

**A VIOLAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NO DIREITO
COMUNITÁRIO: OS LIMITES E ALCANCES DA “AÇÃO POR
INCUMPRIMENTO” CONTRA UM ESTADO-MEMBRO DA COMUNIDADE
EUROPÉIA**

Karine de Souza Silva*

Joana Stelzer**

Everton das Neves Gonçalves***

RESUMO

O eixo temático do presente artigo situa-se no processo de integração mais complexo existente na atualidade, a Comunidade Européia, vislumbrado sob a ótica do cumprimento do Direito Comunitário.

Através do método indutivo, são analisadas a estrutura e os limites da chamada “Ação por incumprimento”, estabelecida nos artigos 226 a 228 do Tratado da Comunidade Européia (TCE), cujo objetivo primordial é o de coibir o cometimento de violações do Direito Comunitário pelos Estados-membros da Comunidade Européia.

Parte-se do pressuposto segundo o qual o desrespeito ao ordenamento jurídico da Comunidade Européia implica uma ameaça à sobrevivência do ideal integracionista. Neste sentido, o Direito Comunitário oferece mecanismos processuais capazes de forçar os Estados-membros ao pronto restabelecimento da ordem legal. Uma das vias mais utilizadas para este fim é a chamada “Ação por incumprimento” cujo teor será objeto de análise do presente trabalho.

* Professora titular da “Cátedra Jean Monnet de Integração Européia” da União Européia. Doutora e Mestre em Direito (concentração em Relações Internacionais) / UFSC. Professora do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (linha de Pesquisa: Direito e Atividade Portuária) e da Graduação em Direito e Relações Internacionais (UNIVALI). Consultora *Ad hoc* do CNPq e do MEC.

** Doutora e Mestre em Direito, na área de Relações Internacionais (UFSC). Professora na graduação e na pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), atuando na linha de pesquisa “Direito e Atividade Portuária” (Grupo de Pesquisa: Comércio e Segurança Internacional).

*** Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), *Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires* (UBA), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Internacional Público e de Direito Econômico na Fundação Universidade Federal do Rio Grande/RS (FURG).

Especificamente, o artigo apresentará o conceito do descumprimento para o Direito Comunitário (DC), a legitimidade da Ação, suas fases, seus limites e as inovações contidas no artigo 228 do Tratado. Por fim, trará as considerações finais evidenciadas na pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE

COMUNIDADE EUROPEIA; DIREITO COMUNITÁRIO; AÇÃO POR INCUMPRIMENTO.

RESUMEN

El eje temático de este artículo situase en el proceso de integración más complejo existente en la actualidad, la Comunidad Europea, verificado bajo el enfoque del cumplimiento del Derecho Comunitario.

A través del método inductivo, se analizará la estructura y los límites de la Acción por incumplimiento, entablada en los artículos 226 a 228 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), cuyo objetivo primordial es restringir las violaciones del Derecho Comunitario cometidas por los Estados miembros de la Comunidad Europea.

Se parte del presupuesto según el cual el incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad implica una amenaza a la existencia del ideal integracionista. En ese sentido, el Derecho Comunitario ofrece un abanico de mecanismos procesales dirigidos a controlar la adecuación del comportamiento de los Estados miembros a la orden legal. Una de las vías más utilizadas para ese fin es la Acción por incumplimiento, cuyo contenido será objeto de análisis del presente trabajo.

Específicamente, se presentará el concepto de incumplimiento, la legitimidad de la acción, sus fases, los límites y las innovaciones del nuevo artículo 228 del Tratado. Por último, serán evidenciadas las consideraciones finales de la investigación.

PALABRAS-CLAVE

COMUNIDAD EUROPEA; DERECHO COMUNITARIO; ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

1. Introdução

A Comunidade Européia tornou-se realidade graças a uma engenhosa e articulada estrutura jurídico-política que lhe serve de sustentáculo.¹ A arquitetura jurídica constituída, basicamente, pelo Direito Comunitário e seu sistema jurisdicional, ganhou vida com o objetivo de regulamentar as relações travadas no âmbito da integração, superando os ambiciosos desafios emergentes – principalmente aqueles decorrentes de sua inserção nos ordenamentos jurídicos de seus Estados-membros – e com disposição de solucionar a *chuva ácida* de entraves que significa um processo dessa magnitude.

A integração supranacional demanda que a aplicação do Direito Comunitário seja fiel, uniforme e estendida a todos os Estados, sob pena de uma grave deformidade no conjunto do sistema. De fato, a Comunidade apenas poderá realizar sua missão, segundo o estabelecido no artigo 2º do seu Tratado fundacional, se os Estados-membros se dispuserem a satisfazer as obrigações derivadas dos Tratados e dos atos enunciados pelas Instituições.

Os textos legais compelem os países signatários a facilitarem à Comunidade o cumprimento de dessa missão. De modo que o próprio Direito Comunitário permite à organização internacional ativar mecanismos capazes de cessar os casos de inobservância ao Direito e forçar os Estados a restabelecerem a ordem legal, haja vista que a falta dessa faculdade ameaçaria a sobrevivência do ideal integracionista.

O caminho típico que pretende restaurar a legalidade comunitária é a chamada Ação por incumprimento², estabelecido nos artigos 226 a 228 do TCE, cujas nuances serão objeto do presente trabalho³.

¹ A crucial importância do aparato jurídico para a consolidação do processo integracionista europeu já foi apontado por Klaus-Dieter Borchardt como mecanismo essencial para a integração por ter conseguido “aquilo que, durante séculos, o sangue e as armas não conseguiram”. Ainda, segundo o autor esta corresponde “à novidade decisiva que distingue os intentos anteriores de lograr a unidade européia. Os meios utilizados não são a violência e a submissão, senão a força do Direito”. In: BORCHARDT, K. D. *El ABC del Derecho Comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000, p. 57.

² Ainda que não seja comum o uso do termo “incumprimento” no vocabulário brasileiro e nos dicionários de língua portuguesa existentes no Brasil, o termo encontra-se no *Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa*, sendo definido da seguinte forma: *falta de cumprimento*. Em Portugal é corrente sua utilização, figurando em vários dicionários existentes naquele país. Ainda assim, faz-se mister salientar que essa forma foi consagrada como tal em todos os documentos comunitários oficiais da língua portuguesa e na linguagem jurídica referente ao tema. Por isso, decidiu-se manter a mesma terminologia como sinônima da palavra “descumprimento”. Consultar: MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

2. Conceito de descumprimento

O conceito de descumprimento não se encontra claramente especificado nos Tratados. De modo que, qualquer tentativa de estabelecer uma definição deverá, necessariamente, reportar-se à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), em situado em Luxemburgo.

Mesmo assim, o que há nos distintos Acórdãos da Corte de Luxemburgo são algumas enunciações esparsas sobre as obrigações que vinculam os Estados-membros que, observadas atentamente, poderão permitir a visualização da concepção que o TJCE apresenta sobre o assunto.

A conceituação mais completa é datada de 1972, quando o advogado-geral Henri Mayras, em suas Conclusões a respeito do processo 39/72, observou que o descumprimento significa “tanto o fato de que um Estado-membro promulgue, ou mantenha uma legislação, ou uma normativa incompatível com o Tratado ou com o Direito Comunitário derivado, como a inexecução por parte do dito Estado – ou inclusive a execução incompleta ou tardia – das obrigações que lhe impõem as normas comunitárias, normas estas em cuja adoção, ademais, participou o referido Estado”.⁴

Inclui-se nessa lista de incompatibilidades, o dever de executar os Acórdãos do TJCE que, embora possuam caráter declaratório, vinculam o Estado-membro, obrigando-o a eliminar todas as incoerências apontadas na própria Sentença de Incumprimento e, inclusive, cessar as conseqüências dele derivadas, isto é, reparar os danos originados por tal comportamento.

Nesse percurso, a doutrina tem ensaiado reiteradas tentativas de apresentar uma definição do inadimplemento dos Estados no campo do Direito Comunitário. Nessa esteira, Palácio González adverte que o descumprimento significa “qualquer tipo de infração à normativa comunitária ou qualquer limitação ou obstáculo a sua plena

³ Um estudo mais aprofundado do tema encontra-se em: SILVA, Karine de Souza. *Direito da Comunidade Européia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

⁴ TJCE. Conclusiones del abogado general Sr. Henri Mayras presentadas el 11 de enero de 1973. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*. Asunto 39/72. Recopilación de Jurisprudencia 1973, p. 39. Uma definição interessante é a de Alfredo Calot Escobar para quem, o descumprimento significa “qualquer tipo de infração à normativa comunitária, originária de um texto normativo, de uma prática administrativa ou de uma resolução judicial”. CALOT ESCOBAR, A. *El Procedimiento por Infracción del Derecho Comunitario*. Vitória: Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, 1993, p. 158.

eficácia, produto, seja de um texto normativo, de uma prática administrativa ou da atuação do poder judicial”.⁵

De outro modo, pode-se afirmar que o descumprimento significa a não-satisfação, inteira ou parcial, por parte dos Estados-membros das obrigações, em caráter ampliado, que lhes são incumbidas em função da sua livre manifestação em aderir às Comunidades Europeias e, conseqüentemente, a inobservância ao Direito que inviabiliza o cumprimento da missão comunitária. Na seqüência, serão abordadas questões relacionadas à natureza da obrigação violada.

3. Natureza da Obrigação Violada

O Tratado da Comunidade Europeia, nos seus artigos 226 a 228, apenas dispõe acerca da infração de uma obrigação, sem tecer especificações a respeito de questões prévias, como, por exemplo, quais são as violações suscetíveis de ensejar esse procedimento, qual a natureza da violação, ou quais são as autoridades internas que podem ser imputadas pelo descumprimento. Diante desse vazio, o Tribunal de Justiça se encarregou de estabelecer, via jurisprudência, as condições e características desse mecanismo. Esses ensinamentos encontram-se dispersos em uma série de Acórdãos ditados durante décadas pelo Tribunal, mas que, em seu bojo, torna-se possível sistematizar uma noção doutrinária a respeito do tema.

Nessa perspectiva, o TJCE tem matizado algumas condições que, no seu entendimento, permitem definir as obrigações que, inobservadas, suscitam a imputabilidade do Estado-membro: a) deve tratar-se de uma obrigação preexistente, ou seja, anterior à abertura do procedimento;⁶ b) que seja definida e que o descumprimento seja suficientemente caracterizado;⁷ c) a concretização da infração independe da produção do efeito direto da disposição infringida, haja vista que todo e qualquer ato normativo do Direito Comunitário que não é diretamente aplicável é igualmente obrigatório para todos os países-signatários.

⁵ PALACIO GONZÁLEZ, J. *El Sistema Judicial Comunitario: Perspectiva Institucional, Reglas de Procedimiento y Vías de Recurso*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996, p. 204.

⁶ TJCE. Sentencia de 15 de julio de 1960. *Gobierno de la Republica Italiana contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*. Asunto 20/59. Recopilación-Selección 1954-1960, p. 353. Assim sentencia o TJCE: não se pode tratar de “uma obrigação criada pela decisão tomada sobre a base de referido artigo, senão de uma obrigação cuja existência é anterior à decisão”.

⁷ TJCE. Sentencia de 14 de diciembre de 1971. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*. Asunto 7/71. Recopilación-Selección 1971, p. 293.

A seguir, serão esclarecidos o objeto e a natureza ação.

4. Objeto e natureza do procedimento por incumprimento

O escopo primordial do procedimento⁸ em questão não é a imposição de sanção ou a proteção de interesses de particulares, e sim a conformidade com o Direito da Comunidade,⁹ ou seja “garantir a aplicação do Tratado”,¹⁰ já que esse comportamento pode ser atingido antes mesmo da propositura do recurso.

A ação por incumprimento ajuizado ante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é dotada de natureza tipicamente internacional, ainda que seu regime jurídico se distancie do Direito Internacional na tentativa de garantir o seu cumprimento no âmbito comunitário.

São duas as principais peculiaridades do referido mecanismo processual que demonstram o afastamento aos preceitos do DIP:

a) trata-se de um procedimento próprio, institucionalizado, criado com o objetivo de assegurar a execução das obrigações estatais, impedindo que o controle dessa aplicação permaneça unicamente em mãos dos Estados, confiando a uma instituição independente, a Comissão que “desempenha o papel de ministério fiscal europeu”,¹¹

b) a competência obrigatória e exclusiva do TJCE para declarar o descumprimento do Direito pelo Estado, obviamente o afasta da índole voluntária da jurisdição internacional;

Ainda assim, essa natureza internacional marcou a reforma do artigo 228 do TCE, cujo teor, segundo Jiménez Piernas, induz a idéia de que “o remédio comunitário mais natural e decisivo contra um descumprimento contumaz do ordenamento comunitário devesse ser a anulação do ato e a reparação dos danos aos particulares

⁸ No Direito Comunitário chama-se “procedimento” ao conjunto de atos estabelecidos pelos artigos 226 a 228 do TCE que englobam uma fase administrativa, pré-contenciosa, e outra jurisdicional, tipicamente caracterizada como ação.

⁹ A aplicação do artigo 228 e o conseqüente início do processo “constitui um dos meios com que a Comissão vela para que os Estados-membros apliquem as disposições do Tratado e as disposições adotadas pelas Instituições com base nele”. TJCE. Sentencia de 10 de mayo de 1995. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Republica Federal de Alemania*. Asunto C-422/92. Recopilación de Jurisprudencia 1995, p. I-1097.

¹⁰ Segundo o TJCE, “o objeto de tal recurso é garantir a aplicação do Tratado”. TJCE. Sentencia de 14 de diciembre de 1971. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*. Asunto 7/71. Recopilación-Selección 1971, p. 293.

¹¹ ISAAC, G. *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 329.

prejudicados, muito mais que a multa ou a sanção pecuniária que deixa subsistir – por exemplo – um ato ilegal”¹², praticados pelos legitimantes passivos da ação por incumprimento conforme será explicitado em seguida.

4.1 Legitimidade ativa e passiva

Por ser um procedimento destinado à resolução de conflitos de natureza internacional, é reduzido o número de entes que podem integrar os pólos ativo e passivo da demanda.

A legitimidade passiva corresponde sempre aos Estados, englobando o descumprimento proveniente de qualquer poder, ou seja, do executivo, legislativo ou judiciário. Concepção também estendida aos órgãos ou autoridades internas de âmbitos central, federal, local ou subestatais.¹³

A legitimidade ativa corresponderá à Comissão que a exercitará quando “considerar que um Estado-membro descumpriu uma das obrigações que lhe incumbe o presente Tratado”. A partir de então, a referida Instituição “emitirá um parecer motivado a respeito, depois de haver oferecido a dito Estado a possibilidade de apresentar suas considerações”.¹⁴

No Acórdão C-422/92, o Tribunal de Justiça justifica essa faculdade de início da Comissão, argumentando que ela é a Instituição encarregada de vigiar os Estados no tocante à aplicação das disposições impostas pelos Tratados e pelas demais Instituições comunitárias em virtude destes.¹⁵ Portanto, nessa tarefa, inclui-se a prerrogativa de demandar um membro comunitário que não atue em consonância com o exigido pela normativa supranacional.

O artigo 227 do TCE garante a mesma legitimação para qualquer Estado-membro demandar perante o Tribunal de Justiça, caso observe que algum par apresentou um comportamento disforme ao Direito da Comunidade.

¹² JIMÉNEZ PIERNAS, C. El Incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados Miembros Cuando Median Actos de Particulares: Una Aportación al Debate entre Derecho Comunitario y Derecho Internacional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 15-48, 2000.

¹³ TJCE. Sentencia de 22 de septiembre de 1988. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda*. Asunto 45/87. Recopilación de jurisprudencia 1988, p. 4929; CJCE. Arrêt de la Cour du 13 décembre 1991. *Commission des Communautés Européennes contre République Italienne*. Affaire C-33/90. Recueil de jurisprudence 1991, p. I-5987.

¹⁴ Cf. artigo 226 do TCE.

¹⁵ TJCE. Sentencia de 10 de mayo de 1995. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Republica Federal de Alemania*. Asunto C-422/92. Recopilación de Jurisprudencia 1995, p. I-1097.

Além da Comissão e Estados, detêm a legitimação ativa, ainda que em caráter excepcional, o Banco Central Europeu (BCE) e o Banco Europeu de Investimentos (BEI).¹⁶

4.2 Fases do procedimento

Segundo dispõe o artigo 226 do TCE o procedimento por incumprimento consiste em duas fases: a) a primeira, pré-contenciosa, dotada de caráter administrativo que pode ser inaugurada pela Comissão ou por um Estado. Trata-se de uma oportunidade para o inadimplente de “por um lado, de cumprir com as suas obrigações derivadas do Direito Comunitário e, de outro, de formular adequadamente as alegações que, em sua defesa, considere pertinentes ante as imputações da Comissão”.¹⁷ A fase extrajudicial pode ser inaugurada pela Comissão ou por um Estado-membro. A Comissão é a *maîtrise* do procedimento. Detém a tarefa de inspecionar todo o trajeto de aplicação dos Tratados no espaço comunitário e possui a faculdade de iniciar um procedimento por incumprimento. Ela está encarregada de receber, analisar e instruir as queixas, sem que isso implique alguma formalidade ou ônus para particulares ou Estados; b) fase jurisdicional, tipicamente chamada de recurso ou ação, que será interposta perante a jurisdição do TJCE, caso as partes não alcancem um acordo na etapa anterior e que se finaliza com a declaração da Sentença.

A não-observância ao parecer motivado significa o esgotamento de todos os mecanismos de solução consensual que oferece a via administrativa, facultando, desse modo, à Comissão ou a um Estado-membro a propor o recurso de incumprimento perante o Tribunal de Justiça de Luxemburgo.

Nesse momento, o procedimento ganha a faceta de ação propriamente dita. O objetivo primordial da segunda fase, a contenciosa ou jurisdicional, é convencer o TJCE a declarar judicialmente que o Estado-membro infringiu uma disposição de Direito Comunitário, ainda que os Estados possam buscar, paralelamente, mecanismos auto-compositivos para resolver a situação.

Normalmente, os países procuram se conformar à estrutura legal comunitária no prazo adequado, na tentativa de escapar da gama de pressões que implicam um processo

¹⁶ Na prática, são raros os casos em que o BCI e o BEI figuram como legitimantes ativos.

¹⁷ TJCE. Sentencia de 20 de marzo de 1997. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*. Asunto C-96/95. Recopilación de Jurisprudencia 1997, p. I-1653.

dessa natureza. Seja internamente, diante de seus cidadãos, seja externamente, diante de seus pares ou das Instituições comunitárias, não resulta em nada conveniente ser apontado como devedor de suas obrigações.

A Sentença de incumprimento delimita a fase jurisdicional, decretando o seu fim, e resolve o mérito do objeto em litígio. Os Estados deverão observá-la pois, conforme reza o artigo 228 do TCE “se o Tribunal de Justiça declarar que um Estado-membro descumpriu uma de suas obrigações que lhe incumbem em virtude do presente Tratado, esse Estado estará obrigado a adotar as medidas necessárias à execução do Acórdão do Tribunal de Justiça”. Caso não cumpram o teor do Acórdão, o Estado em questão poderá ser demandado pela segunda vez, como se verá adiante.

4.3. O Procedimento por Incumprimento do Artigo 228, §2º do TCE

O não-cumprimento na íntegra do Acórdão dá ensejo ao segundo procedimento que visa, sobretudo, à realização do teor da Sentença proferida pelo TJCE que constatou o nascimento de violação e a necessidade de adoção de medidas adequadas para eliminá-la, conforme preceitua o § 2º do artigo 228 do TCE¹⁸.

No passado, não existiam instrumentos que exigissem do Estado a execução do Acórdão. A sua obrigação se encerrava no dever imposto pelo antigo artigo 171 que induzia o cumprimento sem que houvesse incidência de algum tipo de sanção. O único remédio ficava por conta da Comissão que poderia demandar, novamente, o inadimplente, desta vez por inexecução de Sentença e não mais por infração ao Direito Comunitário.¹⁹

¹⁸ “§ 2º. 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 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 condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 227.”

¹⁹ A segunda demanda não estava prevista nos Tratados de Roma. Na década de 1960, o advogado-geral Sr. Lagrange, no processo 7/61 observava, diante do surgimento de casos de inexecução dos Acórdãos, que a solução plausível para o problema seria a possibilidade de incoar um novo procedimento, dessa vez, para declarar o descumprimento da Sentença do Tribunal e exigir sua execução. Tratava-se de uma via jurisprudencial aberta que foi consagrada no famoso caso das *Obras de artes* cujo

Embora, naquela época, houvesse registro de poucos casos dessa natureza, o inconveniente da situação estimulou a Conferência Intergovernamental que negociou o Tratado da União Europeia, a propor a inclusão de uma disposição capaz de compelir os Estados a efetivarem o Acórdão de incumprimento.²⁰ Então, foi promovida uma modificação no artigo 171 do TCE incluindo a possibilidade concreta de cominação de sanção, caso o Estado-membro afetado não tome as medidas que impliquem a execução da Sentença do Tribunal no prazo estabelecido pela Comissão que, diante desses supostos, poderá submeter o assunto ao Tribunal de Justiça, e indicará o importe que considere adequado às circunstâncias para efeitos de multa, devendo ser uma quantia fixa ou progressiva a ser paga pelo Estado-membro em questão.

Na verdade, essa possibilidade que modificou o antigo artigo 171 TCE (atual 228) foi oriunda da proposta inglesa que considerava absolutamente necessária a adoção de medidas de caráter punitivo contra os Estados recalcitrantes da não-satisfação de suas obrigações derivadas dos Tratados. Os ingleses apoiavam-se no argumento segundo o qual a discricionariedade na execução da Sentença no menor tempo possível e de forma completa estava ao alvedrio da boa-fé dos Estados, por isso poderia resultar uma realização incompleta do referido dever.

A fundamentação do novo artigo é proveniente do artigo 211 do Tratado que confere à Comissão a faculdade de zelar pela aplicação do direito na Comunidade. A esse respeito o entendimento do Tribunal era o seguinte: “corresponde à Comissão velar pela execução dos Acórdãos ditados pelo Tribunal de Justiça de maneira que, no

demandado era a República Italiana. A reforma de Maastrich aceitou a inclusão do segundo procedimento por incumprimento. Consultar: CJCE. Arrêt de la Cour du 19 décembre 1961. *Commission de la Communauté économique européenne contre République Italienne. Affaire 7/61. Recueil de jurisprudence 1961, p. 635*; TJCE. Sentencia de 13 de julio de 1972. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana. Asunto 48/71. Recopilación-Selección. 1972, p. 95.*

²⁰ Na verdade, essa idéia foi fruto do amadurecimento de reiteradas discussões ocorridas, sobretudo, no seio institucional. Ainda durante a Conferência Intergovernamental de 1991, o próprio Tribunal de Justiça propôs que a Comissão fosse facultada a demandar contra um Estado que descumprisse o teor do Acórdão. O Parlamento sugeriu, no Projeto de Tratado sobre a União Europeia de 1994, que o TJCE deveria ser competente para impor sanções aos Estados recalcitrantes, cuja regulamentação seria objeto de uma lei orgânica. Suscitou, no mesmo documento, a possibilidade de o Conselho Europeu, mediante proposta da Comissão ou do Parlamento, suspender determinados direitos dos Estados, em caso de grave e constante violação do Direito constatado pelo TJCE. Em 1990, o Parlamento reclamava a imposição de sanções contra Estados que não executassem os Acórdãos, dentre elas, a suspensão do direito de participar de alguns programas comunitários, cortes de benefícios, interrupção de recebimento de determinados fundos. A Comissão também advogou, em diversas ocasiões, a regulamentação de um sistema sancionador. In: BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. *El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2000, p. 134-5.

exercício deste poder, a Comissão possa interpor recursos sobre a base do artigo 169 (atual 226) do Tratado se considerar que o Estado não adotou as medidas necessárias para assegurar a execução de uma Sentença ou que medidas adotadas em seu caso a esses efeitos não estão condizentes com as obrigações que se derivam da mesma”.²¹

Nessa linha, com o surgimento do TUE que reformou o § 2º do artigo 171, foi estabelecido o seguinte texto:

“§ 2º. 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 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 condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 227.”

Como se pode observar, este parágrafo segundo preservou as mesmas fases clássicas do procedimento por incumprimento, permanecendo inalteradas o envio de requerimento, a emissão do parecer fundamentado e a demanda perante o Tribunal.

A iniciativa do procedimento se dará a qualquer tempo, desde que persista a inexecução. Ainda nesse caso, o parecer emitido pela Comissão estará atrelado aos supostos que levam ao convencimento da inexecução do Acórdão pelo Estado e estabelecerá prazos razoáveis para a efetivação das medidas pertinentes. Nesse sentido, percebe-se que, no novo procedimento o conteúdo do parecer deve ser mais preciso que o do primeiro procedimento.²²

²¹ CJCE. Ordonnance du 28 mars 1980. *Commission des Communautés Européennes contre République française*. Affaires jointes 24 et 97/80 R. Recueil de jurisprudence 1980, p. 1.319.

²² A margem de apreciação que dispõe a Comissão para apontar a existência do descumprimento é menos ampla no primeiro procedimento, pois, nesse caso, limita-se a constatar se o Estado adotou ou não as medidas necessárias para executar a Sentença. A atuação da Comissão está presidida pelos princípios da legalidade, no que se refere à abertura do procedimento e da oportunidade, com relação à incoação de

Do mesmo modo, a titularidade do pólo ativo corresponde à Comissão e aos Estados, ainda que o Tratado não explicita essa condição.²³ Essa afirmação decorre do último parágrafo do artigo 228 que, como visto, estabelece que o procedimento se estenderá sem prejuízo do disposto no artigo 227. Até porque seria incoerente que o Estado apenas guardasse interesse de agir restrito ao primeiro procedimento. Mas, obviamente, estes preferem não exercitar essa prerrogativa, pelos mesmos motivos que fundamentam sua abstenção quanto ao procedimento dos artigos 226 e 227.

A novidade do artigo 228 (antigo 171) reside na responsabilidade delegada à Comissão de apontar, fundamentalmente, quando inaugurada a etapa jurisdicional, o montante, para o efeito de multa, que considera apropriado para exigir do Estado o cumprimento do Acórdão.

Diferentemente do Acórdão declaratório dos artigos 226 e 227, o mecanismo do artigo 228 confere ao TJCE o poder de estabelecer uma quantia fixa ou progressiva a ser incidida a cargo do Estado até que este adote as medidas convenientes para a efetivação do primeiro Acórdão. Por isso, fala-se em contencioso de plena jurisdição que confere poderes coercitivos ao Tribunal de Justiça, assemelhando-o a um Tribunal federal.²⁴

Três anos após a entrada em vigor da nova disposição, a Comissão considerou pertinente pronunciar-se publicamente a respeito dos critérios que lhe inspiraria para fixação da quantia imposta para os Estados. Em 1996, expediu uma Comunicação interpretativa sobre a aplicação do artigo 171 do TCE,²⁵ que foi complementada em 1997 através da Comunicação sobre o método de cálculo da multa coercitiva prevista nessa mesma disposição normativa.²⁶

um novo recurso perante o TJCE. O primeiro princípio “não deixa à Comissão outra margem de ação que empreender, de forma sistemática, o procedimento pré-contencioso, dentro de um prazo razoável, em todos os casos de inexecução de uma Sentença por um Estado-membro.” In: DIEZ-HOCHLEITNER, J. La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros. *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 20, n. 3, p. 894, 1993.

²³ QUADROS, F.; MARTINS, A. M. G. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 214.

²⁴ QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 214-5.

²⁵ DOCE C 242, p. 6. 96/C/ 242/07 de 21.8.96. Nessa comunicação, a Comissão ressalta que, para manter a transparência do processo, julgou conveniente pronunciar-se publicamente a respeito da aplicação do artigo 228 e, conseqüentemente, sobre a eleição dos critérios pertinentes para indicação das sanções pecuniárias. Justifica que “tanto a escolha dos critérios como sua aplicação estarão determinados pela necessidade de garantir uma aplicação eficaz do Direito Comunitário”. Não obstante, ressalta que poderá apresentar o recurso ao TJCE e abster-se de solicitar a cominação da sanção quando as circunstâncias o justificarem. Nesses casos, deverá fundamentar sua decisão.

²⁶ DOCE C 63, p. 02. 97/C 63/02 de 28.2.97.

Os critérios para solicitação de sanção pecuniária estarão vinculados à gravidade da infração, sua duração e à necessidade de assegurar o efeito dissuasório da sanção para evitar a reincidência.²⁷ Ainda que considere todo o tipo de violação como grave, fixa dois parâmetros para os fins específicos de medi-la: a importância da norma infringida e a consequência da infração para os interesses gerais e particulares. A importância da norma não se vincula tanto à hierarquia como à sua natureza e alcance,²⁸ fato que, parece bastante sensato. Por outro lado, as infrações que afetem interesses gerais, ou seja ao funcionamento da Comunidade, são consideradas mais graves do que aquelas que afetam diretamente interesses de particulares e operadores econômicos.²⁹ A duração será computada desde o momento da notificação do Acórdão, desconsiderando o início da infração.

Para garantir a aplicação efetiva do Direito Comunitário, é necessária a cominação de uma multa dissuasória que evite a persistência da infração e a reincidência. De modo que “a imposição de uma multa simbólica privaria de toda utilidade deste instrumento complementar do procedimento de infração.”³⁰

A Comissão quando da adoção do método de cálculo para determinar a multa coercitiva³¹ argumentou que “as sanções devem ser previsíveis para os Estados-membros e calculadas segundo um método que respeite, ao mesmo tempo, o princípio da proporcionalidade e o princípio da igualdade de trato entre os Estados-membros”.³²

A multa constitui como um ingresso suplementar marginal ou atípico da Comunidade e se consubstanciará no importe “calculado por dia de demora, que sancione a não execução de um Acórdão do Tribunal começando a contar a referida

²⁷ DOCE C 242, p. 6. 96/C/ 242/07 de 21.8.96.

²⁸ “Assim, por exemplo, uma infração ao princípio de não-discriminação deverá ser considerada, sempre, muito grave, independentemente de que a infração seja devido à violação do princípio estabelecido pelo próprio Tratado ou do princípio estabelecido em um regulamento ou diretiva. De uma maneira geral, por exemplo, a vulneração dos direitos fundamentais e das quatro liberdades fundamentais consagradas pelo Tratado deveriam ser consideradas graves e ser objeto de uma sanção pecuniária que esteja em consonância com esta gravidade”. In: DOCE C 242, p. 6. 96/C/ 242/07 de 21.8.96.

²⁹ De modo que a falta de transposição de uma diretiva sobre reconhecimento mútuo de diplomas seria considerada mais grave do que, por exemplo, a falta de reconhecimento de um título profissional.

³⁰ DOCE C 242, p. 6. 96/C/ 242/07 de 21.8.96.

³¹ Sobre o método de cálculo, consultar: MARTÍNEZ LAGE, S. Los Incumplimientos del Derecho Comunitario se Pagan (1). *Gaceta Jurídica de la C. E.*, Madrid, n. 133, p. 1-3, 1998; MARTÍNEZ LAGE, S. Los Incumplimientos del Derecho Comunitario se Pagan (2). *Gaceta Jurídica de la C.E.* Madrid, n. 134, p. 1-3, 1998; SILVA DE LAPORTA, R. La Ejecución de las Sentencias de Incumplimiento por los Estados Miembros. *Noticias de la Unión Europea*, Valencia, n. 178, p. 77-81, 1995.

³² DOCE C 63, p. 02. 97/C 63/02 de 28.2.97.

multa coercitiva a partir do dia da comunicação da segunda Sentença do Tribunal ao Estado-membro implicado, até o momento em que ponha termo a infração”.³³

É fixada uma base uniforme que tem por fim sancionar a infração vinculando-a aos princípios da legalidade e de monopólio de jurisdição. Igualmente, sobrevive o poder discricionário da Comissão na aplicação dos coeficientes. Ademais, o montante deverá ser um valor razoável para que o Estado possa suportar, mas, ao mesmo tempo, deve ser suficientemente elevado para pressioná-lo a regularizar efetivamente sua situação. Levando em conta essas observações, aplica-se uma base uniforme, comum para todos os países e para todas as infrações, de 500 euros por dia. Entretanto, para que os efeitos da sanção sejam de fato dissuasórios, essa base será multiplicada por um fator (fator *n*) que será individual para cada Estado, determinada em função da sua capacidade de pagamento cuja aplicação considera o seu produto interno bruto (PIB) e a ponderação dos seus votos no Conselho.³⁴

³³ DOCE C 63, p. 02. 97/C 63/02 de 28.2.97.

³⁴ O *fator n* é igual a raiz quadrada do produto do coeficiente do PIB do Estado infrator, dividido pelo menor PIB entre os países comunitários, multiplicado pelo coeficiente do número de votos do Estado transgressor no Conselho e dividido pelo menor número de votos dentre todos os Estados-membros. Isso se traduz na seguinte fórmula:

$$\sqrt{\frac{\text{PIB } n}{\text{PIB min}} \times \frac{\text{Votos } n}{\text{Votos min}}}$$

PIB *n* = PIB do Estado-membro em questão, em milhões de euros.

PIB min = PIB menor dos países-membros.

Votos *n* = Número de votos de que dispõe cada Estado-membro no Conselho segundo a ponderação estabelecida pelo artigo 205 do TCE.

Votos min = menor número de votos dos Estados-membros.

Essa fórmula permite constatar que a Alemanha é o país que possui o *fator n* mais elevado, ou seja, 26,4, enquanto que Luxemburgo, o menor, 1. O *fator n* dos países é o seguinte:

Bélgica = 6,2

Dinamarca = 3,9

Alemanha = 26,4

Grécia = 4,1

Espanha = 11,4

França = 21,1

Irlanda = 2,4

Itália = 17,7

Luxemburgo = 1

Países Baixos = 7,6

Áustria = 5,1

Portugal = 3,9

Finlândia = 3,3

Suécia = 5,2

Reino Unido = 17,8

De modo que o mínimo de sanção diária da Alemanha será de 13.200 euros por dia; da França, 10.550; do Reino Unido, 8.900 e assim sucessivamente. E, no caso de uma sanção avaliada grave e de

Finalmente, para fixar o importe da multa diária, multiplica-se o resultado obtido pela aplicação dos coeficientes de gravidade,³⁵ de duração da infração³⁶ e da quantia fixa pelo *fator n*,³⁷ chegando-se à seguinte fórmula: $Md = (Tb \times Cg \times Cd) \times n$.³⁸

A opção pela quantia fixa ou progressiva vai depender dos objetivos que a Comissão pretende alcançar e não se sujeita à comprovação de dano sofrido quer pela Instituição, que por Estados ou particulares. A imposição de uma quantia fixa representa uma sanção de caráter punitivo, que além de castigar o Estado por haver adotado um comportamento ilícito, objetiva dissuadi-lo, como também a seus pares, da abstenção do cumprimento das Sentenças do Tribunal. Por outro lado, a condenação ao pagamento de uma quantia progressiva procura coagir o Estado a adotar, imediatamente, uma postura adequada, tomando as medidas cabíveis para finalizar a infração.³⁹

5. Considerações Finais

Com efeito, a integração supranacional demanda que a aplicação do Direito Comunitário seja em caráter fiel, uniforme e estendida a todos os Estados, sob pena de

duração considerável, ou seja, o máximo para Alemanha pode chegar a 791.293 euros e, para Luxemburgo, 30.000 euros de multa diária. Nesse sentido, consultar: DOCE C 63, p. 02. 97/C 63/02 de 28.2.97. Ver, também: MEDÍ, Rostane. *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes*. Journal du droit international, 2001, p. 609.

³⁵ Estará estipulado entre 1 e 20.

³⁶ O coeficiente multiplicador variava entre 1 e 3. Em 2001, a Comissão fixou o fator “duração” da infração (a partir do primeiro Acórdão do Tribunal) em 0,1 ponto por mês de atraso a partir do sétimo mês a contar do Acórdão, dentro dos limites fixados na sua Comunicação de 1997. Cf. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Decimonoveno informe anual sobre el control de la aplicación del derecho comunitario (2001)/COM/2002/0324 final, p. 15.

³⁷ A esse respeito, é acertada a opinião dos advogados-gerais Sr. Fennelly e Sr. Ruiz-Jarabo, para quem o critério “número de votos no Conselho” não deveria ser utilizado para calcular o *Fator n*. De acordo com o primeiro, o número de votos é “o resultado de um acordo político que, na prática, renegocia-se cada vez que se admitem novos Estados-membros na Comunidade e, atualmente, na União; [...] não há nada no Tratado que indique que essa determinação guarde relação com a capacidade dos Estados-membros para pagar o importe das multas coercitivas que lhes imponham”. Para o jurista, o PIB seria o único marco de referência para se calcular tal capacidade de pagamento. O outro advogado-geral assevera que lhe produz estranheza o fato de inserir o critério do “número de votos” para calcular a capacidade de pagamento do Estado infrator.

³⁸ Md = multa coercitiva diária.

Tb = quantia de fixa, de base.

Cg = coeficiente de gravidade.

Cd = coeficiente de duração.

n = fator obtido em função da capacidade de pagamento do Estado infrator.

Cf. DOCE C 63, p. 02. 97/C 63/02 de 28.2.97.

³⁹ Conforme Javier Diez-Hochleitner, “se a imposição do pagamento de uma quantia fixa constitui, como sanção pecuniária, uma medida punitiva que persegue um efeito dissuasivo, a multa coercitiva se configura, ao contrário, como uma medida destinada a assegurar o cumprimento da obrigação considerada – a execução do Acórdão – e, neste sentido, apresenta-se como uma medida acessória da obrigação principal. In: DIEZ-HOCHLEITNER, J. La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros. *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 20, n. 3, p. 856, 1993.

uma grave deformidade no conjunto do sistema. O atraso das autoridades nacionais no cumprimento de seus deveres compromete o avançar da marcha europeia, como modelo integracionista mais estruturado, existente no sistema internacional.

Parece claro que o novo regime jurídico do TUE traduziu-se em importante avanço. Entretanto, há de reconhecer que apresenta, ainda, alguns limites, importando uma gama variada de problemas que não conseguiram ser resolvidos até o momento, nem pela jurisprudência, muito menos pela doutrina.

O mecanismo traz importantes vantagens são para o esquema político-legal comunitário. Primeiro, pela busca de estabelecer um equilíbrio na relação entre os efeitos do descumprimento e a pena que o Estado infrator deve suportar por seu comportamento; segundo, porque translada à Comunidade a determinação da sanção, evitando que os Estados-membros pratiquem a retorsão, e realize a justiça por conta própria. Além disso, observa-se que a ameaça de uma sanção pecuniária incita a sua execução o quanto antes.

Não obstante, o esquema defronta-se com alguns limites decorrentes, principalmente, da voluntariedade de atuação dos Estados na Comunidade. Assim, a cominação de uma sanção que se funda no resgate voluntário do Direito não é o mais eficaz mecanismo de garantir a fiel aplicação do direito na Comunidade.

Referências

BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. *El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2000.

CALOT ESCOBAR, A. *El Procedimiento por Infracción del Derecho Comunitario*. Vitória: Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, 1993, p. 158.

CJCE. Arrêt de la Cour du 19 décembre 1961. *Commission de la Communauté économique européenne contre République Italienne*. Affaire 7/61. Recueil de jurisprudence 1961, p. 635.

CJCE. Arrêt de la Cour du 13 décembre 1991. *Commission des Communautés Européennes contre République Italienne*. Affaire C-33/90. Recueil de jurisprudence 1991, p. I-5987.

CJCE. Ordonnance du 28 mars 1980. *Commission des Communautés Européennes contre République française*. Affaires jointes 24 et 97/80 R. Recueil de jurisprudence 1980, p. 1.319.

COMISION EUROPEA. DIÁRIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. C 242, p. 6. 96/C/ 242/07 de 21.8.96

COMISION EUROPEA. DIÁRIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. C 63, p. 02. 97/C 63/02 de 28.2.97.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Decimonoveno informe anual sobre el control de la aplicación del derecho comunitario (2001)/COM/2002/0324 final, p. 15.

DIEZ-HOCHLEITNER, J. La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros. *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 20, n. 3, p. 894, 1993.

ISAAC, G. *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona: Ariel, 2000.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. El Incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados Miembros Cuando Median Actos de Particulares: Una Aportación al Debate entre Derecho Comunitario y Derecho Internacional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 15-48, 2000.

LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P. *Constitutional Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell, 2005.

MARTÍNEZ LAGE, S. Los Incumplimientos del Derecho Comunitario se Pagan (1). *Gaceta Jurídica de la C. E.*, Madrid, n. 133, p. 1-3, 1998.

MARTÍNEZ LAGE, S. Los Incumplimientos del Derecho Comunitario se Pagan (2). *Gaceta Jurídica de la C.E.* Madrid, n. 134, p. 1-3, 1998.

PALACIO GONZÁLEZ, J. *El Sistema Judicial Comunitario: Perspectiva Institucional, Reglas de Procedimiento y Vías de Recurso*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996.

QUADROS, F.; MARTINS, A. M. G. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Almedina, 2002.

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

SILVA DE LAPORTA, R. La Ejecución de las Sentencias de Incumplimiento por los Estados Miembros. *Noticias de la Unión Europea*, Valencia, n. 178, p. 77-81, 1995.

STELZER, Joana. *Mercado Europeu: direito e análise jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2004.

TJCE. Sentencia de 15 de julio de 1960. *Gobierno de la Republica Italiana contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*. Asunto 20/59. Recopilación-Selección 1954-1960, p. 353.

TJCE. Sentencia de 14 de diciembre de 1971. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*. Asunto 7/71. Recopilación-Selección 1971, p. 293.

TJCE. Sentencia de 13 de julio de 1972. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*. Asunto 48/71. Recopilación-Selección. 1972, p. 95.

TJCE. Conclusiones del abogado general Sr. Henri Mayras presentadas el 11 de enero de 1973. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*. Asunto 39/72. Recopilación de Jurisprudencia 1973, p. 39.

TJCE. Sentencia de 22 de septiembre de 1988. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda*. Asunto 45/87. Recopilación de jurisprudencia 1988, p. 4929.

TJCE. Sentencia de 10 de mayo de 1995. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Republica Federal de Alemania*. Asunto C-422/92. Recopilación de Jurisprudencia 1995, p. I-1097.

TJCE. Sentencia de 20 de marzo de 1997. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*. Asunto C-96/95. Recopilación de Jurisprudencia 1997, p. I-1653.