O Tribunal de Justiça e a possibilidade do controlo judicial das ameaças ao Estado de Direito Comentário ao Acórdão do TJUE de 5.11.2019, Comissão c. Polónia (C-192/18)

Inês Quadros

Professora Auxiliar, Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

SUMÁRIO

Introdução

A decisão do Tribunal

Conclusão

Introdução

1. Em novembro passado, o Tribunal de Justiça foi novamente protagonista de uma das controvérsias mais acesas da atualidade da União Europeia, ao proferir novo acórdão relativo às ameaças ao Estado de Direito na Polónia. A questão é conhecida: as reformas do sistema judicial que põem em causa a independência dos tribunais e a inamovibilidade dos juízes. O problema, que assume contornos políticos visíveis no relacionamento entre a União e o governo polaco, tendo desencadeado, como se sabe, o procedimento previsto no art. 7.º TUE, tem sido também objeto de vários processos judiciais, uns já finalizados, outros ainda pendentes no Tribunal de Justiça, decorrentes de ações por incumprimento ou de pedidos de decisão prejudicial submetidos pelos tribunais polacos¹.

No litígio em análise, discutia-se, em concreto, a alteração legislativa ocorrida na Polónia que criou novas regras relativas à aposentação dos magistrados judiciais, e da qual resultou:

- a) a previsão de idades diferentes de aposentação para homens e mulheres que desempenham funções de magistrados em tribunais comuns e no Supremo Tribunal (igualmente extensível aos magistrados do Ministério Público);
- b) a possibilidade de, por decisão do Ministro da Justiça, se autorizar o prolongamento da atividade a magistrados que tenham atingido a idade para aposentação.

Em face deste panorama, a Comissão Europeia iniciou em 2017 o processo por incumprimento (art. 258.º TFUE) contra a Polónia, tendo a fase administrativa culminado com a emissão de um parecer fundamentado e o convite ao governo polaco para tomar as medidas necessárias à reposição da legalidade. Em face da recusa do governo em proceder desse modo, a Comissão intentou no Tribunal de Justiça a ação por incumprimento, pedindo a este que declarasse que, ao adotar aquelas disposições, o governo polaco havia violado os princípios de não discriminação entre homens e mulheres no respeitante ao emprego

¹ V.g. o processo C-619/18, Acórdão de 24.06.2019, quanto a novas regras de aposentação dos magistrados do Supremo Tribunal polaco que se encontravam em exercício de funções; e o processo C-216/18 PPU, com Acórdão de 25.07.2018, que tinha por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo High Court da Irlanda, relativo à questão de saber se podia recusar a execução de um mandado de detenção europeu emitido pela Polónia com fundamento no risco de violação do direito a um processo equitativo «em razão de falhas sistémicas ou generalizadas no que respeita à independência do poder judicial naquele Estado». Pendente encontra-se, ainda, o processo C-791/19, intentado pela comissão em 25.10.2019, relativo à qualificação de infrações disciplinares cometidas por juízes dos tribunais comuns e à competência para a sua apreciação.

e à atividade profissional [previsto no art. 157.º TFUE e nos artigos 5.º, al. a), e 9.º, n.º 1, al. f), da diretiva 2006/54], e da tutela jurisdicional efetiva (constante dos arts. 19.º n.º 1 TUE e 47.º da Carta de Direitos Fundamentais).

Já na pendência da ação de incumprimento, a Polónia alterou as disposições controvertidas, eliminando a diferença entre homens e mulheres (passando os dois grupos a atingir a idade da reforma aos 65 anos) e atribuindo a competência para decisão sobre prolongamento de funções ao Conselho Nacional de Magistratura. Esse facto não representou, para o Tribunal de Justiça, motivo para rejeitar o conhecimento da ação com fundamento em perda de objeto. Com efeito, nos termos da sua jurisprudência constante, as alterações legislativas ocorridas na pendência de ações não obstam ao seu conhecimento, pois «a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro em causa tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado». Desse modo se garante a posição definitiva do Tribunal sobre a questão e se acautela o risco de as autoridades nacionais voltarem a reverter as alterações. Em termos mais gerais, o Advogado-geral fundou ainda a conveniência da decisão no facto de ela poder «[contribuir] para fazer doutrina sobre o princípio do Estado de direito no sistema jurídico da União e [fornecer] orientações sobre o que é necessário fazer para protegê-lo».

2. Fundamentando a sua ação, a Comissão argumentou que os regimes de pensões de reforma constituem «remunerações» e estão, por isso, abrangidos pelo art. 157.º TFUE e pela diretiva 2006/54, que garantem a igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos. Por outro lado, argumentou que o facto de a decisão sobre o prolongamento do exercício de funções caber ao Ministro da Justiça e não se encontrar devidamente enquadrada pela lei, investindo aquele de um poder discricionário suscetível de influenciar as decisões dos magistrados, constituía uma violação do art. 19.º n.º 1 TUE, lido à luz do art. 47.º da CDF.

A defesa apresentada pelo Estado polaco aludia à necessidade de considerar os regimes de pensão de reforma abrangidos antes pela diretiva 79/7/CEE relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, e que prevê a faculdade de os Estados-membros excluírem do seu âmbito de aplicação a fixação da idade da reforma. Adicionalmente, o Estado polaco afirmou a sua competência exclusiva para a organização do sistema judicial, procurando, subsidiariamente, convencer o Tribunal de que a lei controvertida enquadrava devidamente a decisão do Ministro da Justiça relativa à autorização de continuidade de funções dos magistrados judiciais.

A decisão do Tribunal

3. A decisão do Tribunal de Justiça incide essencialmente sobre três questões. A primeira delas², terminológica e de regime jurídico, respeita à natureza do sistema de pensões e, concretamente à questão de saber se as pensões podem ser consideradas «remuneração», para efeitos de aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres. A segunda parte da decisão, referente ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, é tratada pelo Tribunal em dois passos, abrindo por isso lugar para duas questões autonomizáveis e apresentadas como logicamente sequenciais: a questão de saber se as medidas respeitantes à competência do Ministro da Justiça para decisão acerca da manutenção dos juízes em funções pode ser apreciada à luz das regras dos Tratados e da Carta de Direitos Fundamentais³, e, por fim, concluindo pela positiva, a questão de saber se tais medidas violam efetivamente essas regras⁴.

4. A respeito da primeira questão, o Tribunal de Justiça esclareceu que, para que a regra da igualdade de tratamento a respeito da remuneração seja aplicável às prestações concedidas ao abrigo de um regime de pensões, é suficiente que tais prestações estejam relacionadas com o emprego que o interessado ocupava e com remuneração que auferia, sendo por isso o único critério o facto de as prestações serem devidas em resultado do trabalho que vinculava o trabalhador ao empregador⁵. Para este efeito, o Tribunal recordou a sua jurisprudência constante, nos termos da qual constitui indício de satisfação de tal critério o facto de as pensões em causa serem atribuídas por categoria de trabalhadores, estarem diretamente relacionadas com o tempo de serviço em causa e serem calculadas com base nos últimos vencimentos⁶. Sendo consideradas «remunerações», as regras relativas às pensões estão cobertas pelos arts. 157.º TFUE e pela diretiva 2006/54, não sendo admissível qualquer discriminação entre homens e mulheres.

5. Quanto à segunda parte da decisão, o Tribunal considerou, a título prévio, que, à luz do art. 19.º n.º 1 TUE, tem competência para controlar a compatibilidade das referidas regras relativas à aposentação e continuidade de funções dos magistrados com os princípios do Direito da União, já que os tribunais se

2 §§ 58-84.

3 §§ 98-107.

4 §§ 108-135.

5 § 59.

6 §§ 60-73.

inserir, enquanto órgãos jurisdicionais nacionais, no sistema polaco de vias de recurso nos domínios cobertos pelo direito da União⁷. De seguida, deteve-se na dimensão substancial do princípio da independência dos tribunais e da garantia da inamovibilidade dos juizes, tendo concluído que as alterações legislativas introduzidas pelo parlamento polaco foram os referidos princípios e, por isso, violam o art. 19.º TUE respeitante à tutela jurisdicional efetiva.

Comentário

6. A decisão do Tribunal a respeito da primeira e da terceira questões enunciadas (regime de pensões e violação do princípio da tutela jurisdicional por violação do princípio da independência judicial) não merece reparo.

Efetivamente, andou bem o Tribunal quando considerou abrangida pelo conceito de «remuneração» as pensões de reforma em causa, que são evidentemente destinadas a substituir a remuneração auferida pelo trabalhador durante o período de vida ativa e estão, por isso, diretamente relacionadas com a prestação de trabalho. Nesse sentido, não existe fundamento para prever um regime diferenciado entre trabalhadores masculinos e femininos.

Não merecem reparo, igualmente, as considerações tecidas pelo Tribunal a respeito da dimensão substantiva dos princípios do Estado de Direito e da inamovibilidade dos juizes, e do risco que as alterações legislativas polacas representam para estes princípios. Em concreto, o Tribunal fez referência à necessidade de as «condições materiais e modalidades processuais» que presidem à adoção de decisões judiciais serem concebidas de modo a excluir «não só qualquer influência direta, sob a forma de instruções, mas também as formas de influência mais indireta suscetíveis de orientar as decisões dos magistrados em causa» – exigências que não estavam preenchidas nas condições a que as medidas polacas sujeitam a eventual continuidade em funções dos magistrados: nos termos da lei polaca, a decisão do Ministro da Justiça não tem de ser fundamentada, não é suscetível de recurso judicial, assenta em critérios demasiado vagos e não verificáveis e não está sujeita a qualquer prazo.

7. É contudo, a respeito da segunda questão enunciada – sobre a possibilidade de controlo da legislação polaca à luz do Direito da União – que a decisão do Tribunal é verdadeiramente problemática.

7 Cfr. § 104.

7.1. Note-se que, embora o Tribunal tenha considerado esse ponto como prévio e prejudicial em relação apenas à terceira questão – respeitante ao poder de o Ministro da Justiça decidir sobre a continuidade das funções dos magistrados – em bom rigor ele também deveria ter sido considerado prévio em relação à primeira questão, a respeito da previsão de um regime diferenciado de aposentação para homens e mulheres. De facto, o Tribunal apreciou esta última exclusivamente à luz do parâmetro de controlo enunciado pela Comissão – a igualdade de remuneração entre homens e mulheres constante do art. 157.º TFUE e da diretiva que o implementa –, descuidando a questão de saber se estas disposições podem ser aplicadas fora dos domínios abrangidos pelo Direito da União. Ora, também aqui, o poder de controlo do Tribunal merece ser confrontado com o facto de as medidas nacionais se referirem a matéria – organização judicial e regimes de pensões dos juizes – reservada à competência estadual.

A razão para o Tribunal não ter feito alusão a esse facto pode, na verdade, encontrar-se na sua jurisprudência anterior. Efetivamente, desde há largos anos que o Tribunal atribui natureza transversal ao princípio de não discriminação a respeito das condições de trabalho. Já nos anos noventa, no caso *Tanja Kreil*⁸, o Tribunal se tinha deparado com a questão de saber se o princípio poderia ter aplicação no contexto da organização militar, área igualmente não transferida para a União. O Tribunal afirmou, então, que o carácter obrigatório e a aplicação uniforme do Direito da União impõem que as decisões tomadas em domínios de reserva estadual não escapem totalmente à aplicação deste ordenamento. Por isso, no mesmo acórdão o Tribunal considerou o princípio de não discriminação igualmente aplicável às relações de trabalho no setor público⁹.

Em resultado, tornou-se assente, para o Tribunal de Justiça, que o princípio de não discriminação entre homens e mulheres a respeito das condições de trabalho tem aplicação geral, impondo-se a todos os domínios de atuação estadual – incluindo, claro está, a organização judiciária e todos os aspetos referentes ao exercício de funções de magistrado.

7.2. Foi, portanto, exclusivamente a propósito do princípio da independência judicial que o Tribunal se debruçou sobre o fundamento normativo do seu controlo sobre a atuação estadual, já que não estava especificamente em causa, pelo menos em termos concretos, a aplicação do Direito da União.

A dúvida sobre a possibilidade de controlo era legítima. Na verdade, a aplicação do art. 47.º da CDF, que consagra o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, e por tribunais independentes, encontra-se limitada pelo art. 51.º, que esclarece

8 C-285/98, Ac. de 11.01.2000, *Tanja Kreil c. Alemanha*. ECLI:EU:C:2000:2.

9 §§ 15-18.

que a Carta só tem por destinatários os Estados quando apliquem Direito da União (n.º 1), enfatizando que a Carta «não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensível a competências que não sejam as da União» (n.º 2). Efetivamente, a aprovação da Carta não visou a expansão dos poderes de controlo dos órgãos da União sobre a atuação estadual, nem a transformação do Tribunal de Justiça numa jurisdição vocacionada para a defesa principal de direitos fundamentais. Confrontado com este obstáculo, o Tribunal de Justiça não teve outra opção que não fosse excluir da sua fundamentação o art. 47.º CDF.

O caminho alternativo passou, então, por se socorrer do art. 19.º TUE que, no seu entender, terá um âmbito de aplicação mais alargado do que a Carta de Direitos Fundamentais. Tal como havia afirmado no acórdão no caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*¹⁰, recordou agora que o art. 19.º «visa os domínios abrangidos pelo direito da União, independentemente da situação em que os Estados-Membros apliquem esse direito, na aceção do art. 51.º, n.º 1, da Carta»¹¹. Dito por outras palavras, o Tribunal considerou o art. 19.º como aplicável em qualquer situação coberta pelo âmbito material do Direito da União, solução expressamente excluída em relação à Carta de Direitos Fundamentais pelo art. 51.º.

Prosseguindo, o Tribunal tomou como suficiente para justificar a inclusão do litígio no âmbito material do ordenamento europeu, e assim avocar a possibilidade de controlo, o facto de «os tribunais comuns polacos pode[rem], nessa qualidade, ser chamados a pronunciar-se sobre questões relacionadas com a aplicação ou a interpretação do direito da União, e [...] se inser[ir]em, enquanto “órgãos jurisdicionais”, na aceção definida por esse direito, no sistema polaco de vias de recurso nos “domínios abrangidos pelo direito da União”». Dito por outras palavras, uma vez que os tribunais polacos também (mas não apenas) resolvem litígios de Direito da União, as regras que regem o seu funcionamento recaem no âmbito material do Direito da União e estão sujeitas ao seu crivo.

7.3. O advogado-geral Tanchev havia chegado ao mesmo resultado, embora empreendendo caminho diverso. Confrontando-se com a limitação do art. 51.º CDF, decidiu centrar a sua análise igualmente nas possibilidades abertas pelo art. 19.º TUE, que, no seu entender, constitui uma «manifestação concreta do respeito do Estado de direito nos termos do art. 2.º TUE»¹². Do conjunto destas disposições resulta a obrigação, que recai sobre a Comissão, de proteger os valores fundamentais da União, e esse dever não é obnubilado pelos limites inerentes à Carta, pois «os princípios gerais continuam a ser uma fonte

10 C-64/16, n.º 34.

11 § 101.

12 § 5 das conclusões, apresentadas em 20.06.2019.

de direitos fundamentais, não obstante o advento da Carta»; em concreto, o respeito pela independência judicial é determinado pela CEDH e pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros.

Daqui faz o advogado-geral derivar uma ligação (uma «passerelle constitucional») entre o art. 47.º CDF e o art. 19.º n.º 1 TUE, decorrente da sua relação com os princípios gerais de direito, «pelo que a jurisprudência elaborada sob a sua égide se entrecruza inevitavelmente»¹³. Todavia, para o advogado-geral, deve ser usada muita prudência na aplicação destes princípios nos casos em que um Estado-membro não esteja a aplicar o Direito da União. Com efeito, o advogado-geral reconhece que a decisão sobre violação dos direitos fundamentais é da competência dos tribunais constitucionais e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. De forma cristalina, recordou que «respeitar a fronteira entre as competências da União Europeia e as dos Estados-membros é tão importante numa ordem jurídica da União assente no Estado de direito como a proteção de direitos fundamentais»¹⁴.

E é justamente neste ponto que a posição do Tribunal se afastou da do advogado-geral.

De facto, o advogado-geral não se ocupou em *forçar* o enquadramento da questão no âmbito material do Direito da União a fim de cumprir formalmente a letra do art. 19.º n.º 1, 2.º parágrafo. Diferentemente, assumiu que o controlo judicial europeu extravasa o permitido pelo Tratado e, por isso, o recurso ao art. 19.º só pode ocorrer para combater «deficiências estruturais», «sistémicas ou generalizadas», nos casos em que – subentende-se – os mecanismos nacionais não são suficientes.

O critério da existência de «deficiências estruturais» no sistema judicial, proposto pelo advogado-geral, encontra ecos na jurisprudência e na atuação política dos órgãos europeus, como critério que permite desencadear um controlo sobre a atuação nacional em caso de lesão acentuada de direitos. Encontramo-lo por exemplo (numa dimensão horizontal) em acórdãos relativos à transferência de refugiados, nos quais o Tribunal afirma que os Estados-membros não devem «transferir um requerente de asilo para o “Estado-Membro responsável”, na aceção do Regulamento n.º 343/2003, quando não possam ignorar que as falhas sistémicas do procedimento de asilo e das condições de acolhimento dos requerentes de asilo nesse Estado-Membro constituem razões sérias e verosímeis de que o requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da Carta»¹⁵.

13 § 96.

14 § 114.

15 C-411/10, EU:C:2011:865, § 94.

7.4. De todo o modo, ambas as construções – do advogado-geral e do Tribunal – pecam por forçarem nos Tratados um resultado por eles não previsto. Seja, como faz o advogado-geral, permitindo um controlo de *fim de linha*, admitidamente fora dos «domínios abrangidos pelo direito da União», seja, como faz o Tribunal, esvaziando de sentido essa condição do art. 19.º, ao admitir, como suficiente para que ela se verifique, o facto de os tribunais nacionais *em geral e em abstrato* terem competência para aplicar o Direito da União.

7.5. Recorde-se que as limitações de âmbito inscritas no art. 51.º CDF e no art. 19.º n.º 1 têm um propósito claro: evitar que a natureza aberta e irradiante dos direitos fundamentais e a sua aptidão para permearem toda a ordem jurídica, conduza a uma expansão do Direito da União sem o controlo dos *masters of the Treaties*. A estratégia do Tribunal, de enquadrar no Direito da União áreas que lhe estavam primariamente subtraídas, através da infiltração de princípios que passam a permear toda a ordem jurídica, representa, como se sabe, a razão principal do *deslize de competências* da União, apontando para uma primazia substancial do Direito da União sobre os ordenamentos nacionais. De acordo com esta doutrina do enquadramento¹⁶, a influência do ordenamento europeu extravasa o núcleo estrito das matérias correspondentes às atribuições da União e à competência dos seus órgãos, estendendo-se potencialmente a todos os domínios. A jurisprudência do Tribunal constitui, assim, o *toque de Midas*, que transforma em *europæus* todos os domínios em que roça¹⁷.

Conclusão

As reformas em curso na Polónia são evidentemente motivo de inquietação para a União, sobretudo porque aliadas a um movimento de euroceticismo que torna justificados os receios de que a aplicação do Direito da União fique fragilizada. Simplesmente, não é claro que, no estado atual de evolução do Direito da União, seja possível proceder ao controlo judicial dessas reformas a título principal, isto é, quando está ausente a relação com um domínio material europeu. De facto, os Estados incluíram nas disposições fundamentais da União cláusulas que visam preservar a sua autonomia em matérias não transferidas – é

16 K. LENAERTS, «L'Encadrement par le Droit de l'Union Européenne des compétences des États Membres», in *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 421-442.

17 I. QUADROS, «Cidadania europeia e domínio reservado dos Estados – o Rei Midas no Tribunal de Justiça», in S. Pais (coord.), *EU Citizenship – Challenges and Opportunities / Cidadania Europeia – desafios e oportunidades*, Porto, Universidade Católica Editora, 2015, p. 243.

justamente esta a função do segundo parágrafo do n.º 1 do art. 19.º TUE e do art. 51.º CDF que devem, por conseguinte, ser lidas em consonância.

Assim, e por princípio, o controlo deve ser feito pelo próprio Estado, por meio das suas estruturas jurídicas (*maxime*, constitucionais) e políticas. Num segundo momento, e sempre que aqueles mecanismos nacionais se revelem insuficientes, o art. 7.º TUE prevê um mecanismo de controlo político.

Aliás, é curioso notar como a própria posição da Comissão foi evoluindo neste domínio. Em 2014, numa comunicação dirigida ao Parlamento e ao Conselho e intitulada «Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito», ela justificava a proposta de adoção de um sistema de diálogo que visava o aperfeiçoamento do art. 7.º, afirmando que «as medidas tomadas pela Comissão para lançar procedimentos de infração, com base no artigo 258.º do TFUE, têm demonstrado ser um instrumento importante para dirimir certas preocupações em matéria de Estado de direito. Mas os procedimentos de infração só podem ser lançados pela Comissão quando essas preocupações constituem, simultaneamente, uma infração a uma disposição específica do direito da União Europeia». Daqui retirava a Comissão a necessidade de prever um «novo quadro» para responder às ameaças ao Estado de Direito que assumam uma natureza sistémica, lançando um «diálogo estruturado» com o Estado em causa.

É possível que a passagem do tempo e a evolução dos acontecimentos tenham contribuído para o esmorecimento da expectativa então posta pela Comissão no diálogo com o Estado polaco. Não é certo, todavia, que a fratura aberta se possa fazer sarar por meio da litigância no Tribunal de Justiça. E sobretudo não é de menosprezar o efeito provocador que a decisão em análise representa para um Estado assumidamente crítico da força expansiva do Direito da União.