de obrigações – quer nas suas relações recíprocas quer entre cada um deles e a Comunidade que decidiram instituir – cujo cumprimento ficou, segundo os Tratados, sujeito ao controle jurisdicional exclusivo do Tribunal das Comunidades Europeias.

O conceito de incumprimento, como aponta Karine de Souza Silva (2003, p. 492), “não se encontra claramente especificado nos Tratados”, sendo, portanto, necessário consultar a jurisprudência comunitária para estabelecer uma definição do mesmo.⁶ A controvérsia na qual são envolvidos os Estados como sujeitos passivos recebe pela doutrina várias denominações: *procedimento*, *ação* ou *recurso* por incumprimento. Nesse artigo, será adotada a denominação de *procedimento por incumprimento* por parecer ser a mais apropriada, uma vez que é composto de duas fases distintas, e os termos *ação* ou *recurso* aludem somente à última fase do procedimento que é apenas eventual, visto que a maioria dos casos se resolve já na fase pré-contenciosa.

Quanto às finalidades do procedimento, Silva (2005, p. 310) ressalta ainda como “o escopo primordial do procedimento em questão não é a imposição de sanção ou a proteção de interesses de particulares e sim a conformidade com o Direito da Comunidade”. Portanto, por meio desse procedimento, tenta-se alcançar a manutenção da ordem comunitária e a restauração da mesma nas hipóteses de violação.

Ricardo Soares Stersi dos Santos (2003, p. 600) elenca as finalidades dessa tipologia de controvérsias, a saber,

A constatação da existência de uma situação contrária ao direito comunitário, em virtude de comportamento comissivo ou omissivo adotado por qualquer dos Estados-membros; a correta interpretação da ordem jurídica comunitária, nos casos de divergência quanto à interpretação, no que diz respeito às obrigações assumidas pelos Estados-membros; a adequação do comportamento dos Estados-membros visando a restauração do quadro de legalidade comunitária.

⁶ A autora, a tal fim, relembra a contribuição do advogado-geral Henri Mayras, que nas suas conclusões a respeito do processo 39/72, observou que o descumprimento significa “tanto o fato de que um Estado-membro promulgue, ou mantenha uma legislação, ou uma normativa incompatível com o Tratado ou com o direito comunitário derivado, como a inexecução por parte do dito Estado – ou inclusive a execução incompleta ou tardia – das obrigações que lhe impõem as normas comunitárias, normas estas em cuja adoção, ademais, participou o referido Estado”. SILVA, Karine de Souza. O recurso contra os Estados-membros da Comunidade Europeia por violação ao direito supranacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito internacional e da integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 492.

O artigo 258 do TFUE prevê que por incumprimento entende-se a não execução das obrigações advindas dos Tratados que incumbem aos Estados, contudo, a interpretação mais usual é aquela conforme a qual incumprimento se refere a qualquer obrigação advinda do sistema jurídico comunitário inclusive atos emanados em conformidade aos Tratados, princípios fundamentais do ordenamento comunitário, as próprias decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e as disposições contidas nos tratados concluídos pela União Europeia com Estados terceiros que obrigam igualmente os Estados-membros.

O incumprimento, segundo Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins (2005, p. 187), é “noção mais vasta do que a simples violação do Tratado. Ele consiste na violação por parte das autoridades estaduais de regras, normas e princípios obrigatórios do Direito comunitário”.⁷ Pode consistir em uma conduta ativa ou omissiva, por meio de um ato normativo ou prática administrativa, ou mais frequentemente, em não ter executado formalmente uma obrigação comunitária.⁸ O caso mais típico de incumprimento é aquele de errônea transposição interna de uma diretiva comunitária ou de atraso ou falta em recepcioná-la no ordenamento interno. A esse respeito, vale lembrar uma pronúncia do tribunal comunitário, proferida no caso Comissão c. Itália,⁹ na qual se sintetiza em que consiste a violação, para os efeitos dos artigos 258 a 260 do TFUE,

A aprovação, a adoção e a manutenção de medidas legislativas, regulamentares ou administrativas por parte de um Estado-membro incompatíveis com o Direito comunitário, bem como a inexecução e a execução incompleta ou tardia de obrigações que são impostas ao Estado pelo Direito comunitário.

O incumprimento, entendido como infração de obrigações advindas do ordenamento jurídico comunitário, ocorre mediante qualquer ação ou omissão de poder do Estado-membro, sendo indiferente a natureza do mesmo – judiciário, legislativo ou executivo – e se a infração for cometida por um ente – Estado de um Estado federal, por exemplo – pertencente a um Estado federal, é esse último o ente responsável internacionalmente.

Como apontado anteriormente, entre as obrigações que, se não acatadas, podem dar lugar à instauração desse procedimento existem aquelas de inobservância

⁷ Já, nas palavras de Campos e Campos: “o incumprimento corresponde à violação de qualquer norma ou princípio, com caráter vinculativo, do amplo arsenal jurídico da ordem comunitária. A violação do direito comunitário ocorre sempre que um Estado adota ou mantém, na sua ordem jurídica interna uma disposição de caráter legislativo ou infralegislativo incompatível com o Tratado ou com o direito comunitário derivado; e bem assim quando esse Estado, em consequência de medidas (seja qual for a sua natureza) que adota ou deixa de adotar na ordem interna, se furta à execução completa e tempestiva de qualquer obrigação que lhe é imposta pelo direito comunitário.”. CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 219.

⁸ Ou no caso em que uma administração local omite em aplicar as disposições de uma diretiva não executada no prazo pelo Estado, e ao se tratar de disposição clara, precisa e incondicional, é obrigatório aplicá-la diretamente.

⁹ *Caso Comissão c. Itália*, causa 39/72, de 7 de fevereiro de 1973.

de uma pronúncia proferida pelo Tribunal de Justiça, em que se reconhecia o incumprimento. Na hipótese em que o Estado não observar a decisão do Tribunal de Justiça, viola o artigo 260 do TFUE que impõe a execução do acórdão do Tribunal por meio da tomada das medidas necessárias a tal fim. É mister, agora, analisar as categorias de sujeitos envolvidas: os Estados e a Comissão.

2.2 Os sujeitos ativos e passivos

Como apontado anteriormente, os sujeitos que participam desse procedimento são os Estados e a Comissão. A Comissão, em qualidade de instituição encarregada de fiscalizar a correta aplicação do Direito Comunitário, sendo conhecida como a “guardiã dos tratados”, é o sujeito ativo presente durante todo o procedimento. O artigo 259 do TFUE prevê a possibilidade que os Estados ajam como legitimados ativos, configurando-se essa como hipótese bastante excepcional visto que habitualmente os Estados podem apenas agir como intervenientes em um processo, quando forem interessados no objeto da controvérsia.

Os Estados que podem dar iniciativa ao procedimento possuem um interesse para agir que geralmente é de dupla natureza: agem por interesses próprios, quando se julgam prejudicados pela atuação de um parceiro, ou agem no interesse da União. Nesse sentido, são obrigados a submeter o assunto à apreciação da Comissão, antes de interpor recurso contra outro Estado-membro. Esta é, então, responsável por dar início ao procedimento, possuindo a tal propósito prerrogativa de estabelecer o momento oportuno do começo, sendo a sua missão a de promover o interesse geral comunitário. A Comissão, depois de adquirido conhecimento da provável infração do Direito Comunitário por parte de um Estado-membro, formula um parecer fundamentado. Caso a formulação do parecer não ocorra no prazo de três meses a contar da data do pedido, o Estado legitimado ativo pode recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça.

O legitimado passivo dessa tipologia de procedimento é o Estado, incluindo não apenas o poder central nas suas clássicas divisões, mas também a atividade das autoridades subestatais onde a responsabilidade permanece do Estado central.¹⁰ O Estado-parte habitualmente não é considerado responsável pela violação do Direito Comunitário cometido por particulares que não agem em nome de um poder público. Essa questão deve ser analisada com particular atenção já que, apesar da

¹⁰ Campos elenca as alegações por meio das quais os Estados tentam justificar a violação do direito comunitário, querendo assim evitar a condenação: Imputabilidade da violação a um órgão estatal diverso do Governo; situações decorrentes da ordem interna incompatíveis com a observância do direito comunitário, eliminação da situação de incumprimento, inexistência de intenção culposa, ausência de prejuízo, solicitação do benefício das cláusulas de salvaguarda, estado de necessidade, causas justificativas do facto admitidas em Direito Internacional Público (a falta de reciprocidade), falta cometida pela autoridade comunitária; dificuldades administrativas ou outras na aplicação do direito comunitário e oposição da norma comunitária a certos interesses nacionais; o desuso das disposições nacionais contrárias ao direito comunitário. Em geral, todos esses meios de defesa não são admitidos pelo Tribunal de Justiça. Para aprofundar a questão, ver CAMPOS, João Mota. *Manual de direito comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 431-436.

consideração a respeito da não responsabilidade do Estado, esse último deve tomar providências para assegurar o respeito do Direito Comunitário no âmbito nacional.

2.3 Fases do procedimento

O procedimento por incumprimento possui duas fases: a primeira extrajudicial ou pré-contenciosa, em que são utilizados métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, como mediação e negociação e, eventualmente, uma segunda fase, de natureza judicial.

A primeira fase é de natureza extrajudicial, ocorrendo fora de um contexto jurisdicional, sendo concebida como obrigatória e pressuposto para que se inicie a fase contenciosa perante o Tribunal de Justiça. Geralmente, essa fase visa permitir aos Estados justificar a violação do Direito Comunitário da qual ele é acusado e permite chegar a uma solução amigável da controvérsia, tendo em vista a cessação da violação. No caso em que a tentativa de solução amigável não tiver êxito, a Comissão fixa um prazo para o Estado remediar a situação, cumprindo suas obrigações.

Essa fase inicia-se quando da tomada de conhecimento, por parte dos legitimados ativos, de atos ou fatos imputáveis a um Estado-membro e que levem a pensar que ele esteja violando o Direito Comunitário. Os legitimados ativos podem ser informados de uma provável violação por meio de reclamações de particulares, de outros Estados-membros que apresentam suas reclamações junto à Comissão, de investigações próprias etc. É nessa fase que resulta evidente a discricionariedade da guarda dos Tratados, a Comissão: ela não está obrigada a inaugurar o procedimento de incumprimento. Na Secretaria Geral existe um registro especial, o Registro Central de Denúncias, com fichas destinadas a cada tipo de assunto onde se fazem relatórios sobre as supostas infrações. Caso haja notícia de suposta violação, a Direção Geral inicia diálogos com o Estado supostamente infrator para analisar o caso. Assim inicia-se a fase pré-contenciosa que possui duas etapas: uma informal e outra formal. Na primeira etapa oficiosa, a Comissão dialoga com o Estado supostamente infrator, o qual pode apresentar suas observações para se defender e justificar os atos em questão. Nessa etapa ocorre negociação direta, que tem em vista compor amigavelmente a questão, possibilitando uma rápida solução do litígio. Nesse momento, o Estado já pode se comprometer em conformar sua situação ao Direito Comunitário, terminando com a violação do mesmo.

Tendo apurado que o Estado, de fato, cometeu a infração e não tendo este resolvido a situação, a Comissão pode iniciar a segunda etapa da fase pré-contenciosa, enviando uma nota de culpa¹¹ ao Estado em questão, facultando-lhe a

¹¹ Segundo Campos e Campos: “Colocada perante um comportamento de um Estado-membro que se lhe afigure violador das obrigações que a esse Estado incumbem, a Comissão exporá em notificação que lhe dirige por carta ou por telecópia, que tem o caráter de uma *nota de culpa*, a situação de ilegalidade tal como ela própria a vê, dando ao Estado em causa um prazo que em seu critério fixará, para esse Estado apresentar as observações (explicações ou justificações) que achar oportunas”. CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. Op. cit., p. 248.

apresentação de observações. A nota de culpa indica qual ato nacional é considerado como infração e qual norma é objeto do incumprimento, fixando um prazo razoável para o Estado prestar esclarecimentos à Comissão. Cabe ressaltar a imprescindibilidade do oferecimento da oportunidade para o Estado de apresentar observações à garantia da legalidade do procedimento. O Estado deve responder às solicitações no prazo previsto pela Comissão. Se não o fizer ou se o fizer depois do prazo, a Comissão tentará de novo alcançar uma composição amigável do litígio. Nesse caso, o Estado pode conformar-se à ordem supranacional, dando lugar a arquivamento do procedimento.¹² Na hipótese contrária, a Comissão emite um parecer fundamentado,¹³ convidando o Estado a reparar a situação. Santos (2003, p. 603) aponta que

são requisitos do parecer fundamentado: a) a indicação da violação cometida contra a ordem jurídica comunitária; b) a apresentação coerente e pormenorizada das razões de fato e direito que levaram a Comissão, após a apresentação da resposta do Estado-membro, a estar convencida de existência de violação das obrigações estabelecidas pelo Tratado; c) indicação das provas que levaram a Comissão ao convencimento da existência do incumprimento; d) pedido para que o Estado-Membro cesse a violação do direito comunitário, cabendo a este escolher as medidas que entender necessárias para colocar fim a infração. [...]; e) atribuição de um prazo razoável, levando em conta a complexidade da matéria e das possíveis medidas que devem ser adotadas pelo Estado-membro, para que este cesse o incumprimento.

Cabe salientar que o parecer não obriga o Estado por não ser dotado de natureza jurisdicional e, ademais, o parecer pode apenas ser emitido na hipótese em que a Comissão está convencida que o Estado efetivamente violou uma obrigação comunitária, não existindo hipóteses de parecer negativo. O Estado pode não atender aos pedidos da Comissão, deixando a solução da questão à instauração da fase contenciosa perante o Tribunal de Justiça. Sobre essa questão, cabe destacar que a decisão da Comissão de instaurar, ou não, a ação por incumprimento¹⁴ possui caráter discricionário, sendo que

A Comissão pode recorrer ao Tribunal – sem que a tal seja obrigada, porque mesmo quando entenda que um Estado viola as regras comunitárias, é-lhe lícito admitir que as razões invocadas pelo Estado arguido, apesar de não bastarem para justificar juridicamente a sua conduta, são suficientes para desaconselhar a instauração de uma ação judicial. (SILVA, 2005, p. 441).

No caso de um Estado-membro atuar como legitimado ativo desse procedimento, cabe lembrar que, caso a Comissão não emita o parecer no prazo de três meses, ele pode recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça. O Estado possui discricionariedade quanto à oportunidade e quanto ao momento da inauguração da fase contenciosa.

¹² Que pode dar-se também quando o legitimado ativo não reputar mais oportuna a continuação do procedimento.

¹³ A questão da obrigatoriedade ou menos do parecer fundamentado é bastante controversa na doutrina.

¹⁴ Neste caso, o uso da expressão *ação por incumprimento* se justifica, pois diz respeito somente à segunda fase do procedimento – a fase jurisdicional.

Já a fase contenciosa é instaurada no caso em que o Estado não se conforma ao parecer fundamentado, sendo que a Comissão ou outro Estado-membro, na qualidade de legitimado ativo, podem instaurar a fase contenciosa perante o Tribunal de Justiça.¹⁵ O objetivo dessa fase é obter uma pronúncia por parte do Tribunal de Justiça, a qual declara que a conduta do Estado é infratora. Cabe ressaltar que na fase contenciosa também é possível a utilização de mecanismos autocompositivos para solucionar o litígio. O que está exposto na nota de culpa e no parecer constitui o limite da matéria sobre o qual o Tribunal de Justiça pode julgar, a menos que ele possa também considerar conduta posterior ao parecer motivado, mas isso apenas na hipótese em que essas são vinculadas à infração.

A fase contenciosa, conforme Santos (2003, p. 603), “segue o rito do processo comum, previsto no Regulamento de Processo do TJCE. O processo comum comporta as seguintes fases: escrita; instrutória, oral; decisória”. Nas fases iniciais, as duas partes podem apresentar as provas cabíveis, ficando com a parte demandante o ônus da prova do incumprimento. Após a fase instrutória, inicia-se a fase oral onde as partes apresentam suas alegações orais e o advogado geral apresenta as suas conclusões, encerrando-se assim a fase oral. A competência do Tribunal de Justiça é exclusiva e de plena jurisdição, não se limitando, portanto, a um controle de mera legalidade, mas podendo entrar no mérito da questão. Cabe ressaltar que os juízes apreciam a existência ou inexistência do incumprimento em relação à situação do Estado-membro tal como se apresentava ao final do prazo fixado pelo parecer motivado, não considerando, portanto os comportamentos sucessivos. O acórdão do Tribunal de Justiça é de natureza declaratória, onde se reconhece a existência ou não da conduta infratora por parte do Estado. O Tribunal de Justiça declara a existência ou não do incumprimento, não podendo prescrever aos Estados as medidas que devem ser adotadas já que isso é prerrogativa do Estado. Cabe salientar que o Tribunal de Justiça pode conceder medidas provisórias para salvaguardar antecipadamente os interesses das partes, que podem ser frustrados pelo tempo considerável de tramitação da demanda. A concessão de medidas provisórias é subordinada à presença concomitante de dois elementos: *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

A sentença de incumprimento constitui o encerramento da fase contenciosa: declarada a violação, o Estado deve tomar todas as providências necessárias para executar o acórdão. O cumprimento do acórdão é ato do Estado, deixando-lhe discricionariedade quanto à escolha das medidas aptas para cumprir o acórdão, desde que essas medidas sejam suficientes para o objetivo. Quanto ao prazo para cumprir a pronúncia, Giuseppe Tesaurò (2005, p. 286-287, tradução livre) assim se manifesta

O Tratado não fixa algum prazo para o cumprimento do acórdão que declare o incumprimento; é evidente, contudo, que a exigência fundamental da aplicação imediata e uniforme do direito comunitário,

¹⁵ Em três hipóteses é possível instaurar diretamente a fase contenciosa, derogando ao regime previsto pelo artigo 258 do TFUE: ajudas de Estado, medidas de salvaguarda relacionadas à segurança dos Estados-membros, proteção ao trabalho e ao meio ambiente.

a ser satisfeita também para o respeito do princípio de leal cooperação consagrado no artigo 10 do Tratado, requer necessariamente prazos breves.¹⁶

O Estado goza de um tempo razoável para restaurar a situação anterior à violação, e isso pode comportar a eliminação do ato gerador do incumprimento ou condutas ativas por parte do Estado. Assim sendo, o acórdão impõe a restauração da situação anterior ao descumprimento, por meio de medidas aptas a tal fim e pode até incitar os Estados a não aplicarem as normas incompatíveis com o Direito Comunitário. Santos (2003, p. 603), a este propósito, esclarece que

O acórdão além de fixar a situação jurídica em relação ao Estado-Membro deve determinar em que momento iniciou-se o incumprimento. É que a decisão do TJCE detém, em princípio, efeitos retroativos (*ex tunc*) e não somente efeitos para o futuro (*ex nunc*), visto que busca a plena restituição da legalidade comunitária e a eliminação de possíveis danos causados pelo comportamento do Estado-membro.

Na mesma posição se colocam Quadros e Martins (2005, p. 201), os quais, bem salientando que a letra do Tratado trata o acórdão como declarativo e não condenatório, afirmam que

A doutrina interpreta alguns acórdãos do Tribunal proferidos sobre a matéria como indo para além da mera constatação ou declaração do incumprimento e estando já a estipular as medidas concretas que o Estado em falta deve adotar para repor a legalidade, o que, confere ao acórdão eficácia mais do que meramente declarativa do incumprimento.

Uma vez pronunciado o acórdão, o Estado tem duas possibilidades: aderir voluntariamente ou não. Na segunda hipótese, se pode interpor um segundo procedimento de incumprimento, previsto pelo artigo 260, § 2, do TFUE, situação que será analisada a seguir.

2.4 Inexecução do acórdão

Na hipótese em que o Estado não cumpra voluntariamente o primeiro acórdão, tendo recebido a tal fim um prazo pela Comissão, a mesma pode submeter novamente o assunto ao Tribunal de Justiça. Esse novo procedimento possui as mesmas fases do primeiro, portanto, uma fase extrajudicial e uma fase jurisdicional. Diferentemente do acórdão do primeiro processo de incumprimento, que tem natureza declaratória,¹⁷ a nova pronúncia tem natureza condenatória, pois pode condenar o Estado ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva equivalente a

¹⁶ Texto original, em italiano: *Il Trattato non fissa alcun termine per l'esecuzione della sentenza che accerti l'inadempimento; è evidente tuttavia che l'esigenza fondamentale dell'applicazione immediata ed uniforme del diritto comunitario, da soddisfare anche nel rispetto del principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 10 del Trattato, richiede necessariamente tempi brevi.*

¹⁷ Se bem a doutrina, como temos visto, confere um valor mais amplo do que uma mera natureza declaratória.

uma sanção pecuniária. É a Comissão que indica a soma considerada adequada para efeitos de multa. Se o Tribunal de Justiça averiguar que o Estado-membro não cumpriu o acórdão anteriormente pronunciado, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva com função de sanção pecuniária. Silva (2005, p. 367) coloca a questão da diferença da função dos acórdãos pronunciados pelo Tribunal, pois,

Diferentemente do Acórdão declaratório dos artigos 226 e 227, o mecanismo do artigo 228 confere ao TJCE o poder de estabelecer uma quantia fixa ou progressiva a ser incidida a cargo do Estado até que este adote as medidas convenientes para a efetivação do primeiro Acórdão.

Cabe ressaltar que essa possibilidade de condenar o Estado ao pagamento de uma sanção pecuniária foi introduzida por meio do Tratado de Maastricht de 1992, que adicionou o segundo parágrafo ao artigo 260 TFUE. O pagamento de uma quantia fixa tem valor de sanção punitiva, paga de uma só vez, enquanto a quantia progressiva simboliza uma multa coercitiva. A Comissão tem estabelecido os critérios para calcular a sanção pecuniária, considerando a gravidade da infração, sua duração e levando em conta a capacidade de pagamento do Estado. A multa coercitiva é calculada por dia de demora e tem função de compelir o Estado a cumprir o julgamento anterior, adotando uma postura adequada à execução do julgamento anterior. A sanção pecuniária visa punir o Estado pela inexecução do primeiro acórdão, objetivando dissuadi-lo da abstenção do cumprimento da primeira pronúncia.

Como bem ressalta Santos (2003, p. 607), esse mecanismo consagrado pelo artigo 260, 2º, do TFUE traz “algumas inovações em relação aos mecanismos tradicionais do Direito Internacional Público sobre a questão”.¹⁸ Com fundamento no artigo 260, §2, do TFUE, em julho de 2000, o Tribunal de Justiça condenou, pela primeira vez, um Estado-membro a pagar uma sanção pecuniária à União Europeia.

2.5 O caso Comissão contra Grécia: C-45/91 e C-387/97

Este caso é um episódio emblemático no panorama comunitário por ser a primeira vez que o Tribunal de Justiça condenou um Estado por não ter executado seu acórdão. Como apontado antes, é possível abrir outro processo por incumprimento na hipótese em que o Estado não cumpra o estabelecido no primeiro processo. Na hipótese em questão, a Grécia foi condenada no processo C-387/97,¹⁹ instaurado pela Comissão pela inexecução da pronúncia do Tribunal de Justiça proferida no processo C-45/91.²⁰

¹⁸ Esse sistema visa evitar que os Estados se utilizem da retorsão, clássico instrumento usado quando do incumprimento de uma sentença proferida por um Tribunal internacional. No sistema comunitário, portanto, a prerrogativa de detenção dos meios de coação fica com as instituições comunitárias a fim de evitar possíveis conflitos entre os Estados.

¹⁹Texto, original em italiano, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997CJ0387:IT:PDF>>.

²⁰Texto, original em italiano, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CJ0045:IT:PDF>>.

À iniciativa da Comissão, abriu-se um segundo processo de incumprimento onde se solicitava o Tribunal a condenar a Grécia por não ter acatado as obrigações que lhe incumbia o Tribunal de Justiça, precisamente, por não adotar as medidas necessárias ao cumprimento da Sentença de 7 de abril de 1992, proferida em ocasião do processo C-45/91. O primeiro processo de incumprimento havia sido instaurado pela Comissão e tinha como objeto a violação cometida pela Grécia da obrigação de transportar duas diretivas comunitárias, a primeira em matéria de resíduos (Diretiva 75/42/CEE) e a segunda relativa à eliminação dos resíduos sólidos, tóxicos e perigosos (Diretiva 78/319/CEE). Tais diretivas impunham aos Estados a adoção de medidas internas aptas a garantir a eliminação desses resíduos, exigindo a implementação de planos e programas necessários a tal objetivo. Em se tratando de diretivas, e não de regulamentos, os Estados eram obrigados a alcançar os objetivos perseguidos pelo ordenamento comunitário, permanecendo livres para escolher os meios.

A primeira pronúncia do Tribunal de Justiça constatou o incumprimento da obrigação por parte da Grécia. Prevendo as diretivas a obrigação de informar a Comissão sobre as medidas tomadas para eliminar os resíduos e não tendo a Grécia comunicado a respeito da efetivação de tais medidas, foi-lhe dirigido, em 11 de outubro de 1993, um informe lembrando a sua inadimplência. Quase dois anos depois, sem ainda a Grécia ter informado a Comissão, essa emitiu a carta formal de citação, e três meses depois houve a contestação.

Tendo considerado insuficientes as medidas tomadas pela Grécia, foi enviado um parecer motivado advertindo-a da possibilidade de imposição de uma multa coercitiva. Em 11 de novembro de 1996, a Grécia enviou esclarecimentos comunicando que já havia adotado um plano nacional de gestão de resíduos e visava trabalhar sobre os outros itens do acórdão. Alguns meses depois, a Comissão recebeu outro relatório contendo os avanços com relação ao tema. Um ano mais tarde, a Comissão interpôs outro recurso por incumprimento, imputando uma multa de 24.600 *ecu*²¹ por dia de atraso na execução da sentença, a partir da data de sua publicação. O Tribunal de Justiça condenou a Grécia ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória de 20.000 euros por dia de atraso na aplicação das medidas necessárias.

Tal sentença foi bastante criticada por suspeita de retroatividade da sanção imposta à Grécia. Já a Grécia havia alegado que a disposição que alterou o Tratado, introduzindo a possibilidade de imposição de sanção, tinha entrado em vigor depois da abertura do procedimento de incumprimento da sentença de 1992. Os juízes comunitários responderam que o documento de 11 de outubro de 1993 não poderia ser considerado parte do procedimento e, portanto, os fatos relevantes foram materializados após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht. Um dos maiores problemas, como antes apontado, diz respeito à aplicação retroativa da nova disposição. Muitos autores concluem que não é possível admitir a retroatividade de uma disposição, pois dessa maneira se colocam em risco as exigências de certeza e

²¹ O “*ecu*” foi substituído pelo Euro com o Tratado de Maastricht.

previsibilidade do direito. Quanto à natureza jurídica da sanção, o advogado geral negou tratar-se de sanção penal por não visar aplicar uma pena, mas sim buscar uma maneira de coagir o Estado a cumprir a sua obrigação no mais breve tempo possível.

Considerações finais

Ao analisar as especificidades do Direito Comunitário da União Europeia é difícil pensá-la como um modelo de integração regional. O processo que se deu na Europa ocorreu de acordo com interesses particulares dos Estados em momentos específicos. Assim sendo, o Direito Comunitário Europeu é uma consequência direta das características específicas da Europa. Além disso, a União Europeia é uma instituição ainda em processo de desenvolvimento. A integração é dinâmica e responde aos interesses dos Estados, portanto parece estar sempre voltada à mudança.

O procedimento por incumprimento representa o principal instrumento jurídico previsto pelos Tratados à tutela do cumprimento do Direito Comunitário por parte dos Estados-membros. Cabe ressaltar que o atraso das autoridades nacionais no cumprimento das obrigações advindas do Direito Comunitário pode comprometer o processo de integração europeia.

Esse procedimento demonstra mais uma vez a natureza específica do ordenamento jurídico comunitário, concebendo o Tribunal de Justiça como jurisdição *sui generis*, por possuir competência única, obrigatória, de caráter permanente e não sujeita a reservas. A construção europeia e com ela, todos os objetivos de integração, recebe um sustentáculo bastante sólido por meio da previsão de vários instrumentos que visam reforçar a ideia comunitária e o compromisso dos Estados rumo à realização dos objetivos comunitários. O instrumento representado pelo procedimento por incumprimento representa um avanço do Direito Comunitário que se traduz em uma maior efetivação do mesmo. A possibilidade de considerar um Estado responsável por uma violação do Direito Comunitário é, neste sentido, uma conquista bem-sucedida.

A evolução do Direito Comunitário é viabilizada por meio do respeito do mesmo por parte dos Estados. É preciso solucionar as possíveis controvérsias que venham a surgir e a tal fim os Estados devem manifestar a própria vontade no sentido de viabilizar a integração europeia, tentando cumprir o quanto mais possível as obrigações advindas do Direito Comunitário. A admissão da hipótese de condenação de um Estado por violações do Direito Comunitário não pode representar outra coisa senão a vontade de concretizar a integração europeia, onde os Estados se comprometem a contribuir rumo a esse objetivo. O mecanismo de solução de controvérsias previsto pelos Tratados visa garantir uma composição pacífica das mesmas, tendo em vista objetivos e interesses que podem ser considerados próprios da União em certo sentido, até diferentes daqueles dos Estados. A integração supranacional exige que a aplicação do Direito Comunitário seja uniforme em todos os Estados e caso haja desrespeito ao mesmo são previstos mecanismos de solução de controvérsias aptos a superar o impasse.

Referências

Acórdão do TJCE de 07/04/1992 – Proc. 45/91 – Comissão c. Grécia. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CJ0045:IT:PDF>.

Acesso em: 25 mai. 2015.

Acórdão do TJCE de 04/07/2000 – Proc. 387/97 – Comissão c. Grécia, disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997CJ0387:IT:PDF>.

Acesso em: 25 mai. 2015.

CAMPOS, João Mota. *Manual de direito comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DE VELASCO, Manuel Diez. *Las Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2007.

DEL POZO, Carlos Francisco Molina. *Derecho Comunitario*. Barcelona: Cálamo, 2004.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html>. Acesso em: 25 mai. 2015.

QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso comunitário*. Coimbra: Almedina, 2005.

SALAZAR, Gilda Cicci. El Tribunal de Justicia Europeo y su Jurisprudencia. *Ars Boni et Aequi*, n. 4, p. 59-72, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. A resolução de controvérsias e os efeitos dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) nos procedimentos por incumprimento. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito internacional e da integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 600-608.

SILVA, Karine de Souza. O recurso contra os Estados-membros da Comunidade Europeia por violação ao direito supranacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito internacional e da integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 492-496.

SILVA, Karine de Souza. *Direito da Comunidade Europeia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto comunitario*. Padova: Cedam, 2005.

Recebido em 17/06/ 2015

Aceito em 22/09/ 2015