

ANO II – N.º 02

JUS SCRIPTUM

Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa



JANEIRO | FEVEREIRO | MARÇO

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 2 • Volume 2 • Número 2
Mar/Maio 2005 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2005/06

Isabela Pessanha Chagas, Presidente
Wilson Furtado, Vice-Presidente
Daniela Bandeira de Freitas, Secretária-Geral
Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Diretora Científica
Fabiano Machado, Diretor Social
Helena Maria Vilanova Pacheco, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Adriano Marteleto Godinho
Aiston Henrique de Souza
Ana Cláudia Redecker

Conselho Deliberativo:
Alexandra Barbosa Campos
Gabriela Paes de Carvalho Rocha
Dra. Josyleny Menezes C. Barros

Colaboradores:
Álvaro Regueira
Bruno Pereira

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	5
ADRIANO MARTELETO GODINHO - PRESCRIÇÃO E OBRIGAÇÃO NATURAL NO REGIME DOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS	7
LAVÍNIA CAVALCANTI LIMA CUNHA - IHERING, A LUTA PELO DIREITO E A JUSTIÇA	27
LAERTE MEYER DE CASTRO ALVES - A ORGANIZAÇÃO DA UNIÃO EUROPÉIA E DE SUA ESTRUTURA JURÍDICO-INSTI- TUCIONAL	45

APRESENTAÇÃO

O Jus Scriptum trata-se do Boletim oficial do NELB - Núcleo de Estudantes Luso-brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que visa o estudo do Direito brasileiro e português, através da publicação de artigos dos docentes e discentes da Faculdade de Direito de Lisboa.

Criado com êxito há um ano, continua se aprimorando e ganhando cada vez mais destaque no cenário acadêmico luso-brasileiro e isto se deve principalmente à ótima qualidade dos estudos nele publicados.

Para nós é um grande prazer apresentar este novo número, que só se tornou realidade graças aos iniciadores deste boletim, aos autores desta e das antigas edições, à comissão formada especialmente para análise dos artigos, à Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e aos associados do NELB - Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros.

Lisboa, 09 de janeiro de 2006.

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha
Directora Científica

PRESCRIÇÃO E OBRIGAÇÃO NATURAL NO REGIME DOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Adriano Marteleto Godinho¹

EMENTA: 1 - Introdução. 2 - Prescrição e seus fundamentos. 3 - Obrigação natural: evolução e conceito. 4 - Natureza jurídica da obrigação natural e sua distinção em relação à obrigação civil. 5 - Efeitos das obrigações naturais. 6 - Distinção entre obrigações naturais e obrigações nulas. 7 - Dívida prescrita como espécie de obrigação natural. 8 - Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO

A partir do momento em que operam os efeitos da prescrição, pode-se dizer que cessa a exigibilidade do cumprimento do dever ao qual se tinha comprometido um indivíduo perante outrem, surgindo então a denominada obrigação natural, ou obrigação judicialmente inexigível, segundo a dicção do novo Código Civil brasileiro. Embora tanto prescrição quanto obrigação natural sejam institutos antigos, seu estudo desperta interesse e perplexidade, mormente diante das mais variadas opiniões emitidas sobre certos aspectos que os envolvem.

Seriam dívida prescrita e obrigação natural expressões sinônimas, como pretendem alguns juristas? Qual seria a natureza da obrigação natural,² e quais as suas consequências no mundo

¹ Advogado, Professor Universitário, Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

jurídico? A problematização destas e de outras facetas inerentes ao tema constitui a finalidade precípua desse estudo que, longe de pretender pôr um fim a tais questionamentos, tentará tangenciá-los e conduzi-los a rumos que esperamos sejam acertados.

Assim sendo, estudaremos em breves linhas os aspectos mais relevantes que circunscrevem o assunto, procedendo a uma análise comparativa que abrange primordialmente os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

2 - PRESCRIÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS

O estudo da prescrição revela-se tão fascinante quanto árduo. Afinal, por mais que tentemos traçar linhas definitivas acerca dos diversos aspectos abarcados pelo instituto, sempre nos deparamos com entendimentos os mais divergentes, por vezes absolutamente incompatíveis, demonstrando o quão nebulosas podem se tornar as análises realizadas sobre o tema. Verifica-se, por isso, que as mais respeitadas autoridades do meio jurídico há tempos debruçam-se sobre o estudo da prescrição e de seus efeitos, no intuito de buscar soluções que sejam capazes de conduzir os juristas a um lugar onde todos os tormentos que a circundam sejam finalmente afastados. Todavia, estamos longe ainda de atingir uma uniformização ideológica dentre os estudiosos que tratam do assunto.

A problemática se apresenta desde o momento em que se tenta fixar os efeitos da prescrição: teria ela por consequência a extinção da ação, do próprio direito ou da pretensão? Poder-se-ia dizer que a prescrição opera seus efeitos pelo simples transcurso do prazo estabelecido em lei, ou haveria de ser invocada e reconhecida judicialmente para que se pudesse tê-la como consumada?

Quanto aos seus fundamentos, pode-se afirmar com maior convicção que o instituto da prescrição se baseia no interesse

público, tendo por fim garantir a paz social, evitando que litígios se prolonguem indefinidamente e sejam motivo de insegurança jurídica. É certo, portanto, que ao repudiar a perpetuidade de situações conflituosas na sociedade, o ordenamento jurídico ampara o inadimplente em detrimento do titular de um direito, e assim o faz para evitar o inconveniente ao sossego público, que prepondera sobre o interesse de particulares. Os estudiosos do Direito, por isso, vislumbram no instituto uma função pacificadora, considerando-se que a ordem jurídica não pode conviver com situações de conflitos perenes.

3 - OBRIGAÇÃO NATURAL: EVOLUÇÃO E CONCEITO

Conforme se verá oportunamente, as obrigações podem ser distintas em civis e naturais, sendo aquelas judicialmente exigíveis, e estas apenas pagáveis por determinação do devedor. Todavia, desde que se cogitou a respeito das obrigações naturais, houve quem negasse a sua existência, sob o fundamento de que é inadmissível a possibilidade de haver uma obrigação à qual não corresponda uma ação. As opiniões nesse sentido, contudo, não prosperaram, mesmo porque a maioria das codificações modernas faz menção expressa às obrigações naturais, regendo seus efeitos.

Assinala Sergio Covello que *“a idéia de obrigação natural data do primeiro século d.C., quando, por influência da filosofia grega, o direito romano se espiritualiza e passa a aceitar princípios do ius gentium, que os antigos identificavam com o direito natural”*². Assim, ao lado das obrigações civis, reguladas pelo ordenamento jurídico, identificou-se a existência das denominadas obrigações naturais, que em verdade já se continham em um texto do Digesto: *“As obrigações consideram-se naturais não somente se por razão delas compete alguma ação, mas*

² COVELLO, Sergio Carlos. *A obrigação natural (elementos para uma possível teoria)*. São Paulo: Universitária de Direito, 1996, p. 13/14.

também quando não se pode repetir o dinheiro pago” (D. XLVI, 1. 16 & 4)³. Tempos depois, a obrigação natural ganharia regime jurídico próprio nas mais diversas legislações modernas, conforme mencionado, partindo do Código Napoleão, que a ela faz expressa alusão em seu artigo 1.235.

A terminologia “obrigação natural” nem sempre foi bem aceita pelos juristas, razão que levou o legislador do Código Civil brasileiro de 2002 a substituí-la pela expressão “obrigação judicialmente inexigível”. Observa-se, entretanto, que o artigo 564, inciso III do mesmo diploma, talvez por um lapso, repete o disposto no artigo 1.187 do Código Civil de 1916, e faz uso do termo “obrigação natural”.

Embora não traga a lei o conceito de obrigação natural, podemos identificá-la como sendo uma obrigação inexigível, muito embora uma vez cumprida não autorize a repetição do que foi prestado, pois o simples fato de não ser deferida ao credor a prerrogativa de exigí-la coercitivamente não significa que não pode o devedor voluntariamente prestá-la.

4 - NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO NATURAL E SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO CIVIL

A obrigação natural é corriqueiramente identificada com um mero dever moral ou de consciência, e os que assim entendem pretendem de certo modo negar-lhe juridicidade. Em virtude das dificuldades encontradas para conciliar o instituto com outros conceitos jurídicos, muitos chegaram mesmo a sustentar a sua inconsistência, e a defender a idéia de que a obrigação natural representaria mesmo inútil reminiscência das teorias *jusnaturalísticas*⁴.

³ COVELLO, Sergio Carlos. *A obrigação (...)*, cit., p. 15/16.

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

Combatida essa idéia, a expressão foi aos poucos corporificando-se como sinônima de obrigação civil de eficácia restrita, ou seja, que não obstante não confira ao credor o correspondente direito de ação, também não autoriza a repetição do que foi voluntariamente pago pelo devedor.

Com efeito, pode-se apontar que a obrigação natural apresenta a essência das obrigações civis. Afinal, há relação de crédito e débito (vínculo obrigacional) entre dois sujeitos, privada entretanto de coercibilidade. A obrigação natural caracteriza-se por envolver um débito, excepcionalmente desprovido da correspondente responsabilidade do devedor de saldá-lo. Quando este deliberadamente o faz, todavia, age não somente buscando estar em paz com sua consciência, mas em reconhecimento da existência de sua dívida, que jamais pereceu.

Atualmente, adota-se uma concepção dinâmica do vínculo obrigacional. É este o parecer de Clóvis do Couto e Silva, para quem débito e responsabilidade são elementos próprios que compõem a estrutura das obrigações⁵. Toma-se esta visão da relação obrigacional como ponto de partida para a compreensão da essência das obrigações naturais, em que há um débito desacompanhado de responsabilidade daquele que o assumiu.

A partir da incidência dos efeitos da prescrição, portanto, subsiste o débito, esvaziado porém da respectiva responsabilidade; há expectativa da prestação, mas não o poder de demandá-la. Obrigação e responsabilidade são assim apartados por Sergio Covello:

“Há na norma que cria a obrigação um preceito primário que dá relevância ao dever, tornando-o jurídico (...); e um preceito secundário que garante o cumprimento, conferindo ao credor um poder de

⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 97.

controle e de agressão sobre o patrimônio do devedor (...). Na obrigação natural, falta o preceito secundário, pois o devedor, apesar de ter a dívida, não pode ser coagido a saldá-la, isto é, não responde com o seu patrimônio pelo pagamento do débito (...).

A falta do preceito secundário na obrigação natural não desnatura a relação obrigacional. Há nesse tipo de obrigação objeto (prestação), débito e crédito, dever e direito, faltando apenas a pretensão, que é efeito”⁶.

A independência entre débito e responsabilidade representa uma realidade irrefutável. Cite-se como exemplo a situação em que o avalista é chamado a responder pela dívida contraída pelo avalizado. Tem-se, em relação ao garante, o oposto do que ocorre nas obrigações naturais: para ele, haverá responsabilidade, mas não obrigação. Tanto é assim que, saldado o débito, poderá voltar-se contra o avalizado, exigindo o recebimento do montante despendido em cumprimento da obrigação por este assumida.

Note-se, mais, que o artigo 882 do novo Código Civil brasileiro faz expressa menção ao *pagamento* da obrigação judicialmente inexigível. Destarte, conclui-se que mesmo após a incidência da prescrição de uma dívida, permanece um vínculo obrigacional, desprovido embora de coercibilidade, e não um simples dever moral, pois não há pagamento se inexiste débito. A impossibilidade do pleito judicial das obrigações naturais lhes retira um caráter de suma relevância, que é a exigibilidade, mas nem por isso descaracteriza a essência da obrigação que ali subsiste. O ordenamento jurídico, portanto, reconhece a existência de uma

obrigação, mas apenas não a acoberta com a correspondente exigibilidade.

Reforçando o entendimento de que o cumprimento da obrigação natural constitui verdadeiro cumprimento de obrigação preexistente e ainda válida, o artigo 564, inciso III do Código Civil brasileiro em vigor prevê a impossibilidade de revogação por ingratidão nas doações que se fizerem em cumprimento de obrigação natural. O credor, nesse caso, não se beneficia ou se locupleta. Pode-se afirmar que nessa hipótese não há pura liberalidade, mas o cumprimento de uma obrigação que, embora inexigível, jamais deixou de existir. Temos, portanto, o aspecto distintivo entre a obrigação natural e o mero dever moral: enquanto a primeira não permite a repetição da prestação dada em seu cumprimento, no derradeiro há de fato simples liberalidade, que autoriza a repetição quando o beneficiado adotar certa conduta que caracterize sua ingratidão em relação à pessoa do doador.

Obrigação natural e civil, na verdade, identificam-se em sua essência, posto que ambas representam dívidas plenamente válidas. Atingiu-se, assim, a concepção de que a obrigação natural é diversa da civil não em virtude de sua origem, mas de seus efeitos, que na primeira são restritos. Nesse sentido a lição proferida por Sergio Covello:

“É o interesse do credor (interesse válido, frise-se) que justifica tanto a obrigação civil como a obrigação natural. Nesta, porém, a proteção do interesse é parcial, quase tênue, mas não inexistente. A lei não descarta de um tal interesse do credor, e, por isso, admite o pagamento: não assegura a satisfação do interesse, como na obrigação civil, que é de direito estrito, mas

*reconhece-o e autoriza a sua satisfação com caráter irrevogável*⁷.

A propósito, o artigo 404º do Código Civil português sujeita as obrigações naturais ao regime das civis em tudo que não diga respeito à exigibilidade da prestação. E embora o artigo 402º do mesmo diploma legal estabeleça que a obrigação natural é fundada em mero dever moral ou social, faz também menção à expressão “dever de justiça”, ou seja, exige-se mais que o simples dever moral de prestar. Este sem aquele pode ocasionar uma liberalidade, mas nunca o cumprimento de uma obrigação natural. O dever de justiça é aquele que em princípio seria judicialmente exigível, mas não o é por razões específicas consideradas pelo legislador.

Assim sendo, tem-se que tanto perante o ordenamento jurídico brasileiro quanto diante do sistema português, as obrigações naturais são tomadas com idêntica concepção, qual seja, a de uma obrigação desprovida de coercibilidade.

5 - EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES NATURAIS

Já pudemos observar que as obrigações naturais têm o efeito precípua de autorizar a *soluti retentio*, regra prevista tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português, cujo artigo 403º veda a repetição do que for prestado espontaneamente pelo devedor, exceto se este não possuir capacidade para tanto. Dessarte, não cabe àquele que cumpriu uma obrigação natural exigir de volta o que voluntariamente pagou.

Dúvidas surgem na determinação da incidência ou não, no âmbito das obrigações naturais, de outras consequências inerentes às obrigações civis. Enquanto parte da doutrina adota sentido permissivo quanto a esse aspecto, diversos outros juristas de escol

negam a produção de efeitos diversos da *soluti retentio*. Para eles, a obrigação natural jamais poderia ser novada, garantida ou compensada com uma obrigação civil.

Conforme já assinalado alhures, o artigo 404º do Código Civil português sujeita as obrigações naturais ao regime das civis em tudo que não se relacione com a realização coativa da prestação, ressalvadas disposições legais específicas. Assim, segundo expressa a lei portuguesa, as obrigações naturais podem ser novadas, admitindo ainda a incidência de garantias reais ou fidejussórias.

Por outro lado, os dispositivos legais do Código Civil brasileiro nada mencionam a respeito, e limitam-se tão-somente a afirmar que é incabível a repetição do que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação judicialmente inexigível. Inobstante a omissão do legislador, entendemos que não é razoável a interpretação no sentido de se atribuir somente aquele efeito às obrigações naturais.

É certo que o parágrafo 1º do artigo 814 do Código Civil brasileiro estende a regra da inexigibilidade ao reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo. Nesse caso, o intuito do legislador é evitar que sejam atingidos por vias oblíquas os objetivos visados pelos participantes de jogos ou apostas, desestimulando a sua viciosa prática. Conclui-se, portanto, que o legislador estabeleceu a restrição apenas aos casos de jogos e apostas; nas demais hipóteses, as obrigações naturais comportarão a incidência de variados efeitos, a exemplo do que ocorre no ordenamento jurídico português. Admitimos, por isso, que uma obrigação natural possa, além de impedir a repetição do pagamento, ser reconhecida ou assegurada por garantias como a fiança, hipoteca e penhor, bem como converter-se em uma obrigação civil por meio de novação. No tocante a essa última figura, ressalte-se ser descabida a alegação de sua inaplicabilidade em decorrência de que a novação somente opera entre dívidas da mesma natureza, pois obrigações naturais e civis

têm a mesma essência, distanciando-se unicamente no tocante à possibilidade ou não de serem exigidas coercitivamente.

Também delicada é a análise da viabilidade da compensação entre uma obrigação natural e outra civil, merecendo a questão um estudo mais minucioso. Para solvê-la, há que se fazer a importante distinção entre a compensação legal e a voluntária. Com relação à primeira, o artigo 368 do Código Civil brasileiro impõe a extinção das obrigações quando credor e devedor o forem um do outro, até onde se compensarem os valores. Nessa hipótese, exige o artigo 369 daquele diploma que sejam as dívidas líquidas, de coisas fungíveis e vencidas, ou seja, hão de ser exigíveis, e é evidente que as obrigações naturais não o são. Por outro lado, nada impede que o credor de uma obrigação perfeitamente exigível, que seja ao mesmo tempo devedor de uma obrigação natural, proceda à compensação voluntária, reconhecendo seu débito em relação ao devedor da obrigação civil⁸.

O que não se admite, todavia, é que o titular de um crédito prescrito, se demandado, invoque a compensação e pretenda assim se eximir do pagamento a que lhe compete, frente ao disposto no artigo 190 do novo Código Civil brasileiro: se a dívida encontra-se prescrita, isto é, se o credor não a exigiu oportunamente, não poderá invocar a compensação para se furtar ao pagamento de obrigação a que se comprometeu, pois a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

Um último questionamento aflora no tocante aos efeitos da obrigação natural: poderia aquele que a prestou requerer a repetição do que pagou alegando que o fez por erro? É certo que o artigo 877 do Código Civil brasileiro de 2002, que encontra similaridades em relação ao artigo 476º do diploma civil português, admite a repetição

do pagamento de um montante indevido, comprovando o *solvens* ter agido mediante erro. Há de se atentar, todavia, para o fato de que a lei permite a repetição em se tratando de prestação *indevida*, e que, mesmo quando prescrita uma dívida, embora se torne ela inexigível, subsiste a relação de débito e crédito. Por isso, entendemos ser descabida a repetição da prestação de uma obrigação natural mediante a alegação do vício negocial do erro, pois aquele que a cumpriu nada mais fez que saldar um dever que jamais deixou de existir.

6 - DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES NATURAIS E OBRIGAÇÕES NULAS

O Código Civil atualmente em vigor no Brasil trata em seu artigo 882 da obrigação natural, ali denominada “obrigação judicialmente inexigível”, estabelecendo que não haverá o direito à repetição do que se pagou em seu cumprimento.

Lado outro, o artigo 883 do mesmo diploma regula a denominada obrigação nula. O referido dispositivo não confere o direito à repetição àquele que dá alguma coisa com o intuito de obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei.

Verifica-se, portanto, que estamos diante de figuras distintas, posto serem regulamentadas em dispositivos diversos. Há, todavia, um ponto de conexão entre as obrigações naturais e as obrigações nulas: em ambos os casos, exclui-se a possibilidade de repetição do que foi efetivamente pago.

Embora a lei lhes atribua idênticos efeitos no que concerne à impossibilidade de repetição da prestação, o paradeiro desta é diverso conforme se trate de uma ou outra figura. Assim é que, enquanto no cumprimento de uma obrigação natural verifica-se a *soluti retentio*, ou seja, a possibilidade de o credor reter o pagamento realizado, no cumprimento de uma obrigação nula haverá a reversão

do que se deu em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

A distinção é lógica e encontra perfeita harmonia com os princípios que norteiam a ordem jurídica. Afinal, é extremamente diversa a *ratio* que incide sobre ambas as figuras. Na primeira hipótese, existe uma relação obrigacional a cujo surgimento o ordenamento jurídico não se contrapõe. Exatamente em razão disso, a lei autoriza a retenção do pagamento pelo credor, que não obstante não mais pudesse exigir judicialmente seu crédito, faz jus à satisfação do mesmo. Outra é a realidade ao tratarmos de uma obrigação nula, porquanto a lei é contrária à sua própria gênese, vedando *ipso facto* tanto a repetição do pagamento quanto a sua retenção por quem quer que venha a recebê-lo. Tem-se aí um intuito manifestamente punitivo, mediante a reversão do que se deu ilícitamente em proveito de um estabelecimento de beneficência, em que os valores prestados serão utilizados para fins socialmente desejados.

O artigo 814 do novo Código Civil brasileiro, que cuida das dívidas oriundas de jogo e aposta, equipara em seu parágrafo 2º os efeitos dos jogos proibidos e aqueles denominados tolerados (não proibidos, mas nem por isso legalmente permitidos). Verifica-se, portanto, que o dispositivo estabelece uma inegável conexão entre as obrigações naturais, decorrentes da prática de jogos tolerados, e as obrigações nulas, provenientes de jogos proibidos. Assim sendo, inobstante tenha dado tratamento singular aos efeitos das obrigações naturais e nulas nos artigos 882 e 883, o diploma civil em vigor equipara as duas figuras no dispositivo em comento.

Tal fato, todavia, não é capaz de refutar as observações até aqui erigidas. Se por um lado as obrigações naturais e nulas apresentam evidentes pontos de contato, posto que em ambas existe tanto a inexigibilidade, que as afasta das obrigações civis, quando a impossibilidade de repetição, não há que concebê-las em um sentido unitário, conforme aduz Georges Ripert:

“Enfim e sobretudo, como se pode compreender que o legislador, anulando um contrato por causa ilícita, consinta em que esse contrato nulo obrigue, no entanto, o devedor a título de obrigação natural? Há uma contradição fundamental do pensamento em supor que dum contrato ilícito possa nascer, apesar de tudo, uma obrigação natural”⁹.

O Código Civil português também cuida do assunto, ao estabelecer em seu artigo 1245º que o jogo e a aposta não são contratos válidos nem constituem obrigações civis. O mesmo dispositivo ressalva, porém, que os jogos ou apostas lícitos serão fontes de obrigações naturais, a não ser por outro motivo que acarrete sua nulidade. O artigo 1246º do diploma português, por seu turno, acertadamente afasta da incidência do dispositivo anterior as competições desportivas, que geram obrigações civis em relação a seus participantes.

O legislador português, portanto, assume a distinção realizada entre os jogos permitidos, tolerados e proibidos. Enquanto os primeiros constituem verdadeiras obrigações judicialmente exigíveis, os tolerados ou lícitos geram obrigações naturais. Os derradeiros, tal como no ordenamento brasileiro, não dão origem a obrigações válidas, porquanto a lei repugna a sua prática.

7 - DÍVIDA PRESCRITA COMO ESPÉCIE DE OBRIGAÇÃO NATURAL

Embora alguns não aceitem a idéia, pode-se afirmar que a dívida prescrita é o exemplo clássico de obrigação natural. O artigo 882 do Código Civil brasileiro de 2002, contudo, parece estabelecer

⁹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 358.

inafastável distinção entre dívida prescrita e obrigação natural, ao preceituar que não se pode repetir o que se pagou para cumprir uma ou outra. Em princípio, à luz do citado dispositivo, poder-se-ia entender que a dívida prescrita não pode ser tida como espécie de obrigação natural, pois, se assim o fosse, bastaria que se dispusesse que o cumprimento desta é irrepetível, o que naturalmente compreenderia o pagamento daquela.

Entretanto, não é essa a melhor orientação, uma vez que, prescrita uma dívida, permanece um vínculo obrigacional que, embora desprovido de coercibilidade, pode ser voluntariamente cumprido pelo devedor. Assim sendo, subsiste uma obrigação natural, gênero que abrange a dívida prescrita, que é em sua origem uma obrigação civil. Decorrido o lapso temporal previsto para a exigência do cumprimento dessa obrigação civil, torna-se ela uma obrigação natural, que por isso pode também ser considerada como uma obrigação civil degenerada.

Nos denominados jogos tolerados, aos quais já nos referimos, tanto a lei brasileira quanto a portuguesa não conferem ao vencedor um crédito judicialmente exigível, mas tampouco se opõem ao pagamento voluntário daquilo que se ganhou, salvo se incidentes outras razões que caracterizem uma nulidade. Já nos casos de dívida prescrita, há o reconhecimento da existência de um crédito judicialmente exigível, mas que veio a perder tal característica em virtude da inação de seu titular no prazo prescricional estabelecido em lei.

Se afirmamos que ao prescrever uma dívida subsiste uma obrigação natural, em que não se dissolve o vínculo obrigacional, podemos concluir que logicamente a prescrição não extingue o direito, como pretendem alguns, atuando na verdade sobre a *exigibilidade judicial* desse mesmo direito. Desse modo, a prescrição não supõe a extinção da obrigação, mas tão somente consiste em uma exceção concedida ao devedor, e que para sua efetividade, haverá se ser por

este invocada, sob pena de se efetuar pagamento que será irrepetível¹⁰.

O artigo 304º/1 do Código Civil português alinha-se com o entendimento ora esposado, estatuinto que ao completar-se a prescrição, surge para o beneficiário “*a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito*”. Inobstante se reporte o legislador português ao termo “direito prescrito”, não se deve entender que foi adotada a concepção da extinção do direito como efeito da prescrição. Aliás, a alínea 2 do mencionado dispositivo aclara definitivamente a polêmica, ao vedar a repetição da prestação dada em cumprimento da obrigação prescrita, mesmo quando feita com ignorância da prescrição. É reconhecida, portanto, a existência de um débito que, ao ser saldado, afasta a possibilidade de repetição do que foi prestado. Se dívida não houvesse, seria perfeitamente cabível a repetição, fundada no artigo 476º daquele diploma, que trata do cumprimento de obrigação “*que não existia no momento da prestação*”.

Dessa forma, tem-se a irrecusável conclusão de que a dívida prescrita é uma espécie de obrigação natural. No momento em que ocorrem os efeitos da prescrição, ter-se-á um débito tal como fora assumido anteriormente, desacompanhado da responsabilidade do devedor, que não poderá ser compelido a cumprir a obrigação que não foi oportunamente exigida pelo credor.

Por fim, dúvidas surgem em relação ao momento em que haveria a conversão da obrigação civil em obrigação natural. Afinal, a prescrição surte efeitos a partir do seu reconhecimento em juízo, ou bastaria o simples decurso do prazo prescricional para a sua plena consumação?

¹⁰ ESPINA, Juan Ignacio Reales. *La obligación natural en el código civil*. Sevilla: Comares, 2000, p. 47.

Em nosso sentir, a segunda hipótese há de prevalecer. A partir da análise do artigo 191 do Código Civil brasileiro, é possível atingir-se a conclusão a que chegamos. Verifica-se que o referido dispositivo permite a renúncia da prescrição, que só valerá "*depois que a prescrição se consumir*". Ora, se se entender que a prescrição somente ocorre mediante seu reconhecimento em juízo, não poderia o legislador afirmar que a renúncia é válida depois da consumação da prescrição. Se esta é renunciada, evidentemente não teria sido consumada, em virtude da ausência de seu reconhecimento judicial. Assim sendo, filia-se o legislador à corrente aqui sustentada: a prescrição se consuma pelo só decurso do prazo previsto em lei, e já a partir desse específico momento a obrigação civil converte-se em natural.

Nesse mesmo sentido, pode-se citar a lição de Antônio Luiz da Câmara Leal:

"A prescrição existe e opera o seu efeito liberatório, ou extintivo da obrigação, desde que se consuma, pela expiração do prazo prescricional.

A invocação dela em juízo é apenas uma afirmativa de que ela existe, e não uma condição de sua existência.

*Consumada a prescrição, torna-se adquirida, como a denomina o direito francês, e passa a representar um direito atual do prescribente, invocável em juízo contra a ação, que, por ela, ficou extinta. Ela é, pois, invocada porque existe, e não existe porque é invocada"*¹¹.

CONCLUSÃO

Consumada a prescrição pelo decurso do prazo estabelecido em lei, surge então a obrigação natural, que apresenta a mesma essência das obrigações civis, delas diferindo pela ausência de coercibilidade. A concepção moderna das obrigações naturais denota a existência de um dever, ao qual não adere uma responsabilidade; entretanto, uma vez cumprida voluntariamente a obrigação, não caberá a repetição do que foi prestado.

A dívida prescrita, como vimos, é uma espécie de obrigação natural. Exatamente em função da sua estrutura, admitimos que sobre ela incidam garantias reais, que haja sua conversão em obrigação civil por meio de novação, e que possa ser deliberadamente compensada pelo próprio credor de obrigação civil, que seja devedor de uma obrigação natural.

Eis que, enfim, alcançamos o desfecho dessas considerações, que, se não possuem o condão de solver toda a problemática concernente às figuras da prescrição e da obrigação natural (e, ressalve-se, nem tampouco têm a leviana pretensão de fazê-lo), espera-se possam servir ao singelo propósito de suscitar seus aspectos e questionamentos fundamentais, e, principalmente, traçar sólidos rumos, tendentes à obtenção das correspondentes respostas.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 300.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Código civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1967.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CARPENTER, Luiz Frederico. *Da prescrição*. 3. ed. São Paulo: Nacional de Direito, 1958.

COVELLO, Sergio Carlos. *A obrigação natural (elementos para uma possível teoria)*. São Paulo: Universitária de Direito, 1996.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito* (trad. Fernando de Bragança). Belo Horizonte: Líder, 2003.

ESPINA, Juan Ignacio Reales. *La obligación natural en el código civil*. Sevilha: Comares, 2000.

FRANCO, Ary de Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. *Sobre renúncia e transação no direito do trabalho*, in "Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá". 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

IHERING, A LUTA PELO DIREITO E A JUSTIÇA

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha¹

SUMÁRIO

1. Introdução	27
2. Ihering e <i>A luta pelo Direito</i>	28
3. A Justiça em Ihering	31
4. Comparativo da Justiça em Ihering e outros filósofos ..	35
5. Conclusão	41
6. Bibliografia	42

1. INTRODUÇÃO

Um dos fins mais almejados do homem é a Justiça. Porém, não se tem conhecimento de uma expressão que seja tão antiga e cause tanta controvérsia quanto a mesma. A discussão sobre a Justiça, especificamente, tem ocupado o pensamento de filósofos, pensadores e juristas por todo o mundo e em todos os tempos. Começando por Platão, passando por Hobbes e chegando até os dias atuais, não houve quem não tentasse provar qual a verdadeira essência da Justiça.

É errôneo acreditar, contudo, que um só filósofo concentre em seus ensinamentos toda a concepção correta de Justiça, até mesmo porque todos contribuem e contribuíram para o estudo do tema e uma visão diferente do assunto. É exatamente a brilhante

¹ Advogada, Licenciada pela Universidade Federal de Alagoas e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

visão de Ihering sobre a Justiça - exposta em seu livro *A luta pelo Direito*, que se pretende demonstrar aqui.

A palavra Justiça é derivada da palavra latina *ius* ou *jus*, que, em realidade, confundia-se com a idéia de Direito. Não existia, assim, uma diferenciação entre Direito e Justiça, a tal ponto que ambos possuíam a mesma denominação. Segundo Nascimento, a palavra *ius* é provavelmente originada "do sânscrito *iás*, relativo ao recinto sagrado onde se ministrava a justiça"².

A concepção de Justiça sempre esteve ligada à idéia de moralidade e de ética, temas conexos que, inevitavelmente, remetem à idéia de Justiça. Vários doutrinadores atuais concordam com o fato de que o Direito tem que ter como fim precípua, ou princípio maior, a Justiça, pois, caso contrário, não será considerado Direito. Paupério, inclusive, repete isto continuamente ao longo de seu livro³.

Antes de se expor, contudo, a idéia de Justiça em Ihering, imperioso se faz primeiro traçar alguns aspectos gerais sobre Ihering e a idéia central desenvolvida em seu livro *A luta pelo Direito*, para só assim se expor a idéia de Justiça para ele neste mesmo livro. Será feito, então, um rápido comparativo acerca da idéia de Justiça para Ihering e para alguns outros filósofos importantes.

2. IHERING E A LUTA PELO DIREITO

Rudolph Von Ihering, jurista alemão, ficou consagrado como uma das maiores expressões do Direito. Seu livro - *A luta pelo*

² NASCIMENTO, Walter Vieira do. *História do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 07.

³ "A realização da Justiça é o fim supremo do Direito. [...] Conceituamos a Ciência pela verdade, a Arte pela beleza, a religião pela santidade, a Moral pelo bem, o Direito pela justiça" (PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução axiológica ao direito: apêndice à Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.126). Da mesma forma: "o Direito há de praticar a virtude da Justiça ou deixará de ser Direito" (Idem, ibidem, p. 160). E, ainda: "o único valor absoluto do direito é a justiça" (Idem, ibidem, p.175).

Direito, originou-se de uma conferência sua proferida em Viena e, apesar de escrito no final do século XIX, possui uma temática atual.

A luta pelo Direito possui uma linguagem compreensível até para leigos, porque deliberadamente não contém lições jurídico-científicas. De acordo com o próprio Ihering, o que ele teve em mente “foi a promoção do estado de espírito em que este há de buscar sua energia vital, e que é o que conduz à atuação firme e corajosa do sentimento de justiça”⁴. Farias chega a afirmar que “A luta pelo Direito é filosófico e espiritual”⁵.

Ihering não objetivou especificamente desenvolver a idéia de Justiça, mas sim de que a luta é necessária para se atingir a paz – fim do Direito, sendo, inclusive, esta a razão pela qual “a Justiça” (entenda-se Themis, a Deusa da Justiça):

“Sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Para chegar à concepção de Justiça, porém, Ihering segue uma “escala ascendente”⁶ da análise da luta do indivíduo pelo Direito. Primeiro Ihering trata acerca da diferenciação entre Direito objetivo e subjetivo, compreendendo o primeiro os princípios manipulados pelo Estado – seria o Direito abstrato, e o segundo a

⁴ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor), pg. 17.

⁵ FARIAS, Káthia Lourenço de. *A luta pelo Direito de Rudolph Ihering*. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1555>>. Acesso em 25 nov. 2005.

⁶ *Ob cit.*, pg. 73.

atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa – seria o Direito concreto.

Seu livro trata principalmente da luta no terreno do Direito subjetivo, mas não deixa de demonstrar a razão do seu ponto de vista no que toca à luta no terreno do Direito objetivo, principalmente para afirmar que o Estado não pode violar o Direito dos seus administrados, senão os mesmos não terão qualquer estímulo para lutar a favor do seu Estado contra agressões estrangeiras.

A luta pelo Direito seria antes um dever inerente à condição humana que uma faculdade, pois visa defender a existência do indivíduo (autoconservação⁷) e do próprio Direito, pois se todos optassem por não lutar por seu Direito subjetivo, a própria norma restaria inutilizada.

Em uma leitura desatenta, pode-se imaginar que Ihering instiga os homens à luta arbitrária, mas ele próprio nega este fato⁸. A idéia principal desenvolvida por Ihering, no livro ora examinado, como ele próprio afirma, foi a de “não permiti [sic] que vosso Direito seja pisoteado impunemente” seja em virtude da covardia, do comodismo ou da indolência.

A visão de Ihering é completamente diversa da maior parte dos outros filósofos, como se verá adiante; ele busca no Direito uma finalidade prática e não teórica, o que não significa que não se possa induzir o que seria Justiça para Ihering na visão clássica⁹, pois tal se tentará no decorrer deste trabalho.

⁷ Seria o dever da autoconservação, que abrangeria não apenas a vida física, mas também a existência moral.

⁸ “A verdade é que não invoco a necessidade da luta pelo direito em todo e qualquer tempo, mas apenas naqueles casos em que a agressão ao direito representa um desrespeito à pessoa humana.” (*Ob cit.*, pg. 19)

⁹ A classificação clássica aqui não se liga a qualquer teoria, representa apenas a visão usual da Justiça – que vê a Justiça como um valor, diferente da visão de Ihering – que a vê como um sentimento.

3. A JUSTIÇA EM IHERING

Apesar de Ihering não traçar propriamente o conceito de Justiça, alcança-se em sua obra que a Justiça é o sentimento que passa a existir diante de uma violação ao Direito e este sentimento deriva-se da suscetibilidade – que seria a capacidade de sentir dor, e gera a energia – a coragem e a determinação de repelir a agressão¹⁰.

Nota-se, desta forma, que Ihering não trata a Justiça como um valor, mas como um sentimento. A Justiça para Ihering, assim, não é um valor como o bem, a verdade, a beleza e nem ele discute se ela é uma virtude ou não, como o fez Platão e Sócrates. Ele não discute expressamente se, por exemplo, roubar é algo justo ou injusto. Basta ser uma violação ao Direito para gerar a dor e, conseqüentemente, o sentimento de Justiça e o ímpeto para a luta.

A dor seria a “origem do milagre”¹¹ para se lutar pelo Direito e porque não dizer a origem da própria Justiça – na visão de que Justiça é um sentimento, ou seja, em última análise, a dor seria a origem do sentimento de Justiça, vez que a Justiça é um sentimento derivado da suscetibilidade (capacidade de sentir dor).

Essa luta contra a violação ao Direito subjetivo origina-se da dor e tem, portanto, como fundamento motivos puramente interesseiros e egoístas, mas que acabam por se transformar em motivos nobres, pela defesa da própria lei¹². Ela finda por representar “o protesto de um vigoroso caráter moral contra o atentado ao Direito e constitui a manifestação mais bela e edificante do sentimento de justiça”¹³, mas não chega a representar o sentimento

¹⁰ Ihering afirma que a suscetibilidade e a energia “constituem os critérios pelos quais se confere a presença do sentimento sadio de justiça”. (*Ob cit.*, pg. 55)

¹¹ *Ob cit.*, pg. 54.

¹² “meu direito é o direito”; lesado aquele, este também o é; ao defender o primeiro, resguardo o último”. (*Ob cit.*, pg. 64). E mais adiante: “é que a verdade sempre é verdade, mesmo que o sujeito do direito a encare e defenda apenas a partir do ângulo estreito do seu interesse pessoal.” (*Ob cit.*, pg. 66)

¹³ *Ob cit.*, pg. 63.

ideal ou nobre de Justiça, pois este sentimento somente ocorreria quando o indivíduo luta contra um atentado ao Direito objetivo independentemente de seu interesse pessoal. O sentimento egoísta de justiça, porém, harmonizar-se-ia muito melhor com o sentimento espontâneo de justiça.

E, ainda de acordo com Ihering, da mesma forma que existe a dor física, quando se está doente, existe também a dor moral quando se é vítima de uma violação deliberada ao Direito. Entretanto, nenhuma destas dores é a mesma para todos os indivíduos; cada indivíduo é capaz de senti-las de forma diversa – isto é exatamente a suscetibilidade. E esta suscetibilidade varia de acordo com “a classe social e a profissão, e mede a gravidade das violações do Direito apenas pelo padrão dos interesses da respectiva classe”¹⁴; em outros termos, pelas condições peculiares da profissão ou classe social.

E estas condições peculiares tanto podem aumentar como diminuir a suscetibilidade do sentimento de Justiça do ofendido, sentimento este que independeria de cultura, de educação, de riqueza ou pobreza. Este sentimento estaria acessível a todos. Em verdade, para Ihering, “quem nunca sentiu essa dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é Direito, mesmo que saiba de cor todo o *corpus juris*.”¹⁵

Neste ponto, necessária se faz uma relevante observação. Ihering afirma que “o sentimento de justiça costuma ser designado com toda razão como fonte psicológica primordial do direito e quando falta o sentimento, o conhecimento e a inteligência não podem substituí-lo”¹⁶. Tal assertiva possui uma profundidade tremenda, pois se percebe que para Ihering a Justiça (frise-se:

¹⁴ *Ob. cit.*, pg. 49.

¹⁵ *Ob. cit.*, pg. 55.

¹⁶ *Ob. cit.*, pg. 55.

Justiça como sentimento e não como valor) seria uma fonte (mesmo que psicológica) do Direito¹⁷. Assim, através da Justiça conseguiria-se obter o próprio Direito¹⁸.

Já no tocante à energia, Ihering afirma que se trata exclusivamente de “uma questão de caráter”¹⁹, deixando claro, contudo, que a forma da reação não determina de forma alguma a energia e a intensidade do sentimento de justiça. O grau de cultura²⁰, a riqueza e a pobreza também não interferem na energia, uma vez que para Ihering, ocorrendo uma violação a Direito, não está em jogo apenas o valor material do bem, mas, principalmente, o valor ideal do Direito e a intensidade subjetiva do sentimento de Justiça. Além disto, Ihering ainda assevera que o grau de resistência à agressão também independe da figura do agressor, mas depende diretamente da “energia moral com que a pessoa costuma afirmar-se”²¹.

Ihering faz ainda algumas divisões das justiças/injustiças. Primeiramente, existiria a injustiça cometida por um indivíduo — já analisada, e existiria a injustiça cometida por uma autoridade estatal, em especial pelos Magistrados. Neste tipo de injustiça, “o guardião da lei transforma-se em seu assassino. Seu ato equivale ao do médico que envenena o paciente, ao do tutor que estrangula o pupilo.”²²

Desta forma, sempre que o Magistrado é subornado ou age de má-fé em algum processo e com isto nega o Direito do indivíduo, o seu sentimento de justiça vê-se desamparado pela força que

¹⁷ Entenda-se aqui o Direito objetivo.

¹⁸ Aqui só resta a dúvida se este seria um direito justo ou não, mas por escapar ao fim ora pretendido, não se responderá este questionamento neste momento.

¹⁹ Não se deve entender o termo caráter como o usualmente utilizado de se limitar o caráter à bom ou mau, mas se deve entender caráter aqui como as características da personalidade.

²⁰ “Seria lamentável se não fosse assim, pois isso significaria que os indivíduos e os povos vão perdendo o sentimento de justiça à medida que adquirem maior cultura” (*Ob cit.*, pg. 56)

²¹ *Ob cit.*, pg. 75.

²² *Ob cit.*, pg. 70.

deveria abrigá-lo e ele busca a justiça com as próprias mãos para “atingir por seus próprios meios aquilo que lhe foi negado”²³, gerando, até mesmo, a violência e a vingança privada.

Mas isto, de certa forma, não ocorreria apenas no caso do Magistrado de má-fé, mas também no fato do sentimento de justiça da sociedade ou de determinada classe da sociedade não se harmonizar com as leis e as instituições estatais. A sociedade, então, insurge-se contra tal mediante certas manifestações paralelas que “podem ser consideradas sucedâneas ou acessórias das instituições estatais”²⁴, como, por exemplo, o duelo. E o problema surge, exatamente, quando “a lei as proíbe, mas não consegue reprimi-las, pois colocam o indivíduo diante de um conflito muito grave”²⁵.

Neste ponto, divide a justiça em justiça individual e justiça da nação. Seria, então, a justiça individual que nutriria e manteria a justiça da nação, da mesma forma que seria a justiça da nação que nutriria e manteria a justiça individual²⁶.

Postas estas premissas, e tentando-se analisar a idéia de Justiça em Ihering não como um sentimento, mas como um valor, poder-se-ia afirmar que a Justiça para Ihering é a virtude da reação. Assim sendo, quem reage é virtuoso, está agindo justamente e trata-se de pessoa justa, não só porque defende seus interesses e seu Direito subjetivo, como conseqüentemente defende a própria lei e o próprio Estado, em última análise. Quem não reage às agressões contra seu Direito seria, então injusto, não só com os outros, mas

²³ *Ob cit.*, pg. 71.

²⁴ *Ob cit.*, pg. 71.

²⁵ *Ob cit.*, pg. 71.

²⁶ Aqui retoma-se à lição de que aquele que luta contra uma ofensa ao seu direito subjetivo, também defende a ofensa contra o direito objetivo, de tal forma que não se pode esperar daquele que não reaja à agressões ao seu direito subjetivo que também reaja à agressões contra sua Nação, razão pela qual todo Estado deveria, até mesmo, estimular seus cidadãos a lutarem por seus direitos, pois quem assim o faz com certeza lutará pelos direitos do Estado.

consigo mesmo, pois nem sua própria personalidade defende, quem dirá defender o seu Estado.

Quem viola a lei, estaria, assim, sendo injusto e cometendo uma injustiça, mas quem não repele esta injustiça também estaria incorrendo numa mesma injustiça.

4. COMPARATIVO DA JUSTIÇA EM IHERING E OUTROS FILÓSOFOS

Difícil a tarefa de comparar visões diversas sobre um mesmo objeto. Note-se que não se trata de confrontar opiniões diversas, mas dentro de uma mesma visão do objeto. Por serem diversas, não se pode afirmar qual a correta. Não existem parâmetros para medi-las, até mesmo porque independentemente de ser um valor ou um sentimento, a Justiça é algo abstrato, que não possui critérios objetivos de mensuração e, como se verá, varia de indivíduo para indivíduo. De toda forma, como tal tema encontra-se proposto, tentar-se-á alcançar seu objetivo.

Necessário se faz explicar, ainda, que da mesma forma que Ihering não objetivou tratar acerca da Justiça, o mesmo também não chegou a criticar qualquer idéia de Justiça até então proferida, ou seja, não concordou ou discordou explicitamente de nenhuma delas. Portanto, todas as conclusões aqui expostas foram feitas a partir da mera interpretação da idéia de Justiça para Ihering.

Para Perelman “todas as revoluções, todas as guerras. Todas as revoltas sempre se fizeram em nome da Justiça”²⁷. Isto condiz com a visão de Ihering de que todos os Direitos obtidos derivaram de lutas intensas e sangrentas. O que os diferencia é que Ihering não coloca a Justiça como causa das lutas, mas sim os

²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pg. 08

Direitos subjetivos. Contudo, o que impele o indivíduo para a luta em Ihering seria, em última análise, o sentimento de Justiça (energia).

Sócrates e Platão, através de seus diálogos nunca conseguiram chegar à essência da Justiça, tanto que Sócrates confessa “que nada fiquei a saber com esta discussão. Desde que não sei o que é a justiça, menos ainda saberei se se dá o caso de ela ser uma virtude ou não, e se quem a possui é ou não feliz.”²⁸ Nota-se que em momento algum Ihering sequer tenta entrar no mérito desta questão, até mesmo porque trata a Justiça como um sentimento e não como um valor.

Do exposto por Platão, em *A República*, no entanto, observa-se que a idéia de justiça está sempre ligada à idéia de retribuição. *A República* começa e finda com o mito da retribuição no Além, o qual se transforma, assim, “numa moldura, reunindo e determinando tudo o mais que é dito ali sobre a justiça”²⁹.

Interessante notar que a idéia de justiça como retribuição (de Platão) e como reação (de Ihering) são um pouco parecidas. Considerando que com a reação se está retribuindo³⁰ uma ação realizada contra um indivíduo, pode-se concluir que a diferença entre ambas consiste no fato de que a reação seria a realizada pelo ofendido e que a retribuição seria a realizada no Além, ou pelos Deuses ou pela própria força da natureza, em face de uma ação provocada pelo indivíduo que a cometeu e independentemente do ofendido.

A tese inicial de onde Platão parte gira em torno da felicidade do homem. Desse modo, para ser feliz e virtuoso, o homem há de possuir conhecimento, porém, esse conhecimento

²⁸ PLATÃO. *A República*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (A obra-prima de cada autor), pg. 43.

²⁹ Kelsen, Hans. *A ilusão da Justiça*. Trad. de Sérgio Telleroni. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pg. 310.

³⁰ Não nos mesmos termos, mas através da luta para se obter justiça e punição.

tem que levar à Justiça. O Estado há de estar fundamentado na Justiça, pois só assim conseguirá ser harmonioso e fazer com que os homens sejam felizes.

Já para Ihering, o que não pode faltar ao homem é o sentimento de Justiça, independentemente do conhecimento, tanto que a cultura (entenda-se o conhecimento) não interfere na suscetibilidade do indivíduo. Nota-se, assim, que Platão faz uma abordagem diversa, pois para ele o homem não pode prescindir do conhecimento, mas desde que esse conhecimento leve à Justiça – devendo-se entender Justiça aqui como um valor, por não se saber, ainda, se quem possui o sentimento de Justiça agirá justamente³¹. De toda sorte, para ambos, a Justiça é algo indispensável para o homem.

A idéia de ambos também condiz quando apóiam o fato de que o Estado (justiça da nação) nutre e mantém o indivíduo (justiça individual).

Aristóteles inicia o Livro V da obra *Ética a Nicômacos*, afirmando qual é a concepção de justiça, segundo a opinião geral, à qual ele adota como base geral. A justiça seria, assim, “aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo”³². Encontra-se aqui um ponto de similitude, pois para Ihering a energia – que seria o segundo fator do sentimento de Justiça, é uma questão de caráter. Contudo, a energia é exatamente a determinação para reação, porém, levando-se em consideração que para Ihering ser justo era reagir, haveria como se afirmar que esta idéia geral de Aristóteles sobre a Justiça condiz com a idéia de Ihering, pois para este último, a Justiça também é uma questão de caráter que torna

³¹ Sobre esta problemática, vide ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor), pg. 116, que afirma que “agir injustamente não implica necessariamente ser injusto”, pois o que se busca não é apenas o que “é justo incondicionalmente, mas também a justiça política”.

³² *Ob cit.*, pg. 103.

as pessoas propensas a fazer e desejar (energia) o que é justo (reagir) ou injusto (não reagir).

No entanto, não se contentando apenas com esse conceito, Aristóteles intenta esmiuçar todos os elementos que compõem a Justiça. Esse filósofo concebeu dois significados clássicos de Justiça que se utiliza até os dias atuais: como sinônimo de legalidade e como sinônimo de igualdade. O primeiro conceito era idêntico ao dado por Sócrates, que afirmava ser o justo o que fosse conforme a lei, enquanto que o conceito de igualdade compunha tanto os conceitos da justiça distributiva quanto da justiça corretiva.

Afora estes significados, encontramos no livro *Ética a Nicômacos*, vários outros elementos que fazem parte do significado de Justiça e que não são redutíveis ao legal e ao igual, quais sejam: mérito, meio-termo, reciprocidade, proporcionalidade e equidade. O meio-termo é que interessará mais especificamente a este trabalho.

O meio-termo é a ação justa intermediária entre o agir injustamente e o ser tratado injustamente. Como se percebe, Aristóteles fala em ação justa equilibrada entre ambas as ações. Ihering, por sua vez, afirma que entre os preceitos “não pratiques injustiças” e “não tolere injustiças”, o mais importante e ao qual se deveria dar prioridade seria o preceito “não tolere injustiças”³³, em virtude de que “pela própria natureza do homem, este se sentirá

³³ Este pensamento de Ihering também é contrário aos pensamentos de Kant, de Hegel e de Hobbes, que acreditam que o homem deve primeiro não cometer injustiças. Kant ao escrever acerca da moralidade chegou à conclusão que a finalidade maior perseguida pelo homem é a felicidade e para alcançá-la, o homem deve agir conforme o imperativo categórico, que afirma: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor), pg. 40). O próprio Hobbes sintetiza todas as leis de natureza da seguinte forma: “faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti” (HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: [S.n.], 1983. (Os Pensadores), pg. 93). Hegel, por sua vez, afirma que o imperativo do direito é o seguinte: “se uma pessoa e respeita os outros como pessoas” (HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, pg. 56).

impedido na prática de uma injustiça antes pela certeza de uma resistência decidida da parte do titular do Direito que pela simples norma, pois esta, se deixarmos de lado o obstáculo oposto à infração, no fundo não terá outra força senão a do preceito moral³⁴. Não existe meio-termo para Ihering, como existe para Aristóteles por sua vez.

Aristóteles distingue, ainda, a Justiça em natural e legal. A primeira existe independentemente de os homens pensarem deste ou daquele modo e possui a mesma força em qualquer lugar. A Justiça legal, contrariamente, não é a mesma em todos os lugares; isso porque as leis são criadas por decisões humanas que são diferentes em cada lugar – Direito Positivo. Ihering trata apenas do sentimento de Justiça e, contrariamente ao conceito de Justiça natural dado por Aristóteles, dependeria dos homens pensarem deste ou daquele modo e, de forma alguma possui a mesma força em qualquer lugar, pois cada classe social, cada grupo de indivíduos pensa de forma diversa e reage com forças diversas a depender das condições peculiares e de como eles enxergam o Direito como condição moral de sua existência. Por todo o exposto, percebe-se que a Justiça legal de Aristóteles condiz mais com a idéia de Justiça em Ihering.

Em “O Leviatã”, Hobbes estabelece 14 leis da natureza, que têm na paz o meio de conservação da sociedade. Para Hobbes, o homem que cumpre tais leis é justo. Trata da Justiça mais especificadamente na terceira e quarta leis da natureza. A terceira lei afirma que os homens têm que cumprir os pactos que celebram. É nesta lei que reside “a fonte e a origem da Justiça”³⁵, pois romper

³⁴ *Ob. cit.*, pg. 61. Interessante notar, que para Ihering o que evitaria a infração não seria a norma, mas a certeza de uma resistência decidida da parte do titular. Dá-se como exemplo um ladrão que quer furtar uma casa, mas sabe que o proprietário do imóvel possui um cachorro e que seu vizinho não o possui e não oferecerá qualquer resistência; de acordo com o pensamento de Ihering, o ladrão não deixará de praticar o crime por causa da norma, contudo, optará por assaltar a casa vizinha que não oferece resistência.

³⁵ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: [S.n.], 1983. (Os Pensadores), pg. 86.

um pacto celebrado é injustiça, enquanto no contrário revela-se a Justiça. A quarta lei, por sua vez, dispõe que quem recebeu benefício de outro homem, por simples graça, esforça-se para que o doador não venha a ter motivo razoável para arrepender-se de sua boa vontade. O desrespeito a essa lei chama-se ingratidão e possui a mesma natureza que a existente entre a injustiça e a obrigação por contrato.

Diversamente de Hobbes, Ihering vê a paz como um fim do Direito e o meio de conservação da sociedade não é a paz, mas a luta por seus Direitos, pois se não fosse a luta pelos Direitos dos homens, não existiria o benefício da paz – “que só surge como produto de um esforço persistente e exaustivo”³⁶.

Hobbes pensa que “todos os homens concordam que a paz é uma boa coisa, e portanto que também são bons o caminho ou meios da paz, os quais (...) são a *justiça*, a *gratidão*, a *modéstia*, a *equidade*, a *misericórdia* e as restantes leis da natureza: quer dizer, as virtudes morais.”³⁷ Interessante notar que Hobbes coloca a Justiça como meio da paz, enquanto Ihering coloca a luta como meio da paz. Mas, de toda forma, a Justiça não deixa de ser um caminho para a paz em Ihering, só que em uma abordagem completamente diversa, vez que a luta é obtida através da violação a um Direito, que gera um sentimento de dor e que gera a energia para reagir à agressão e obter a paz – destarte, só luta quem possui um sentimento de justiça sadio (susceptibilidade e energia), ou seja, quem vivencia a injustiça.

Para Kelsen, a Justiça pela qual o mundo clama, a Justiça por excelência é a absoluta, que seria um ideal irracional e inatingível. Ter-se-ia, deste modo, de se satisfazer com uma justiça relativa. E essa justiça relativa é o Direito positivo, ou seja, a legalidade: “para

³⁶ *Ob cit.*, pg. 28.

³⁷ *Ob cit.*, pg. 94.

a esfera terrestre, apenas o direito positivo pode ser a concretização de uma justiça cuja expressão – ainda que insuficiente – é o *sum cuique*. [...] No nível mais profundo, a justiça faz-se legalidade.”³⁸.

Ihering afirma que o sentimento de justiça dos povos “não pulsa em consonância com as idéias abstratas do sistema”³⁹, levando a crer que efetivamente a justiça absoluta é inatingível, até mesmo porque nem a justiça relativa estaria sendo atingida – sendo considerada esta justiça relativa como o Direito positivo, assim como em Kelsen, pois para Ihering ocorreria injustiça (sentimento – dor) quando houvesse uma “agressão deliberada ao nosso direito”⁴⁰; exatamente ao *sum cuique*.

5. CONCLUSÃO

Se vista como um valor e não como um sentimento, poder-se-ia afirmar que a Justiça para Ihering é a virtude da reação. Assim sendo, quem reage é virtuoso, está agindo justamente e trata-se de pessoa justa, não só porque defende seus interesses e seu Direito subjetivo, como conseqüentemente defende a própria lei e o próprio Estado, em última análise. Quem não reage às agressões contra seu Direito seria injusto não só com os outros, mas consigo mesmo, pois nem sua própria personalidade defende, quem dirá defender o seu Estado.

Quem viola a lei estaria, assim, sendo injusto e cometendo uma injustiça, mas quem não repele esta injustiça também estaria incorrendo numa mesma injustiça.

Segundo Dworkin, “talvez não haja nenhuma formulação eficaz do conceito de justiça”⁴¹ e nota-se que mesmo após Ihering,

³⁸ *Ob cit.*, pg. 504/505.

³⁹ *Ob cit.*, pg. 45.

⁴⁰ *Ob cit.*, pg. 46.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pg. 92.

a pergunta “o que é Justiça?” e alguns dos seus conseqüências continua sem ter resposta unânime ou majoritária. Ihering, contudo, iluminou as mentes no sentido de que a Justiça é um sentimento e exatamente por ser sentimento é algo subjetivo e difícil de mensurar, pois varia de acordo com a suscetibilidade e a energia de cada indivíduo (e ainda de acordo com suas condições peculiares de vida⁴²). E precisamente por isso, Kelsen estava certo ao afirmar que a justiça absoluta é um ideal irracional e inatingível, pois difere de indivíduo para indivíduo; de grupos para grupos e de sociedades para sociedades.

A visão de Ihering, apesar de tudo, é demasiada interessante e *A luta pelo Direito* trata-se de leitura obrigatória para qualquer jurista.

6. BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor).

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural/ Brasiliense, 1984.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. (A obra-prima de cada autor).

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Kátia Lourenço de. *A luta pelo direito de Rudolph Ihering*. Disponível em «<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/>

⁴² “A reação do sentimento de justiça dos Estados e dos indivíduos torna-se mais violenta quando os mesmos se vejam diante de uma ameaça concreta às suas condições peculiares de vida”. Pg. 49

default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1555». Acesso em 25 nov. 2005.

HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

Hobbes, Thomas. *O leviatã*. São Paulo: [S.n.], 1983. (Os Pensadores).

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor).

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003. (A obra-prima de cada autor).

KELSEN, Hans. *A ilusão da Justiça*. Trad. de Sérgio Telleroni. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Shakespeare, Von Ihering e a interpretação do contrato*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889>>. Acesso em: 15 dez. 2005.

MARTINS, Humberto. *Poder Judiciário: Justiça e Cidadania*. Revista da ESMAL – ano II, nº 2. Maceió: ESMAL, 2003. Pg. 195

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *História do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução axiológica ao direito: apêndice à Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. *A República*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (A obra-prima de cada autor).

A ORGANIZAÇÃO DA UNIÃO EUROPÉIA E DE SUA ESTRUTURA JURÍDICO-INSTITUCIONAL

Laerte Meyer de Castro Alves¹

A evolução da integração europeia

A preocupação com a integração dos Estados europeus surgiu após a Primeira Guerra Mundial, com o manifesto pan-europeu, aprovado em Viena em 1924, com o objetivo de tentar criar uma aliança duradoura entre eles, mas ainda sem procedimentos definidos.

No ano de 1929, foi sugerida pelo primeiro-ministro francês Aristides Briand, a criação de uma “União Federal da Europa”. Todavia, com a grande depressão econômica que abalou o mundo nesse período, as nações européias desviaram suas atenções e esforços para os problemas econômicos internos, aumentando o protecionismo e o nacionalismo.

Em 1939 tem início a Segunda Guerra Mundial que, ao longo de cinco anos de luta e destruição intensa deixou a Europa arrasada. Este continente, que um dia já fora o centro cultural, político e econômico do mundo, teve o seu declínio no contexto mundial com as duas grandes guerras.

Logo, foi somente com o fim da Segunda Guerra Mundial que a Europa fez nascer um real ideal de integração. Ao mesmo tempo em que o caos completo estava instaurado, e que os povos ainda roíam ressentimentos, emergia também a consciência da

¹ Advogado e Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

necessidade de uma nova ordem européia, buscando dar aos cidadãos uma qualidade de vida mais digna, e aos Estados, uma maior integração e desenvolvimento no âmbito econômico e social.

A idéia de um outro conflito na Europa tornava-se insuportável. A busca pela paz, democracia e o crescimento econômico foram os principais motivos para a integração Européia. Joana Stelzer ressalta o interesse que a Europa tinha em alcançar a paz: *“Na busca pela paz, entre outras variáveis, é que a Europa comunitária encontrou suas mais profundas raízes e criou as condições possíveis de convivência pacífica e harmônica, além de restabelecer o necessário desenvolvimento econômico”*.²

Raoux e Terrenoire, lembram a respeito do pensamento de Jean Monet: *“Fazer a Europa é fazer a paz”, dizia Jean Monet, profundamente marcado pelo insucesso das tentativas de segurança coletiva conduzidas entre as duas guerras na base do equilíbrio precário das potências. Mas tropeçando nas reticências dos Estados em delegar a sua autoridade, os pais fundadores da Europa Comunitária [Robert Schuman e Jean Monnet] esforçaram-se para desencadear um processo: construir a Europa pedra a pedra e criar, progressivamente, uma solidariedade entre os Estados e entre os povos”*.³

Até 1951 a Europa passou pela fase de cooperação. Neste período erigiram organizações interestatais, que se caracterizavam pelo respeito à soberania nacional, vinculando somente as nações que ratificavam as decisões tomadas. Os principais tratados de cooperação ocorreram na esfera militar e econômica, dentre eles: o Tratado de Dunquerque (1947) assinado entre a França e a Inglaterra contra a possibilidade de uma eventual ameaça alemã; a OECE - Organização Européia de Cooperação Econômica (1948), criada para administrar os recursos provenientes do Plano Marshall que ajudou a

² STELZER, Joana. *União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2001, p. 21.

³ RAOUX, Alain e TERRENOIRE, Alain *apud* ACCIOLY, Elisabeth. *Mercosul e União Européia: Estrutura Jurídico-Institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 68.

promover a reconstrução do Velho Continente; a OTAN - Organização do Tratado do Atlântico Norte (1949), ratificado por diversos países do oeste europeu e os EUA, objetivando conter o expansionismo da URSS; e o Conselho da Europa (1949), onde os Estados reafirmavam seus princípios de democracia liberal, notadamente a liberdade individual, a liberdade política e a proeminência do direito”.

O marco inicial da integração entre os países europeus deu-se em 9 de maio de 1950, no salão do relógio do Quai d'Orsay, em Paris, onde o ministro das Relações Exteriores francês Robert Schuman, torna pública uma declaração que continha um plano preparado por Jean Monnet⁴, cujo objetivo consistia em pôr em comum o controle dos recursos da França e da Alemanha nos domínios do carvão e do aço, duas economias fortes de então, com o objetivo de lançar as bases de uma paz duradoura na Europa. Surge assim a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), através do Tratado de Paris, assinado em 18 de abril de 1951, com a adesão de França, Alemanha e Itália e os países do Benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo). Inserir politicamente e economicamente a Alemanha em uma sólida comunidade, fazia-se necessário para que ela não viesse a representar uma potencial ameaça para a paz européia. Jean Monnet defende a inserção da Alemanha na Comunidade: *“Na Europa, o risco ainda se chamava Alemanha, dessa vez não por sua iniciativa, mas pela das potências que a tratavam como um desafio, (...) os americanos vão procurar integrar a nova República Federal no sistema político e militar ocidental, e os russos tentarão impedi-los por todos os meios. A França verá seus complexos exacerbados. É em relação à Alemanha que se necessita criar o choque positivo”*⁵.

⁴ Jean Monnet foi um grande estadista e economista francês. Durante a Primeira Guerra Mundial ele foi o representante da França na Comissão Marítima Aliada. De 1919 à 1923 ele foi o primeiro secretário-geral da Liga das Nações. Em 1939 foi indicado para o Comitê Franco-Britânico de Coordenação Econômica. Em 1943 Monnet se tornou membro do Comitê Francês para a Libertação Nacional, servindo em Argel e Londres. Depois da guerra ele esteve envolvido com a implementação de seu plano para a recuperação econômica da França através de um aumento de produção sistemático. De 1952 à 1955 Monnet foi o presidente da CECA, que foi estabelecida de acordo com os planos que ele foi largamente responsável. Em 1955 Monnet fundou o Comitê de Ação para a União dos Estados Europeus, permanecendo no comando até 1975.

⁵ MONNET, Jean. *Memórias*. Trad. Ana Maria Falcão. Brasília: UNB, 1986, p. 257.

O carvão e o aço, por terem importância fundamental nessa época, foram motivos de grandes disputas entre os países europeus. Explorar e administrar estes recursos em comum foi de vital importância para manter a paz na Europa. Conforme Pereira Neto: *“Na realidade, não se tratava de construir um cartel e muito menos uma organização internacional de simples cooperação, incapaz de formar decisões. A ideia era mais ambiciosa, mais visionária e mais pragmática”*.⁶

Todavia, a ânsia de alargar a união setorial promovida pelo CECA, para toda a economia, cresce entre os seis países, e em 25 de março de 1957, na cidade de Roma, são assinados dois tratados distintos: Tratado Institutivo da Comunidade Européia (CEE), conhecido também como Tratado de Roma, cujo objetivo era a criação de uma política econômica comum que permitisse uma expansão contínua, uma estabilidade crescente e um aumento acelerado do nível de vida; e o Tratado Institutivo da Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEa ou EURATOM), que visa a promover a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, constatando-se aqui, o temor existente na época de uma possível Terceira Guerra Mundial.

De acordo com Rui Ramos, a nova unificação européia somente foi possível por meios jurídicos e democráticos: *“Ao contrário de outras tentativas de unificação do nosso continente, em que à força das armas coube a principal função, a presente forma de integração que na Europa se desenvolve desde os inícios da década de cinquenta começa por dever a sua criação ao direito, ou a um instrumento jurídico, uma vez que ela é o resultado da vontade livre dos Estados soberanos manifestada nos tratados que a instituíram”*.⁷

⁶ PEREIRA NETO, Mário. *Direito, política, economia das Comunidades Europeias*. São Paulo: Aduaneiras, 1994, p. 43.

⁷ RAMOS, Rui Manoel Moura *apud* ACCIOLY, Elisabeth. Op. cit., 1998, p. 131.

A existência simultânea de três tratados na Europa, fez com que nos seis países integrantes, operassem três comunidades distintas. A tendência era unir as Comunidades em relação às instituições do executivo, mas isto causaria divergências em alguns países que temiam uma unificação política. Mesmo assim, foi por força de uma conferência diplomática realizada em Bruxelas em 18 de abril de 1965, que passaram a funcionar as quatro instituições básicas das Comunidades Europeias: o Parlamento, a Corte de Justiça, o Conselho e a Comissão. Depois da criação da CEEA, da CEE e da CEEA, o Tratado que unificou as instituições pôde ser considerado a terceira etapa do processo de construção da União Européia.

Com o sucesso do projeto integracionista da CEE, outras nações se interessaram em ingressar nesta comunidade, até então compostas por seis membros. Logo, em 1972, aderem mais três membros: Dinamarca, Irlanda e Reino Unido. Se até aqui a CEE caminhava a passos largos com os seis associados, praticamente em igual nível de desenvolvimento, partindo do fim da Segunda Guerra Mundial, com a Alemanha destacada entre eles, com a entrada desses três países sente-se um desnivelamento, pois à exceção da Dinamarca, os outros países entravam com um nível econômico inferior. Acresce a esse problema a crise econômica mundial na década de 70 e 80, que trouxe um período de estagnação não só na Europa, como em todo mundo. Em 1982, a Grécia também se torna sócia da CEE. Posteriormente, no ano de 1986, Portugal e Espanha ingressam na Comunidade. A Europa então passa a caminhar a doze.

Em 1986, ocorre a primeira grande revisão do Tratado de Roma, através do Ato Único Europeu, relançando-se os objetivos iniciais da CEE. Para que fossem alcançados os tais objetivos, estabeleceu-se um sistema comunitário que suprimiu qualquer tipo de barreira política ou econômica entre os integrantes. A coordenação do funcionamento da CEE escorou-se na livre

circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, conhecidas como as quatro liberdades fundamentais.

A livre circulação de bens implica na abertura de fronteiras externas e no desmoronamento das barreiras alfandegárias, para que os produtos passem a circular livremente entre os Estados que fazem parte do processo integrativo, incidindo nesses produtos uma tarifa externa comum e uma política comercial comum. Na livre circulação de pessoas, qualquer cidadão que pertença a um dos Estados-membros pode circular nos demais com total liberdade, sem ser submetido a algum controle nas fronteiras internas. Já na livre prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento asseguram que todas as pessoas possam, além de circular livremente, optar por se estabelecer ou prestar serviços em qualquer um dos Estados-membros nas mesmas condições que os nacionais, sem qualquer discriminação referente à nacionalidade. E por último, a liberdade de comércio, de prestação de serviços e estabelecimento, ou a movimentação inerente ao mercado comum, pressupõe a livre circulação de capitais, necessária ao exercício dessas atividades.

Finalmente, foi em 7 de fevereiro de 1992, na cidade holandesa de Maastricht, que ocorreu a segunda maior revisão dos Tratados desde a criação das três comunidades. Foi assinado o Tratado da União Européia, que resultou dos avanços percebidos com o Ato Único e significou um novo grande passo no processo de integração. Deste modo, coexistem os três Tratados fundamentais (CECA, CEE e CEEA), de personalidades próprias e independentes entre si, e um quarto, compreendendo disposições comuns àqueles. Como resultado, alterou-se a denominação da Organização: de Comunidades Européias passou a ser chamada, simplesmente, União Européia.

O Tratado de Maastricht representou resumidamente o seguinte: uma moeda única em vigor (o Euro) a partir de janeiro de 1999; novos direitos para os cidadãos europeus, que passaram a

contar com uma verdadeira cidadania européia; mais poderes para o Parlamento Europeu; introdução de uma política externa comum; e alargamento das responsabilidades da UE, haja vista que novos domínios foram alcançados, tais como a política industrial e política social, e a educação, cultura, infra-estrutura dos transportes, dentre outros. José Pelouro Neves assegura que: *“...a negociação do Tratado de Maastricht visou vir ao encontro de duas ordens de preocupações: no plano político, responder aos desafios suscitados pela situação a Leste e pelas novas relações de força e riscos que dela decorriam; no domínio econômico, estabelecer mecanismos que reforçassem a posição da Europa como um dos pólos dominantes, assegurando a sua coesão, a estabilidade monetária e as vantagens do mercado único”*.⁸

O êxito desse processo de unificação se justifica com o interesse constante de países que buscam ingressar na UE. Prova disto que em 1995 passaram também a integra-la a Áustria, Suécia e Finlândia. Até a atualidade, portanto, a União Européia é formada por quinze nações.

Em 17 de Junho de 1997, foi assinado o Tratado de Amsterdã, que veio a complementar os ideais do Tratado de Maastricht, focalizando principalmente quatro grandes objetivos: fazer do emprego e dos direitos do cidadão o ponto crucial da União; suprimir os últimos entraves à livre circulação e reforçar a segurança; permitir que a Europa faça ouvir melhor a sua voz no mundo; e tornar mais eficaz a arquitetura institucional da União.

Destarte, hodiernamente, pode-se afirmar que os principais objetivos da União Européia são: a instituição de uma cidadania européia; a criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça; a promoção do progresso econômico e social; e a afirmação do papel da Europa no mundo.⁹

⁸ NEVES, José Pelouro das *apud* STELZER, Joana. Op cit., 2001, p. 39.

⁹ União Européia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/abc-pt.htm>>. Acesso em 09 abr. 2003.

Tendo criado um mercado único e uma União Económica e Monetária, a União Europeia está apostada em reconhecer aos seus cidadãos um acesso livre e equitativo à segurança e à justiça. As questões em causa incluem o direito de residência, a política de vistos, o controle das fronteiras externas, a cidadania europeia, os direitos fundamentais, a imigração, o asilo, a polícia, e a cooperação policial e aduaneira em matéria civil e penal.

A cidadania europeia tem por objetivo instituir uma cidadania comum aos nacionais dos seus países, como reforço da defesa de seus direitos e interesses. Nos arts. 8º-A a 8º-E do Tratado, é enunciado um certo número de direitos específicos do cidadão: votar e ser eleito no local onde vive nas eleições europeias e municipais, circular por onde quiser, permanecer onde desejar e beneficiar-se de proteção diplomática e consular onde quer que se encontre. Portanto, a intenção não é substituir as cidadanias nacionais, mas proporcionar um adicional aos cidadãos comunitários, além de reforçar o seu sentimento de pertencer à União.

A Política Externa e de Segurança Comum é de fundamental importância para proporcionar um reforço do papel da Europa no mundo e salvaguardar os seus interesses fundamentais. Esta política representou a adoção de posições comuns frente às questões internacionais sempre que se considerarem necessárias.

Um dos maiores desafios lançados em Maastricht, diz respeito à tentativa de alcançar uma coesão económica e social entre as regiões ricas e pobres da UE. Esse esforço foi necessário para que os países mais desfavorecidos - Espanha, Portugal, Grécia e Irlanda - pudessem participar da fase final da União Económica e Monetária.

O mais recente e um dos mais importantes estágios da fase integracionista é a União Económica e Monetária, que nasceu no Tratado da União Europeia, e cuja meta é a instituição de uma moeda única - o Euro, que é emitida por um Banco Central indepen-

dente. A necessidade de criação de uma moeda comum foi sentida, por empresários e governantes, a partir do final da década de 60, com o objetivo inicial de fazer frente ao dólar americano, à época muito forte na Europa.¹⁰

Para tanto, o TUE ditou critérios de convergências das economias aos Estados-membros, tendo estes, como condição prévia à integração monetária, de satisfazer alguns requisitos. Foi criado o Instituto Monetário Europeu, que antecedeu o BCE - Banco Central Europeu, que determinou a política macroeconômica do bloco e preparou a entrada da moeda comum, através de medidas como: o respeito pelos limites de flutuação do Sistema Monetário Europeu durante, pelo menos, dois anos; taxa de inflação não ultrapassando em mais de 1,5% a média das taxas dos três Estados-membros com melhores resultados nessa matéria; déficit orçamental inferior a 3% do Produto Interno Bruto; endividamento público inferior a 60% do PIB; e taxa de juro a longo prazo não superando em mais de 2% à dos três países com a mais baixa inflação.

Em 03 de maio de 1998, depois da análise do desempenho das economias, o Conselho Europeu anunciou a lista de países que estavam aptos a participar da União Monetária Européia, criando no mesmo ano o BCE. Em 1999 o Euro foi lançado oficialmente, e os países integrantes da União Monetária, passaram a emitir títulos da dívida pública em Euro. Até o ano de 2002 as moedas nacionais dos países eleitos conviveram juntamente com o Euro, que entrou efetivamente em circulação em janeiro de 2002. A partir de fevereiro de 2002, num dos mais importantes consensos já gerados na UE, o Euro passa a ser a única moeda em circulação em doze países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, e Portugal.¹¹

¹⁰ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. O Euro e o déficit de legitimidade. São Paulo: *Revista Consulex*, Ano VI - n° 124 - 15 mar. 2002. 1 CD-ROM.

¹¹ União Européia. Disponível em <http://europa.eu.int/abc/history/index_pt.htm>. Acesso em 09 abr. 2003.

A União Européia é uma organização que vem ampliando os seus domínios, chamando a atenção do mundo. É um atrativo cortejado por outros países da Europa, vários deles em fase de negociação e espera para entrar na União, no processo de "alargamento" que os dirigentes da UE preparam para o ano de 2004 através da ratificação do Tratado de Nice, realizada em 2000. Este tratado deu início à "Agenda 2000", um programa de ação da União Européia que tem como principais objetivos reforçar as políticas comunitárias e dotar a UE de um novo quadro financeiro, válido para o período de 2000 a 2006, já levando em conta a possibilidade de ampliação do número de Estados integrantes da organização. O acordo político elaborado durante a reunião do Conselho Europeu de Berlim, em março de 1999, refere-se especialmente aos seguintes objetivos: continuidade da reforma da política agrícola, em busca da competitividade entre os membros da UE, buscando a integração dos problemas relativos ao meio ambiente, a garantia de rendimentos equitativos aos agricultores, simplificação e descentralização da aplicação das regras legais; eficácia dos Fundos Estruturais e do Fundo de Coesão, através de maior concentração temática e geográfica das ações e melhoria de sua gestão; reforço da estratégia de pré-adesão dos países que se candidataram à integração a Organização, mediante a criação de mecanismos de pré-adesão destinados a auxiliar na criação e melhoria de infra-estrutura de transportes e proteção ao meio ambiente, assim como instrumentos que facilitarão a adaptação do setor agrícola e zonas rurais dos países candidatos; adoção de novo quadro financeiro para o período de 2000 a 2006, com maior disciplina orçamental, permitindo a UE enfrentar os principais desafios do novo século, em especial, a ampliação dos membros da Organização.

A ampliação dos membros da UE foi afirmada em 16 de abril de 2003 em Atenas, com a assinatura do Tratado de Adesão de mais dez países que estavam previstos no programa "Agenda 2000", e que deverão fazer parte da UE em 2004. São eles: Chipre,

Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Checa.

Diante do que foi observado, percebe-se que a União Européia apresenta um caráter progressivo, no qual ela tende a se expandir cada vez mais. Tal expansão ocorre de duas formas: verticalmente, através da transferência de competências dos Estados-membros à UE, como será analisado mais criteriosamente no segundo título do próximo capítulo, e horizontalmente por meio da adesão de novos membros. O Embaixador Dário de Castro Alves fala com brilhantismo sobre tal caráter: *“A UE tem uma dinâmica própria de crescimento vertical e horizontal. Horizontal no sentido de se estender à áreas distantes do centro de onde ela se formou. A UE começou com a grande união de seis países que ficam no coração da Europa, que são a Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, em 1951. Depois o grande salto foi em 1957 com o Tratado de Roma que criou a CEE, e finalmente o Tratado de Maastricht em 1993, que transformou a CEE, que era apenas um mercado comum, num processo de aprofundamento vertical, atravessando e cruzando numerosas camadas de interesses econômicos, sociais, jurídicos, penais e constitucionais no âmbito internacional Europeu. (...) a UE tem uma dinâmica imprevisivelmente ampla. Ela tende a se expandir. Pode ser para a Rússia, para o extremo leste, para o norte da África, e até transatlântico”*.¹²

Destarte, o caráter progressivo da União Européia advém do sucesso do processo de integração e dos ambiciosos anseios que tendem move-la à união total, sendo os três mais importantes: o progresso, a paz e a democracia. Diante da dinâmica progressiva e imprevisível da UE, fica extremamente difícil saber exatamente até quão longe ela chegará. O presidente da França, Jacques Chirac, chegou mesmo a defender *“a criação duma Constituição para a União Européia, sugerindo a união do seu país com a Alemanha para o surgimento de um grupo pioneiro para juntar-se aos países que desejam ir mais longe e*

¹² CASTRO ALVES, Dário. Em entrevista exclusiva realizada em 13 maio 2003.

mais rapidamente na construção de uma Europa unida".¹³ De pleno acordo, Dário de Castro Alves explica de forma semelhante: *"Em troca de uma união e integração completa, a UE superou de longe o projeto inicial, onde ela era apenas uma Comunidade comercial e econômica, com a derrubada de barreiras alfandegárias. Ela superou a fase meramente do mercado comum e entrou num processo integracional sem precedentes na história da humanidade. (...) o sucesso da empreitada européia se consegue em nome de três elementos fundamentais: progresso, paz e democracia. (...) é fundamental ter em mente que a UE envolve um compromisso de paz. Veja-se bem que os dois grandes antigos inimigos na Europa, que tradicionalmente entravam em guerra a cada 20 ou 30 anos, eram a Alemanha e a França. Estes dois grandes países, que são os maiores e mais influentes da UE, hoje são aliados e fazem parte de um 'quase diretório' que é um arranjo informal, onde mantém uma ligação especialíssima, como se verificou recentemente ao não apoiarem a guerra contra o Iraque"*.¹⁴

Os princípios fundamentais da União Européia

A União Européia é orientada por sete princípios fundamentais, que direcionam as suas ações e dão validade às suas normas. São estes princípios: o da igualdade, da solidariedade, do equilíbrio institucional, da uniformidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, e do primado do Direito Comunitário.

A partir do princípio da igualdade, assegura-se a livre circulação de pessoas, que se deslocam no interior da comunidade, lhes garantindo igualdade de tratamento. O artigo 6º do Tratado da União Européia dispõe que: *"No âmbito da aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade"*. Os artigos 48, 52, 60, 85 e 119 do TUE ressaltam a igualdade de tratamento face ao

¹³ BOSCO, Maria Goretti Dal. União Européia: a invenção de um novo Estado. São Paulo: Revista Consulex, Ano V - nº 115 - 31 Out. 2001. 1 CD-ROM.

¹⁴ CASTRO ALVES, Dário. Em entrevista exclusiva realizada em 13 maio 2003.

emprego, ao livre estabelecimento, à livre prestação de serviços, à livre concorrência, e à remuneração entre homens e mulheres. João Mota de Campos ensina que: *“Todos, sem qualquer discriminação, adquirem pelo simples facto de serem cidadãos de um Estado-membro movimentando-se ou agindo no quadro comunitário, um estatuto de inteira igualdade. Consequentemente qualquer tratamento de favor, qualquer privilégio que não encontre fundamento numa disposição do Direito Comunitário é contrário à ordem jurídica que rege a comunidade”*.¹⁵

O princípio da solidariedade implica na obrigação de um país respeitar a ordem jurídica comunitária na sua totalidade, ou seja, quando adere à Comunidade, o Estado adere a uma ordem jurídica completa e complexa, que passa a integrá-lo a partir do momento de sua adesão. Os Estados, ao tornarem-se membros, adquirem determinadas vantagens, em contrapartida deverão cumprir certas obrigações. O princípio da solidariedade está consubstanciado no artigo 5º do Tratado de Roma, *in verbis*: *“Os Estados-membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de atos das Instituições da Comunidade. Os Estados-membros facilitarão à Comunidade o cumprimento de sua missão. Os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos objetivos do presente Tratado.*

Conforme Campos *“nenhum Estado, participante na Comunidade, pode se beneficiar das vantagens conferidas aos seus membros, sem cumprir em relação aos seus parceiros as obrigações que o Tratado em contrapartida lhe impõe”*.¹⁶

O princípio do equilíbrio institucional garante o respeito pela repartição de poderes e competências no âmbito da Comunidade,

¹⁵ CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. Vol. II. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 172.

¹⁶ CAMPOS, João Mota de. *Op. cit.*, 1997, p. 174.

que não podem ser violados. Sobre tal princípio, Campos comenta que *"...está baseado na idéia de que a repartição das competências no quadro das Comunidades deve ser rigorosamente respeitada por cada Instituição e garantida pelo Tribunal de Justiça"*.¹⁷ O artigo E do TUE, prevê implicitamente: *"O Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça exercem suas atribuições e competências nas condições e de acordo com os objetivos previstos, por um lado, nas disposições dos Tratados e atos subsequentes que os alteraram ou complementaram e, por outro, nas demais disposições do presente Tratado"*.

O princípio da uniformidade depreende-se que o ordenamento jurídico da União Européia, ou o Direito Comunitário (assim chamado) deve ser aplicado equitativamente a todos os Estados-membros. A uniformidade somente será atingida se houver a aplicabilidade de um direito comum para toda a Comunidade. Esse princípio possui algumas características que lhe são peculiares, como: o primado do Direito Comunitário sobre o direito nacional, pois só pode haver uniformidade quando as normas de Direito Comunitário prevalecerem sobre as normas de direito nacional; e a aplicabilidade direta do direito, já que só há uniformidade se as normas produzirem efeito imediato na ordem jurídica dos Estados.

Como exemplo da efetivação do princípio da uniformidade, está previsto no artigo 177 do Tratado de Maastricht, que através do mecanismo da decisão prejudicial, o juiz nacional pode recorrer ao Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, quando tiver dúvidas quanto à aplicação do Direito Comunitário, o que garante a homogeneidade de interpretação e aplicação do Direito Comunitário.

O princípio da subsidiariedade prevê que fora dos limites de suas atribuições, a Comunidade poderá intervir nos Estados-membros, se e na medida em que os Estados não puderem realizar

de modo suficiente, determinada ação necessária para atingir alguma das metas do Tratado ou se essa ação puder ser realizada melhor a nível comunitário. Este princípio contribui para o respeito das identidades nacionais dos Estados-membros e constitui uma salvaguarda das respectivas competências. O seu objetivo consiste em que as decisões no âmbito da União Europeia sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos. Ele está mencionado no artigo 3º, B, do TUE: *“Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário”*.

O princípio da proporcionalidade, tem função essencial para limitar as ações fundamentadas no princípio da subsidiariedade, determinando que a União Europeia não poderá exceder o necessário para atingir os objetivos do Tratado. O princípio da proporcionalidade assegura que a União respeitará a identidade nacional, a história, a cultura e tradição de cada nação.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, definiu o princípio da proporcionalidade nos termos seguintes: *“A fim de determinar se uma disposição do direito comunitário está em conformidade com o princípio da proporcionalidade, é necessário determinar, em primeiro lugar, se os meios que emprega para alcançar o objectivo correspondem à importância desse objectivo e, em segundo lugar, se são necessários para sua realização”*.¹⁸

O princípio do primado trata da superioridade hierárquica do Direito Comunitário sobre qualquer norma nacional, seja ela anterior ou posterior, de natureza constitucional ou infraconstitucional. Isto quer dizer que os poderes públicos nacionais não têm força

¹⁸ Ac. de 23.02.1985, proc. nº 66/82, caso Fromançais, Col. p. 395 *apud* CAMPOS, João Mota de. Op. cit., 1997.

para produzir legislação incompatível com as disposições adotadas pelas instituições da Comunidade. Os Estados-membros não podem mais legislar e adotar medidas de execução em domínios no qual outorgou-se competência exclusiva às instâncias comunitárias. O primado do Direito Comunitário afirma-se em relação a todos os direitos nacionais, qualquer que seja o seu nível hierárquico.

O primado é um conceito oriundo de uma construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, conferindo ao Direito Comunitário a superioridade hierárquica necessária para ser respeitado pelos sujeitos comunitários. A primeira ocasião em que o TJCE teve oportunidade de se pronunciar a respeito da primazia do Direito Comunitário sobre as normas de direito interno foi em 15 de Julho de 1960, ao afirmar que o Direito Comunitário *"não poderia ser invalidado pelo direito interno, ainda que de nível constitucional, em vigor neste ou naquele Estado-membro"*.¹⁹

Realmente, se prevalecesse o direito doméstico, quase nada restaria do ordenamento comunitário, pois este poderia ser excluído por uma lei nacional qualquer e a UE nunca alcançaria os objetivos propostos.

Fausto de Quadros comenta a respeito da primazia do Direito Comunitário: *"Enquanto no direito internacional clássico, justamente porque ele resulta de uma construção societária, os factores de desagregação são superiores aos factores de agregação, exactamente devido ao predomínio da soberania estadual sobre os interesses comuns aos Estados. (...) Ao contrário, o direito comunitário, porque dá corpo à concepção comunitária, que exprime a superioridade da agregação sobre a desagregação, tem como característica intrínseca, para ser comunitário ou comum, a uniformidade da sua interpretação e da sua aplicação na ordem interna dos Estados membros"*.²⁰

¹⁹ Ac. de 15.07.1960, proc. n.º 36 a 38 e 40/59, caso *Comptoirs de Vente du charbon de la Ruhr*, Col. p. 857 *apud* CAMPOS, João Mota de. Op. cit., 1997.

²⁰ QUADROS, Fausto de *apud* ACCIOLY, Elisabeth. Op. cit., 1998, p. 141.

O primado do Direito Comunitário passa a ser uma verdadeira exigência existencial da ordem jurídica da União Européia. É ele, mais do que qualquer outro fator, que garante a hegemonia da Comunidade sobre os Estados-membros, através da imposição de coerção.

A estrutura orgânica da União Européia

A União Européia é formada basicamente por quatro instituições - a Comissão, o Conselho, o Parlamento e o Tribunal de Justiça - e diversos órgãos comunitários, tais como o Tribunal de Contas, o Comitê Econômico e Social, o Comitê das Regiões, o Banco Europeu de Investimento, e a Secretaria Administrativa da UE. Uma instituição distingue-se dos outros órgãos em virtude de poder tomar decisões obrigatórias para os Estados-membros, para as próprias instituições e para as pessoas físicas e jurídicas. Em muitas circunstâncias quem delibera não é mais o Estado. Este atributo, além de reforçar o bloco e estimular a integração, evidencia uma característica nunca verificada, nessa intensidade, em outras organizações internacionais. Jean Monet, a respeito da importância das instituições, afirma: *"A União não se pode basear unicamente na boa vontade, são necessárias regras... Os homens passam, outros virão substituir-nos. O que poderemos deixar-lhes não é nossa experiência pessoal, essa desaparecerá conosco; o que podemos deixar-lhes são as instituições. A vida das instituições é mais longa do que a dos homens, pelo que podem, se forem bem construídas, acumular e transmitir a sabedoria às sucessivas gerações"*.²¹

O Conselho (artigos 145 a 154 do Tratado da União Européia), que representa o que se conhece por instituição intergovernamental, é composto por representantes permanentes de cada Estado-membro, à nível ministerial, com poderes para vincular os governos de cada Estado. Assim, o Conselho Europeu reúne pelo menos

²¹ MONNET, Jean. Op. cit., 1986, p. 218.

duas vezes por ano os chefes de Estado e o presidente da Comissão da Comunidade Europeia, que são assistidos pelos ministros dos Negócios Estrangeiros e por um membro da Comissão.

As funções do Conselho são: dar à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento; exercer o poder de decisão e o poder legislativo; coordenar as políticas económicas gerais dos Estados-membros; conduzir as relações externas da Organização, concluindo os respectivos acordos; atribuir à Comissão, nos atos que adota, a competência de execução das normas que estabelece; entre outras.

O poder de decisão do Conselho, todavia, não é ilimitado, uma vez que há várias situações as quais ficam adstritas às deliberações da Comissão ou do Parlamento. Na tomada de decisões, o conselho delibera por maioria, e em alguns casos, como a admissão de um novo membro, decide por unanimidade. O voto de cada Estado-membro tem peso diferenciado, sendo considerados fatores como o PIB, a extensão do território e o número da população²². Conforme Mário Pereira Neto, *"O Conselho constitui realmente a instituição comunitária mais importante, pelo menos sob o perfil das atividades normativas, principalmente por ser a única a dispor de um poder decisional verdadeiro e próprio"*.²³

A Comissão (art. 155 a 163 do TUE) é um órgão técnico, mas de vital importância para o eficaz funcionamento da Comunidade. Ela é composta por vinte membros, chamados de Comissários Europeus, escolhidos em função de sua competência geral e que oferecem todas as garantias de independência. No cumprimento dos seus deveres, sempre procurando satisfazer o

²² Após o Tratado de Nice, assinado em 2000, no Conselho os votos da Alemanha, Inglaterra, França e Itália têm peso 29; enquanto os da Espanha têm 27; Holanda, Grécia, Bélgica e Portugal têm 12; Áustria e Suécia 10; Finlândia, Irlanda e Dinamarca 7; e Luxemburgo 4.

²³ PEREIRA NETO, Mário. Op. cit., 1994, p. 140.

interesse geral da Comunidade, esses membros não solicitarão nem aceitarão instruções de nenhum governo ou qualquer outra entidade. Os comissários decidem em favor da Comunidade Européia e não em favor dos interesses nacionais. A defesa destes cabe aos membros do Conselho.

Os principais objetivos da Comissão estão em garantir o respeito absoluto de todas as normas da Comunidade Européia e dos princípios que lhe são concernentes, como também o de elaborar propostas legislativas ao Conselho nos domínios abrangidos pelas políticas comunitárias. Somente ela pode apresentar propostas legislativas, e é considerada a fiscal da ordem jurídica. Desta forma, esta instituição promove uma certa estabilidade na União, pois cada Estado-membro terá certeza que os demais também cumprirão as obrigações impostas e que qualquer infração poderá acarretar num processo perante o Tribunal de Justiça. Logo, é dentro deste prisma, de guardião do ordenamento jurídico comunitário, que a Comissão exerce os direitos de recolher informações, aplicar sanções e ajuizar ações.

As outras competências que foram atribuídas à Comissão são: impulsionar a UE, pois ela está na origem de todas as ações comunitárias; vigiar o bom atendimento das normas comunitárias, por parte dos Estados-membros e das instituições comunitárias, tomando as atitudes necessárias sempre que verificar o seu incumprimento; representar os interesses comunitários, desenvolvendo negociações muitas vezes difíceis com o Conselho, em que deverá fazer prevalecer os interesses da União em detrimento das conveniências nacionais; atuar como órgão executivo, de forma limitada, devendo estabelecer os textos de aplicação ou de decisões tomadas pelo Conselho, gerir os fundos comunitários, assegurar a gestão das cláusulas de salvaguarda dos Tratados, negociar acordos externos e receber poderes delegados pelo Conselho para atuações de natureza legislativa e administrativa.

O Parlamento Europeu (artigos 137 a 144 do Tratado da União Européia) representa os povos das nações pertencentes à Comunidade Européia. É constituído por 626 deputados, chamados de Eurodeputados, eleitos por sufrágio universal direto, assim distribuídos: Bélgica, 25; Dinamarca, 16; Alemanha, 99; Grécia, 25; Espanha, 64; França, 87; Irlanda, 15; Itália, 87; Luxemburgo, 6; Holanda, 31; Portugal, 25; Reino Unido, 87; Áustria, 21; Finlândia, 16; Suécia, 22. Reúnem-se, normalmente, uma semana por mês, na cidade francesa de Estrasburgo, no Palácio da Europa. Os Eurodeputados são escolhidos pelos cidadãos comunitários, e por tal razão, passa esse órgão a exercer um papel vital no processo de garantia dos direitos e interesses dos cidadãos. Na definição de Jorge Alves, o Parlamento Europeu é considerado *"o espelho e a consciência da Europa, dado representar os povos dos Estados-membros reunidos na Comunidade"*.²⁴

Os poderes conferidos ao Parlamento são: financeiros, de emendar, rejeitar ou aprovar o projeto orçamental da UE, além de velar pela sua boa execução; legislativos, consubstanciados no processo de emissão de pareceres, incidindo basicamente sobre as atividades da Comissão e do Conselho. É uma instituição com presença marcante na condução das políticas comunitárias. O Tratado de Maastricht se preocupou em dar algumas novas atribuições ao Parlamento, conforme o artigo 138-B: *"O Parlamento Europeu pode, por maioria dos seus membros, solicitar à Comissão que submeta à sua apreciação todas as propostas adequadas sobre as questões que se lhe afigure requererem a elaboração de atos comunitários..."*.

Existe entre o Conselho e o Parlamento Europeu um processo de co-decisão, onde esse último, em conjunto com o primeiro, adota regulamentos, diretivas ou outros atos relativos a domínios importantes, antes somente da alçada do Conselho, tais

como a gestão do mercado interno, a livre circulação dos trabalhadores e a liberdade de estabelecimento, a cultura, a saúde pública, dentre outros. Conforme a matéria do assunto em pauta, as competências do Parlamento no processo de decisão podem ser a consulta facultativa, consulta obrigatória não vinculativa, consulta obrigatória vinculativa, e possibilidade de rejeitar posição comum do Conselho ou de rejeitar o texto confirmado pelo Conselho.

O Parlamento Europeu também tem a capacidade de constituir uma comissão de inquérito temporário para analisar alegações de infração ou má administração na aplicação do Direito Comunitário, assim como o direito de petição direta conferido aos cidadãos da União.

Com a formação da União Européia, foi criado um ordenamento jurídico autônomo, objetivando a regulação das relações entre os Estados-membros, as instituições da Comunidade, empresas e cidadãos. O Direito Comunitário é constituído pelo conjunto de normas provenientes dos Tratados e pelas disposições dos atos normativos originados das instituições comunitárias. Entretanto, para que esse Direito exista efetivamente e seja respeitado, é *sine qua non* o funcionamento de uma instituição que fizesse observar as normas comunitárias, inclusive no que tange à aplicação interpretativa uniforme por parte dos judiciários nacionais. Desta forma, surge o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, localizado em Luxemburgo, que tem por escopo assegurar o respeito do Direito na hermenêutica e aplicação do Tratado da União Européia. O TJCE é totalmente independente das demais instituições comunitárias, assim como dos governos nacionais.

A competência do TJCE é aplicar e interpretar somente o Direito Comunitário. Logo, não é hierarquicamente superior às supremas cortes nacionais, e tampouco funciona como mais uma instância para julgar, analisar ou reformar decisões proferidas pelos tribunais nacionais.

Atualmente o TJCE é composto por quinze juizes com o mandato de seis anos, presididos por um Presidente e assistidos por oito advogados-gerais. A função desses advogados-gerais é expor de forma imparcial, conclusões fundamentadas das causas submetidas à sua apreciação, acrescentando subsídios e levando aos autos todos os elementos indispensáveis para que os juizes possam bem julgar.

A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias pode ser dividida em judicial e consultiva. Na judicial, o TJCE interpreta e aplica o Direito Comunitário originário e derivado (a serem mais bem explicados no próximo título), controla a legalidade dos atos do Conselho e da Comissão, e julga as falhas dos Estados-membros relativamente ao cumprimento das obrigações do Direito Comunitário. Na competência consultiva, o Conselho, a Comissão ou qualquer Estado-membro pode obter previamente o parecer do TJCE sobre a compatibilidade de um projeto com as disposições do Tratado da União Europeia. A solicitação desse parecer não é obrigatória, mas caso seja solicitada, o parecer torna-se vinculativo.

Com o aumento do número de casos submetidos à apreciação do TJCE, o Conselho considerou necessária a instituição de um novo grau de jurisdição, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, em 1988. Esse novo Tribunal tem competência para apreciar qualquer caso em que um particular (pessoa natural ou jurídica) figura como demandante, não podendo conhecer processos apresentados por Estados-membros ou por instituições comunitárias. Das decisões do Tribunal de Primeira Instância, caberá recurso ao TJCE somente sobre as questões de direito, haja vista que a matéria de fato não será mais suscetível de revisão.

O ordenamento jurídico da União Europeia

O Direito Comunitário teve início na Comunidade Econômica Europeia, a partir da vigência do Tratado de Roma, em

1957. Todavia, para que tal direito fosse se incorporando à integração, foi necessário muita dedicação e um grande esforço político por parte dos juizes do Tribunal de Justiça da CE, além da aceitação da transferência de parte das soberanias dos Estados-membros, que se viram compelidos a acatar todas as normas emanadas dos órgãos comunitários, de forma igual e simultânea, pois se não ocorresse desta forma, o Direito Comunitário seria deficiente, podendo ser interpretado de maneiras diversas pelos países integrantes da União Européia.

Para que o Direito Comunitário venha a ser realmente eficaz, faz-se necessário a primazia da ordem jurídica comunitária sobre a ordem jurídica nacional. Se as normas comunitárias pudessem ser revogadas por uma lei nacional qualquer, estaria excluída a aplicação uniforme do Direito Comunitário nos diversos Estados-membros. Deste modo, o funcionamento da Comunidade seria posto em causa e a construção de uma Europa unida estaria comprometida. Logo, ao ingressarem na Comunidade Européia, os Estados aceitam o primado da ordem jurídica comunitária sobre os direitos nacionais. João Mota de Campos confirma: *“o primado da regra comunitária se manifesta em relação a todas as normas nacionais, quaisquer que elas sejam, anteriores ou posteriores, tornando portanto inaplicáveis de pleno direito todas as disposições nacionais existentes”*.²⁵

De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, Campos, ensina: *“Segundo o Tribunal das Comunidades, diversamente do que sucede com os tribunais internacionais ordinários, o Tratado CE institui uma ordem jurídica própria, integrada na ordem jurídica dos Estados-membros e que se impõe às suas jurisdições; com efeito, ao instituir uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de atribuições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de uma capacidade de representação internacional e, mais precisamente, de poderes*

²⁵ CAMPOS, João Mota de. Op. cit., 1997, p. 332.

*reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, embora em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de direito aplicável aos seus súbditos e a eles próprios”.*²⁶

Para se obter melhor compreensão do Direito Comunitário, deve-se inicialmente observar duas características. A primeira é a de que os tratados internacionais que instituíram a Comunidade Européia são instrumentos do Direito Internacional, não se confundindo com a Constituição dos Estados. Outrossim, esses tratados continuam subordinados à vontade comum dos Estados-membros quer quanto à sua modificação ou à sua ab-rogação. A segunda característica é concernente às suas normas, que não regulam unicamente a relação entre os Estados, como previsto no Direito Internacional Público, mas disciplinam também as relações entre as instituições comunitárias e entre os particulares (pessoas naturais ou jurídicas), devendo por conseguinte, integrar nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Portanto, a principal diferença entre o Direito Comunitário e o Direito Internacional Público está em seu ordenamento jurídico, com suas características pioneiras e ousadas, quais sejam: a autonomia, a aplicabilidade, o efeito direto, a primazia, e a uniformidade de interpretação e aplicação do Direito Comunitário. Assim, afirmar que o Direito Comunitário confunde-se com o Direito Internacional Público, trata-se de uma posição enfraquecida pelos próprios fatos do dia-a-dia, pois com base nesta idéia não consegue se explicar questões como: transferência de soberania, poder normativo do Direito Comunitário sobre os demais, adoção da regra de votação por maioria, consideração das pessoas naturais como sujeitos de direito, desenvolvimento das competências comunitárias com exclusão dos poderes nacionais que deixam de atuar nesses domínios e autonomia das instituições para legislar.

A problemática concernente ao relacionamento do Direito Internacional Público e os ordenamentos nacionais não é nova. No âmbito do DIP, não é possível falar em hierarquias de regras e nem em centralização de um poder que possa impor coerção às normas avençadas, pois como assinala Rezek *"não existe autoridade superior nem milícia permanente (...), a coordenação é o princípio que preside a convivência organizada de tantas soberanias"*,²⁷ afastando-se por completo, de qualquer espécie de poder normativo.

O magistrado Mestre Edson Câmara, em recente publicação na Revista Consulex, se refere à fragilidade do Direito Internacional Público, sustentando: *"...DIP é uma utopia, uma grande falácia e que não existe senão na cabeça de mestres sonhadores que nunca pararam para pensar que esse 'direito' não é Direito, eis que, mais que não determinador de sanções, é totalmente destituído de coercibilidade..."*.²⁸

O ordenamento jurídico da Comunidade Européia é composto pelo direito originário, que engloba o Tratado de Roma, o Ato Único Europeu, e o Tratado da União Européia; e pelo direito derivado, que abrange os regulamentos, as diretivas, decisões, recomendações e pareceres. Como traduz a própria nomenclatura, o direito originário é aquele que, através dos tratados, deu origem ao Direito Comunitário, enquanto que o direito derivado é aquele que foi criado e deriva dos tratados institutivos da União Européia.

Conforme visto, os Tratados Comunitários compõem o direito originário das Comunidades, e embasam a ordem jurídica comunitária, sendo obrigatórios para os Estados-membros e instituições comunitárias, em todos os seus elementos e disposições. É no direito originário que estão contidas as normas fundamentais relativas aos objetivos, organização e modo de funcionamento da

²⁷ REZEK, J. Francisco. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.

²⁸ CAMARA, Edson de Arruda. **Direito Internacional Público existe?** São Paulo: **Revista Consulex**, Ano VII - nº 150 - 15 abr. 2003, p. 24.

Comunidade. Campos sustenta que: *“Os tratados, fonte primária ou originária de direito comunitário, são convenções internacionais de tipo clássico, produto exclusivo da vontade soberana dos Estados contratantes, que foram concluídas na conformidade das regras do direito internacional e das respectivas normas constitucionais”*.²⁹ E o mesmo autor continua mais adiante: *“Mas como o próprio Tribunal Constitucional alemão reconheceu, na sua decisão de 18 de Outubro de 1967, esses tratados representam, de certo modo, a Constituição da Comunidade e portanto a base de toda a ordem jurídica comunitária”*.³⁰

Desta maneira, as fontes primárias representam os atos jurídicos instituidores da União Européia, ditando regras absolutamente novas e que não encontram fundamento em nenhuma disposição normativa anterior. Trata-se de um direito que serve de fundamento para os atos ulteriores adotados pelas instituições e órgãos comunitários. Através dos tratados, realizou-se uma submissão dos Estados à Comunidade Européia em determinadas matérias.

Todavia, apesar dos Tratados institutivos serem autênticos instrumentos do Direito Internacional Público, não servem para qualificar a União Européia de igual modo. Assim explica Charles Vallée: *“...mesmo que o direito comunitário proceda, na origem, de tratados internacionais, estes criaram uma ordem de subordinação das soberanias estatais ao interesse comunitário; além disso, a ordem jurídica comunitária procede igualmente do conjunto das normas que constituem o direito comunitário derivado, ‘legislação’ muito diferente das normas internacionais habituais...”*.³¹

Logo, é indubitável que se faz necessário a obediência dos Tratados Comunitários, já que foram os próprios Estados-membros que, exercendo o seu poder soberano, os ratificaram em conformidade com as regras de Direito Internacional clássico.

²⁹ CAMPOS, João Mota de. Op. cit., 1997, p. 21.

³⁰ CAMPOS, João Mota de. Op. cit., 1997, p. 21.

³¹ VALLÉE, Charles, *apud* STELZER, Joana. Op. cit., 2001, p. 99.

O direito derivado, por sua vez, é constituído pelo conjunto de disposições e atos emanados das instituições comunitárias, com vista ao cumprimento das metas traçadas nos Tratados institutivos. Para a produção do Direito Comunitário derivado, além das convenções internacionais, a UE utiliza-se sobretudo dos chamados atos unilaterais. Logo, por ser uma organização com poderes soberanos próprios, compreende-se facilmente que os atos unilaterais ou autoritários das instituições sejam amplamente empregados. A utilização de tais atos pelas instituições e órgãos da União Européia, decorre da extensão das tarefas consignadas nos Tratados.

Contido no direito derivado, o regulamento é a lei da Comunidade sendo obrigatório em todos os seus elementos, pois consiste num poder normativo perfeito que permite à Autoridade Comunitária impor por si só, a observância da totalidade das disposições desse ato. O regulamento tem aplicabilidade direta, ou seja, passam a compor a ordem jurídica dos Estados-membros imediatamente, uniformemente e automaticamente, uma vez publicados no Jornal Oficial da UE e decorrida a *vacatio legis*, independe de qualquer ato de recepção ou de publicação por parte destes. Desta forma, podem ser desde logo invocados pelos interessados, contra os Estados-membros ou particulares. O art. 189 do Tratado da Comunidade Económica Européia dispõe sobre o carácter geral e imediato do regulamento: "*O regulamento é um acto essencialmente normativo, obrigatório em todas as suas disposições, que enuncia regras gerais e abstractas, directamente integradas na ordem jurídica interna de todos os Estados-Membros, que aí automaticamente se substituem a quaisquer regras nacionais contrárias...*".

Os regulamentos são considerados os atos jurídicos mais importantes no sistema normativo comunitário. Com efeito, por intermédio destes diplomas legais, as instituições podem interferir eficazmente nas ordens nacionais, tendo em vista as suas três principais características: carácter geral, obrigatoriedade e aplicabilidade direta. Campos, em relação aos regulamentos, acrescenta: "...os regulamentos

comunitários são equiparáveis às leis nacionais. Tal como estas, o regulamento estabelece uma regra, impõe uma obrigação ou confere direitos a todos os que se incluem ou possam vir no futuro a incluir-se na categoria de destinatários que o regulamento define em abstracto e segundo critérios objectivos. (...) Conseqüentemente, o regulamento sem visar quem quer que seja individualmente, impõe-se a todos aqueles - Comunidades e suas instituições, Estados-membros e seus órgãos, indivíduos ou empresas sujeitos à jurisdição comunitária - que possam ser considerados como visados, no presente ou no futuro, pela estatuição normativa”³²

A diretiva, consoante o art. 189 do TCEE, vincula os Estados-membros destinatários quanto ao resultado a ser obtido, mas deixa aos governos nacionais a competência de decidir quanto às formas e aos meios. Isto tem por finalidade, a obtenção de uma harmonização das leis comunitárias, diferentemente do regulamento, que objetiva uniformiza-las. O Estado é então livre quanto à forma e aos meios de transpor a diretiva, só sendo obrigatória e vinculativa quanto ao resultado, significando que o Estado pode optar pela forma jurídica mais adequada à produção do resultado a atingir, bem quanto aos meios que melhor lhe aprouver. Em outras palavras, a função da diretiva é a de tornar obrigatório somente a produção de determinado resultado, tendo em vista que cada Estado-membro poderá dispor sobre a forma e o meio para atingir o objetivo. A “forma” são as técnicas legislativas, regulamentares ou administrativas de cada Estado-membro, ao passo que o “meio” significa quais as instituições suscetíveis de implementar o objetivo determinado na diretiva.

Outrossim, a diretiva não é um ato de alcance geral, pois obriga unicamente os destinatários que ela própria determina, que são exclusivamente os Estados-membros. Desta forma, entende Campos que *“mesmo que a directiva seja dirigida à todos os Estados nem*

por isso deixa de ser um acto de carácter individual: os seus destinatários são certos e determinados, sem poderem ser outros..."³³ Deste modo, excepcionalmente, quando uma diretiva é endereçada a todos os Estados-membros, tem-se a diretiva geral. As diretivas mais comuns e importantes, contudo, são as diretivas individuais ou particulares, que têm poder de vincular Estados específicos às suas determinações.

A diretiva tem efeito direto, mas não dispõe de aplicabilidade direta. Faz-se necessário a sua transposição para a ordem jurídica interna dos Estados, para que ela possa alcançar os particulares, criando os direitos e obrigações que os tribunais nacionais estariam habilitados a salvaguardar ou a impor. Uma diretiva somente poderá ser invocada diretamente, quando um Estado-membro não a transpuser para a ordem interna no prazo previsto, ou se vier a transpô-la de forma incorreta. Tal efeito direto, consiste na possibilidade dos cidadãos europeus invocarem em tribunais nacionais uma disposição dos tratados comunitários ou de um ato de direito derivado que não se beneficie de aplicabilidade direta. O efeito direto só pode ser reivindicado do particular para o Estado-membro e não a outro cidadão diretamente.

Para melhor compreensão, Joana Stelzer explica as razões da criação e da utilização das diretivas no Direito Comunitário: *"Nem sempre há necessidade de uma legislação uniformizada através dos regulamentos, pois em grande parte dos casos, os países possuem disparidades econômicas, políticas, normativas, etc, que precisam ser contornadas pela via da harmonização. A busca por um diploma jurídico que procurasse preservar estas diferenças fez surgir a diretiva e permitiu um progresso realista de entrosamento, notadamente, entre as instituições e os Estados-Membros frente ao surgimento da UE. Os autores comunitários - conscientes das profundas modificações possíveis nos ordenamentos nacionais com a aplicação dos Tratados - entenderam acertadamente que, em muitas situações, os Estados-*

³³ Id., *ibid.*, 1997, p. 122.

Membros estão muito mais capacitados a decidir pela melhor forma de conciliar as questões nacionais e comunitárias, haja vista o conhecimento da sua própria realidade”³⁴

A decisão, a teor do art. 189 do TCEE, é um ato obrigatório em todos seus elementos, que vincula apenas o destinatário individualmente, tanto o Estado-membro como o particular notificado, tendo por finalidade aplicar as regras dos Tratados a determinados casos particulares. As decisões dirigidas aos indivíduos ou empresas, resultam diretamente direitos e obrigações a favor de seus destinatários, o que determina a aplicabilidade direta na ordem interna, e também podem se destinar a um ou vários Estados-membros. Neste caso, desde que ela imponha ao Estado uma obrigação precisa e incondicional, poderá ser suscetível de produzir efeito direto nas relações entre os Estados-membros e os particulares. De acordo com isto, decidiu o TJCE: *“obrigação incondicional e suficientemente precisa para poder ser aplicada por si própria, tal decisão deve ser considerada como susceptível de produzir efeitos directos nas relações entre os Estados-Membros e os particulares (efeito vertical)”³⁵*

E por último, as recomendações e os pareceres são atos dirigidos entre as instituições comunitárias e os Estados-membros, de carácter não vinculativo, específico ou geral, que apenas sugerem aos destinatários um determinado comportamento, exprimindo-lhes pontos de vista sobre determinadas questões, com o intuito de prevenir possíveis sanções. Desta forma, não impõem uma obrigação, seja na ordem interna ou comunitária, mas têm um significado político e psicológico.

As recomendações e os pareceres são instrumentos que objetivam aproximar e adaptar as legislações nacionais ao Direito

³⁴ STELZER, Joana. Op. cit., 2001, p. 107.

³⁵ Ac. de 06.10.70, proc. n° 9/70, caso Franz Grad, Col. p. 825 *apud* CAMPOS, João Mota de. Op. cit., 1997.

Comunitário e aos interesses da União Européia, buscando superar as possíveis dificuldades no avanço da integração, respeitando as diferenças existentes na pluralidade dos países envolvidos.

Entretanto, pelo fato das recomendações e pareceres em regra, não serem vinculativos, não significa que sejam desprovidos de efeitos jurídicos. Nesse passo, os juizes nacionais levam em consideração seus ditames ao resolverem os litígios que lhes são enviados, mormente, quando facilitam a interpretação da matéria a ser apreciada ou quando buscam completar disposições comunitárias com caráter vinculativo. Quanto aos efeitos jurídicos, Campos compreende: *"...as recomendações não podem ser consideradas como desprovidas de qualquer efeito jurídico, os juizes nacionais deverão toma-las em consideração para resolver os litígios que lhe são submetidos, nomeadamente quando elas facilitem a interpretação das disposições nacionais adoptadas com a finalidade de assegurar a respectiva execução, ou ainda quando se destinam a completar disposições comunitárias com caráter vinculativo (...) o Tribunal comunitário se reserva a competência, sempre que tenha a oportunidade de a exercer, de verificar se sob a capa de um parecer da autoridade comunitária se não oculta um acto de caráter decisório para, se assim for, exercer plenamente o controlo de legalidade"*.³⁶

Importante, contudo, ressaltar as sensíveis diferenças entre a recomendação e o parecer: a primeira tem por função aconselhar um comportamento reclamado pelo interesse comunitário, apontando medidas e soluções sobre determinada matéria, enquanto que o segundo reflete a opinião de uma instituição relativamente a um assunto. O parecer ainda possui uma única exceção à regra do caráter não vinculativo, que ocorre quando o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias é consultado sobre a compatibilidade de um projeto de acordo internacional a ser firmado pela UE com

³⁶ CAMPOS, João Mota de. Op. cit., 1997, p. 148.

terceiros Estados ou organizações internacionais. Neste caso, se o parecer resultar negativo, então se torna vinculante em seus termos.

Sabe-se, em decorrência do que já foi abordado até o momento, que TJCE exerce um controle jurisdicional dotado de sanções suficientemente eficazes para levar adiante a empreitada européia. Porém, analisar de que maneira ocorre este controle jurisdicional é imprescindível para concluir a compreensão do Direito Comunitário. Trata-se do contencioso comunitário, que pode ser dividido em contencioso de interpretação, de plena jurisdição e de legalidade.

O primeiro engloba o Processo de Reenvio Prejudicial, via pelo qual o TJCE mais tem contribuído para o progresso do Direito Comunitário. Embora o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias seja, pela sua natureza, o guardião supremo da legalidade comunitária, não é a única jurisdição habilitada a aplicar o Direito Comunitário. Os tribunais de cada um dos Estados-membros são também órgãos jurisdicionais comunitários, na medida em que: permanece no âmbito das suas competências, a fiscalização da execução administrativa do Direito Comunitário, que é no essencial confiada aos órgãos da administração dos Estados-membros; e um grande número de disposições dos Tratados e do direito derivado criam diretamente direitos individuais em benefício dos nacionais, que os tribunais de cada Estado têm obrigação de garantir.

Assim, para assegurar a aplicação efetiva da legislação comunitária e evitar que as disparidades entre as normas de interpretação aplicáveis pelos diferentes tribunais nacionais levem a uma interpretação divergente do Direito Comunitário, os Tratados instituíram o processo de reenvio prejudicial que, sem criar vínculos hierárquicos, institucionalizou uma cooperação frutuosa entre o TJCE e os órgãos jurisdicionais nacionais. Assim, nos processos em que o Direito Comunitário esteja em causa, os juizes nacionais, em caso de dúvida sobre a interpretação ou a validade desse direito,

podem dirigir-se ao Tribunal de Justiça para lhe submeter questões no quadro de um reenvio prejudicial. Este sistema, cujas vantagens são largamente demonstradas pelo grande número de processos de reenvio prejudicial submetidos ao Tribunal de Justiça desde a sua criação, garante ao Direito Comunitário uma interpretação uniforme e uma aplicação homogênea em toda a Comunidade.

Este processo, ao assegurar uma cooperação permanente entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, demonstra, de maneira muito precisa, que os órgãos jurisdicionais nacionais garantem igualmente o Direito Comunitário. É também no âmbito do processo de reenvio prejudicial que qualquer cidadão europeu pode conseguir que sejam precisadas as regras comunitárias que lhe dizem respeito.

Com relação aos efeitos de um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça sobre um pedido de decisão prejudicial, o TJCE pronuncia-se quanto ao direito, o que significa que define qual é a situação do ponto de vista do Direito Comunitário. O órgão jurisdicional nacional destinatário da resposta deverá aplicar ao litígio que deve decidir o direito, tal como este foi interpretado pelo Tribunal de Justiça, sem o modificar nem deformar. Um acórdão do Tribunal de Justiça, que decida uma questão de interpretação, é também suscetível de guiar outros órgãos jurisdicionais aos quais seja submetido um problema substancialmente idêntico à questão que já foi objeto de uma decisão prejudicial.

No contencioso de plena jurisdição, aos juizes é conferida a plenitude dos seus poderes, incluindo-se a análise das impugnações pecuniárias impostas pela União Européia (art. 172 do TCEE); as ações de indenização com base na responsabilidade extracontratual da UE (arts. 176, 178 e 215 do TCEE); as ações dos funcionários e agentes contra a UE (art. 179 do TCEE); e as ações instauradas na Corte em virtude de uma cláusula compromissória (arts. 181 e 182 do TCEE). Assim ocorre porque o TJCE também tem

competência para controlar as sanções impostas ou a inobservância de procedimentos obrigatórios, anulando, confirmando ou reformando as cominações. Enfim, o contencioso de plena jurisdição funciona similarmente a qualquer sistema jurídico, onde se requer ao Juiz comunitário utilizar a totalidade dos seus poderes jurisdicionais em serviço do restabelecimento do direito.

A competência da legalidade corresponde à fiscalização que o TJCE exerce relativamente ao cumprimento das obrigações pelos Estados-membros, através da ação por incumprimento ou por violação do Tratado; e ao controle das instituições, por meio do recurso de anulação, exceção de ilegalidade e ação por omissão, de acordo com os procedimentos contidos nos arts. 169, 170 e 171 do TCEE.

Havendo violação da legalidade comunitária por algum Estado-membro, esta pode ocorrer numa ação ou omissão contrária ao Direito Comunitário. A fiscalização do cumprimento das obrigações dos Estados-membros se processa em duas fases. Na primeira, chamada pré-contenciosa, a Comissão, que tem o dever de fiscalizar o cumprimento dos Tratados e do direito derivado, recolhe elementos de prova da infração. Na sequência há uma notificação de incumprimento enviada pela Comissão, convidando o Estado-membro a apresentar explicações. Se após isto, a Comissão se convencer das alegações do Estado-membro, ou este venha a repor a legalidade, a Comissão suspende e arquiva o processo. Se ainda assim, o Estado-membro não responder ou prosseguir com a ilegalidade, entra-se na fase contenciosa.

A Comissão então pode demandar o Estado-membro infrator perante o TJCE, e o processo seguirá a tramitação normal de um processo comum até a sentença. Há ainda a possibilidade de serem requeridas e deferidas pela Corte, providências cautelares (art. 186 do TCEE), com o objetivo de não permitir determinadas consequências negativas em virtude do comportamento do Estado demandado.

A ação por incumprimento resulta, ao final, na verificação de existência ou não de violação ao Direito Comunitário. O TJCE entendendo que realmente houve violação, deverá condenar o Estado-membro réu ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária. Tal sanção, para facilitar o entendimento, é similar às astreintes aplicadas no Direito Civil. Este procedimento, está consubstanciado no art. 171 do TCEE *in verbis*: “1. Se o Tribunal de Justiça declarar verificado que um Estado-membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça. 2. Se a Comissão considerar que o Estado-membro em causa não tomou as referidas medidas, e após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações, formulará um parecer fundamentado especificando os pontos em que o Estado-membro não executou o acórdão do Tribunal de Justiça. Se o referido Estado-membro não tomar as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça dentro do prazo fixado pela Comissão, esta pode submeter o caso ao Tribunal de Justiça. Ao fazê-lo indicará o montante da quantia fixa ou progressiva correspondente à sanção pecuniária, a pagar pelo Estado-membro que considerar adequada às circunstâncias. Se o Tribunal de Justiça declarar verificado que o Estado-membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condena-lo ao pagamento de uma quantia fixa e progressiva correspondente a uma sanção pecuniária”.

Finalmente, o projeto inicial desde a ratificação dos tratados de cooperação, em 1957, foi o de estabelecer uma coesão entre os povos europeus, visando à preservação da paz, da democracia e o progresso econômico. Com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, ocorreu uma nova fase, com ambições bem maiores, como a de estabelecer uma moeda única, instituir uma cidadania europeia, e a criação de uma política externa e de segurança comum. A União Europeia é um exemplo único de uma comunidade de nações que estão subordinadas a um poder supranacional - um conjunto de instituições e um ordenamento jurídico complexo - criado para satisfazer os seus próprios anseios e necessidades.