



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
EVGENI TANCHEV
apresentadas em 17 de dezembro de 2020¹

Processo C-824/18

**A.B.,
C.D.,
E.F.,
G.H.,
I.J.**

contra

**Krajowa Rada Sądownictwa,
sendo intervenientes: Rzecznik Praw Obywatelskich,
Prokurator Generalny**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo, Polónia)]

«Reenvio prejudicial — Artigos 2.º, 4.º, n.º 3, e 19.º, n.º 1, TUE — Artigo 267.º TFUE — Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Estado de direito — Tutela jurisdicional efetiva — Princípio da independência dos juízes — Processo de nomeação de juízes para o Supremo Tribunal polaco — Nomeação pelo presidente da República da Polónia sob proposta do Conselho Nacional da Magistratura — Falta de independência do Conselho Nacional da Magistratura — Recurso judicial ineficaz — Acórdão do Tribunal Constitucional que revoga a disposição em que se baseia a competência do órgão jurisdicional de reenvio — Legislação nacional que limita a competência jurisdicional do órgão jurisdicional de reenvio — Primado do direito da União — Diferença de tratamento em matéria de acesso a um recurso judicial»

1. Como acertadamente afirmou Lord D. Neuberger, antigo presidente do Supremo Tribunal do Reino Unido, «[q]uando se priva as pessoas do direito de recorrerem à justiça para impugnarem os atos do Governo, estamos perante uma ditadura»². A supressão, na Polónia, de uma via de fiscalização jurisdicional no domínio constitucional fundamental da independência do poder judicial³ está no cerne do litígio em causa no presente processo⁴.

1 Língua original: inglês.

2 V. artigo no UK Internal Market Bill [projeto de lei do Reino Unido sobre o mercado interno], que permite ao Governo do Reino Unido violar o direito internacional e que exclui a impugnação judicial de alguns dos seus poderes: <https://www.theguardian.com/law/2020/oct/07/brexit-strategy-puts-uk-on-slippery-slope-to-tyranny-lawyers-told>.

3 Uma vez que a aplicação do direito da União é descentralizada, todo o sistema da União de tutela jurisdicional assenta na premissa de que os Estados-Membros apreciam e valorizam (ou, inclusivamente, protegem) um poder judicial independente capaz de garantir a tutela jurisdicional efetiva dos direitos da União. V. Lenaerts, K., «On Judicial Independence and the Quest for National, Supranational and Transnational Justice», in Selvik, G., e o. (ed.), *The Art of Judicial Reasoning*, Springer, 2019, p. 173.

4 V., igualmente, Conclusões que apresentei nos processos *Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário)* (C-216/18 PPU, EU:C:2018:517), *Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal)* (C-619/18, EU:C:2019:325), *Comissão/Polónia (Independência dos órgãos jurisdicionais de direito comum)* (C-192/18, EU:C:2019:529), nos processos apensos *A. K. e o. (Independência da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal)* (C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:551), e nos processos apensos *Miasto Łowicz e Prokuratura Okręgowa w Płocku (Regime disciplinar dos juízes)* (C-558/18 e C-563/18, EU:C:2019:775). V., igualmente, Conclusões recentemente apresentadas pelo advogado-geral M. Bobek no processo *Asociația «Forumul Judecătorilor din România», Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e Asociația «Mișcarea pentru Apărarea Statutului Procurorilor», PJ e SO* (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 e C-355/19, EU:C:2020:746).

2. Com efeito, o presente processo suscita questões importantes e permite ao Tribunal de Justiça prestar esclarecimentos significativos, tanto em termos processuais como em termos substantivos, nomeadamente, no que diz respeito ao artigo 19.º, n.º 1, TUE. Quando abordar a questão do primado do direito da União, pronunciar-me-ei sobre o acórdão recentemente proferido pelo Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemanha, a seguir «BVerfG») no processo Weiss (2 BvR 859/15), no qual este declarou, designadamente, que um acórdão do Tribunal de Justiça tinha sido proferido *ultra vires*, bem como sobre um recente despacho da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal polaco que, posteriormente ao referido acórdão do BVerfG, declarou que um acórdão do Tribunal de Justiça não era vinculativo na ordem jurídica polaca.

3. Com o presente pedido de decisão prejudicial — apresentado em 21 de novembro de 2018 e complementado por uma nova questão prejudicial por Decisão de 26 de junho de 2019 —, o Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo, Polónia) solicita a interpretação dos artigos 2.º, 4.º, n.º 3, 6.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, TUE, do artigo 267.º TFUE, dos artigos 15.º, n.º 1, 20.º, 21.º, n.º 1, 47.º e 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), bem como dos artigos 2.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), 3.º, n.º 1, alínea a), e 9.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE⁵.

4. Este pedido foi apresentado no âmbito de processos judiciais entre os candidatos ao cargo de juiz, A.B., C.D., E.F., G.H. e I.J., por um lado, e o Krajowa Rada Sądownictwa (Conselho Nacional da Magistratura, Polónia) (a seguir «KRS»), por outro, através dos quais estes candidatos recorreram de decisões em que i) o KRS decidiu *não propor* ao presidente da República da Polónia (a seguir «presidente da República») a sua nomeação para o cargo de juiz do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia, a seguir «Supremo Tribunal») e, simultaneamente ii) o KRS propôs ao presidente da República a nomeação de outros candidatos.

I. Quadro jurídico

5. O KRS é regido pela Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Lei de 12 de maio de 2011, sobre o Conselho Nacional da Magistratura). Em particular, o artigo 44.º da Lei sobre o KRS estabelece:

«1. Um participante no processo pode interpor recurso no [Supremo Tribunal] com fundamento na ilegalidade da decisão do [KRS], salvo quando disposições distintas estabeleçam o contrário. [...]

1a. Em processos individuais relativos à nomeação para o cargo de juiz do [Supremo Tribunal], é possível interpor recurso para o [Supremo Tribunal Administrativo]. Nestes processos não é possível recorrer para o [Supremo Tribunal]. O recurso interposto para o [Supremo Tribunal Administrativo] não pode basear-se num fundamento relativo a uma avaliação incorreta do cumprimento, pelos candidatos, dos critérios tidos em conta na tomada de decisão sobre a apresentação da proposta de nomeação para o [Supremo Tribunal].

1b. Se a decisão não for impugnada por todos os participantes no processo [...] em casos individuais relativos à nomeação para o cargo de juiz do [Supremo Tribunal], torna-se definitiva na parte que inclui a decisão de apresentar a proposta de nomeação para o [Supremo Tribunal] e na parte que inclui a decisão de não apresentar a proposta de nomeação para o cargo de juiz do mesmo órgão jurisdicional, no que diz respeito a participantes no processo que não interpuseram recurso.

[...]

⁵ Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO 2000, L 303, p. 16).

4. Em processos individuais relativos à nomeação para o cargo de juiz do [Supremo Tribunal], a anulação, pelo [Supremo Tribunal Administrativo], da decisão do [KRS] de não apresentar uma proposta de nomeação para o cargo de juiz do [Supremo Tribunal] equivale à aceitação da candidatura do participante que interpôs recurso no processo para preenchimento da vaga de juiz no [Supremo Tribunal], vaga em relação à qual, à data da pronúncia da decisão do [Supremo Tribunal Administrativo], o processo no [KRS] ainda não tenha terminado, ou, caso não esteja a decorrer um concurso para esse cargo, para os seguintes cargos vagos de juiz no [Supremo Tribunal] que sejam objeto de publicação.»

II. Litígios no processo principal e questões prejudiciais

6. O KRS, por Decisão de 24 de agosto de 2018, n.º 318/2018, decidiu não apresentar ao presidente da República uma proposta para a nomeação, entre outros, de A.B. e C.D., para o cargo de juízes da *Secção Penal* do Supremo Tribunal. Por Decisão de 28 de agosto de 2018, n.º 330/2018, o KRS decidiu não apresentar ao presidente da República uma proposta para a nomeação, entre outros, de E.F., G.H. e I.J. para o cargo de juízes da *Secção Cível* do Supremo Tribunal. Estas decisões incluíam igualmente propostas relativas à nomeação de outros candidatos para tais cargos.

7. Os candidatos não propostos interpuseram recursos das referidas decisões para o órgão jurisdicional de reenvio e pediram-lhe que suspendesse a execução das mesmas, pedido que foi deferido.

8. No que diz respeito à primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio observa, em primeiro lugar, que, ao contrário das disposições anteriormente aplicáveis, o artigo 44.º, n.º 1b da Lei sobre o KRS, recentemente introduzido, estabelece que, em processos individuais relativos à nomeação para o cargo de juiz do Supremo Tribunal, uma decisão do KRS torna-se definitiva não apenas na parte que inclui a decisão de não propor a nomeação de candidatos em caso de não interposição de recurso pelos candidatos não selecionados mas também na parte dessa decisão que inclui a decisão de propor a nomeação, caso esta não tenha sido objeto de recurso por todos os participantes no processo de concurso. No entanto, entre estes participantes figuram igualmente os candidatos cuja nomeação *foi proposta* e que, assim, não têm interesse em interpor recurso de tal decisão. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio considera que esta decisão terá sempre, de facto, um carácter definitivo.

9. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o artigo 44.º, n.º 1a, da Lei sobre o KRS, que define a função que tem de desempenhar (controlo do processo de concurso em causa), assenta em condições de carácter demasiado geral, visto que não foram estabelecidos critérios de apreciação claros.

10. Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio afirma que decorre do artigo 44.º, n.º 4, da Lei sobre o KRS que a consequência da solução adotada consiste na anulação pelo órgão jurisdicional da decisão do KRS de não apresentação de uma proposta de nomeação de juízes para o Supremo Tribunal, que tem, exclusivamente, por resultado a aceitação da candidatura do participante recorrente para o cargo de juiz do Supremo Tribunal, num concurso no KRS que ainda não tenha terminado, ou, caso não esteja a decorrer um concurso para esse cargo, para os seguintes cargos vagos de juiz no Supremo Tribunal.

11. Quanto à segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pede igualmente orientação ao Tribunal de Justiça, a fim de poder apreciar se o princípio da igualdade de acesso à função pública (que cumpre objetivos de interesse geral) foi respeitado no presente processo. Em seu entender, existe uma diferença evidente em termos de efetividade do recurso, quando comparamos os processos relativos a cargos de juiz noutros tribunais com os processos relativos a cargos de juiz no Supremo Tribunal.

12. Neste contexto, o Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo) decidiu suspender a instância e submeter as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça:

- «1) Deve o artigo 2.º TUE, em conjugação com os artigos 4.º, n.º 3, terceiro [parágrafo], 6.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, TUE, em conjugação com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir “Carta”) e com o artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, e o artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, ser interpretado no sentido de que
- há uma violação dos princípios do Estado de direito e do direito a um recurso efetivo e a uma proteção jurisdicional efetiva quando o legislador nacional, reconhecendo o direito a um recurso [judicial], em processos individuais relativos à nomeação para o cargo de juiz do tribunal de última instância de um Estado-Membro (o Sąd Najwyższy), estabelece uma ligação entre a legitimidade e a eficácia de uma decisão tomada durante o processo de seleção que antecede a apresentação de um pedido de nomeação para o cargo de juiz desse tribunal, e a não impugnação dessa decisão, tomada no âmbito da avaliação e exame de todos os candidatos a juiz do Sąd Najwyższy, por todos os participantes no processo de seleção, entre os quais se encontra também um candidato sem interesse em impugnar a referida decisão, isto é, o candidato que foi proposto para esse cargo, o que, por conseguinte:
 - compromete a eficácia do recurso e a possibilidade de efetuar um controlo efetivo do referido processo de seleção pelo tribunal competente?
 - e, caso o âmbito desse processo também inclua as funções de juiz do Sąd Najwyższy, a cujos juízes que desempenharam essas funções até ao momento foi aplicada a nova e mais baixa idade de reforma, sem deixar exclusivamente ao critério do juiz interessado a possibilidade de recorrer (ou não) à nova idade de reforma mais baixa, no contexto do princípio da inamovibilidade dos juízes, o facto de se considerar que este princípio foi, como tal, afetado, também tem impacto no âmbito e resultado do processo de seleção?
- 2) Deve o artigo 2.º TUE, em conjugação com os artigos 4.º, n.º 3, terceiro período, e 6.º, n.º 1, TUE, em conjugação com os artigos 15.º, n.º 1, e 20.º, 21.º, n.º 1, e 52.º, n.º 1, da Carta, em conjugação com os artigos 2.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), e 3.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2000/78 e o artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, ser interpretado no sentido de que
- há violação dos princípios do Estado de direito, da igualdade de tratamento e da igualdade no acesso a funções públicas — isto é, ao exercício do cargo de juiz no Sąd Najwyższy — numa situação em que, em processos individuais relativos ao exercício das funções de juiz do referido tribunal, existe o direito a um recurso judicial para o tribunal competente, mas em que, em consequência do modo de tornar definitivas as decisões descritas na primeira questão prejudicial, a nomeação para os lugares vagos de juiz do Sąd Najwyższy pode ser feita sem uma fiscalização, por um tribunal competente, do decurso desse processo de seleção — se este tiver sido iniciado — e em que, ao mesmo tempo, a ausência desta fiscalização, e a consequente violação do direito a um recurso efetivo, viola o direito à igualdade de acesso a funções públicas, o que não permite prosseguir os objetivos de interesse geral? O facto de a composição da autoridade do Estado-Membro em causa que tem por missão defender a independência dos tribunais e a autonomia dos seus juízes [o KRS], na qual decorre o processo de seleção de juízes para o Sąd Najwyższy, estar organizada de tal forma que os representantes do poder judicial nessa autoridade são eleitos pelo poder legislativo, não perturba o princípio do equilíbrio institucional?»

III. Tramitação processual no Tribunal de Justiça e questão prejudicial complementar

13. No âmbito da primeira parte da fase escrita, A.B., C.D., E.F. e I.J., o KRS, o Prokurator Generalny (procurador-geral, Polónia), o Rzecznik Praw Obywatelskich (provedor de Justiça, Polónia), o Governo polaco e a Comissão apresentaram observações ao Tribunal de Justiça.

14. A fase escrita do processo no Tribunal de Justiça foi encerrada em 31 de maio de 2019. Em 26 de junho de 2019, o órgão jurisdicional de reenvio proferiu um despacho em que indeferiu um pedido de não conhecimento do mérito no processo principal, apresentado pelo procurador-geral. Este pedido baseou-se nas circunstâncias seguintes.

15. Em primeiro lugar, no Acórdão de 25 de março de 2019, proferido no processo K 12/18, na sequência do pedido apresentado pelo KRS e por um grupo de senadores, o Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitucional, Polónia) declarou que o artigo 44.º, n.º 1b, da Lei sobre o KRS era incompatível com o artigo 184.º da Constituição polaca. O Tribunal Constitucional concluiu igualmente que era necessário pôr termo a todos os processos instaurados com fundamento na referida disposição, devido ao facto de esta ter sido invalidada.

16. Em segundo lugar, a Ustawa z dnia 26 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy — Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Lei de 26 de abril de 2019, que Altera a Lei relativa ao Conselho Nacional da Magistratura e a Lei relativa à Organização dos Tribunais Administrativos, a seguir «Lei de 26 de abril de 2019»)⁶, que entrou em vigor em 23 de maio de 2019, alterou o segundo período do artigo 44.º, n.º 1, da Lei sobre o KRS, que tem atualmente a seguinte redação: «[n]ão é possível interpor recurso em processos individuais relativos à nomeação de juízes do Supremo Tribunal». Esta lei estabelece igualmente, no seu artigo 3.º, que «deverão ser arquivados, por força da lei, os recursos das decisões do [KRS] em processos individuais relativos à nomeação de juízes do Supremo Tribunal, iniciados, mas não concluídos, antes da entrada em vigor da presente lei».

17. Neste contexto, o Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo) decidiu submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial complementar (ou seja, uma terceira questão) no presente processo:

«1) Deve o artigo 2.º TUE, em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, terceiro [parágrafo], o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 19.º, n.º 1, TUE, e com o artigo 47.º da Carta e o artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, bem como com o artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, ser interpretado no sentido de que:

- há uma violação do princípio do Estado de direito e do direito a um recurso efetivo e a uma tutela jurisdicional efetiva quando o legislador nacional suprime do ordenamento jurídico disposições aplicáveis em matéria de competência do [Supremo Tribunal Administrativo] e do direito de interpor recurso nesse tribunal contra as resoluções do [KRS], e introduz uma medida segundo a qual os processos relativos aos referidos recursos, iniciados[,] mas não concluídos[,] antes da data de introdução das alterações (derrogações), devem ser arquivados, por força da lei, o que resulta na:
- supressão do direito [de acesso] a um tribunal para efeitos da fiscalização das resoluções do [KRS] e da legalidade da tramitação dos processos de seleção em que tais resoluções foram adotadas?

⁶ Dz. U. de 2019, n.º 914.

- e, caso o órgão jurisdicional nacional inicialmente competente nos processos referidos, depois de iniciar eficazmente o processo de fiscalização das referidas resoluções do [KRS], submeta ao Tribunal de Justiça [...] questões prejudiciais, suprime o direito [de acesso] a um tribunal também no âmbito de processos individuais pendentes no órgão jurisdicional (inicialmente) competente para a sua apreciação, priva, seguidamente, esse órgão jurisdicional do direito de desencadear eficazmente um processo prejudicial no Tribunal de Justiça [...] e do direito de aguardar a decisão deste, o que põe em causa o princípio da cooperação leal da União?»

18. Na segunda parte da fase escrita, o procurador-geral, o provedor de Justiça, o Governo polaco e a Comissão apresentaram observações ao Tribunal de Justiça.

19. Todas as partes que apresentaram observações escritas na primeira parte da fase escrita também apresentaram alegações na audiência no Tribunal de Justiça.

IV. Análise

A. Competência do Tribunal de Justiça

20. O procurador-geral alega que o Tribunal de Justiça não é competente para se pronunciar sobre as questões prejudiciais submetidas, uma vez que estas dizem respeito ao direito a um recurso judicial num domínio que não se encontra abrangido pelo direito da União. Qualquer outra decisão causaria uma coexistência de competências análogas e *erga omnes* sobre questões jurídicas idênticas submetidas simultaneamente ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal Constitucional.

21. No entanto, o Tribunal de Justiça já declarou que, embora a organização judicial nos Estados-Membros seja da competência destes últimos, a verdade é que, no exercício desta competência, os Estados-Membros estão obrigados a respeitar as obrigações que para eles decorrem do direito da União⁷. Além disso, quanto ao âmbito de aplicação material do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, importa recordar que esta disposição visa garantir uma tutela jurisdicional efetiva nos «domínios abrangidos pelo direito da União», independentemente da situação em que os Estados-Membros apliquem esse direito, na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta⁸.

22. Daqui decorre que o Tribunal de Justiça é competente para interpretar, nomeadamente, o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE no presente processo (v. n.ºs 31 e seguintes das presentes conclusões).

B. Quanto à questão de saber se (ainda) é necessária uma decisão

23. O KRS, o procurador-geral e o Governo polaco alegam, em substância, que as questões prejudiciais deixaram de ter objeto, pelo que não é necessário responder-lhes para resolver os litígios em causa no processo principal. O artigo 44.º, n.º 1b, da Lei sobre o KRS, no qual se baseava a competência do órgão jurisdicional de reenvio, foi revogado com efeitos *erga omnes* pelo Tribunal Constitucional através do seu Acórdão de 25 de março de 2019, o que foi igualmente confirmado pelo legislador.

⁷ Acórdão de 19 de novembro de 2019, A. K. e o. (Independência da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal) (C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982, n.º 75 e jurisprudência referida; tendo em conta as várias referências a este acórdão, será designado, em seguida, apenas por «A. K. e o.»).

⁸ Acórdão de 24 de junho de 2019, Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal) (C-619/18, EU:C:2019:531, n.º 50), e Acórdão A. K. e o. (n.ºs 82 e 83).

24. Em meu entender, as questões prejudiciais não deixaram de ter objeto devido à Lei de 26 de abril de 2019. Em primeiro lugar, esta lei altera o artigo 44.º da Lei sobre o KRS e suprime o direito de recurso em processos individuais *exclusivamente* no que diz respeito à nomeação de juízes do *Supremo Tribunal*. Em segundo lugar, esta lei estabelece igualmente que processos em curso relativos a recursos de decisões do KRS em processos individuais devem ser arquivados por força da lei.

25. Este último elemento impede que as questões prejudiciais possam ficar sem objeto. Com efeito, importa assinalar que o Tribunal de Justiça já rejeitou uma argumentação semelhante do Governo polaco no Acórdão A. K. e o., n.º 102.

26. Há que observar que a Lei de 26 de abril de 2019, por si só, não pôs termo ao processo principal e não deu origem à retirada do pedido de decisão prejudicial, uma vez que, conforme salientou o órgão jurisdicional de reenvio, a Lei de 26 de abril de 2019 «*exige uma atuação concreta adequada do órgão jurisdicional* perante o qual corre o processo (o que é igualmente aplicável às consequências resultantes do Acórdão de [25 de março de 2019]), *que, no essencial, tem de revestir a forma de uma decisão judicial, na medida em que este é o único modo de um órgão jurisdicional exercer a sua competência decisória, a qual não foi eliminada pela referida legislação*» (o sublinhado é meu). O órgão jurisdicional de reenvio não adotou nenhuma decisão de não conhecimento do mérito e decidiu, pelo contrário, manter o seu pedido de decisão prejudicial (v., igualmente, Acórdão A. K. e o., n.º 103).

27. Assim, disposições de direito nacional como a Lei de 26 de abril de 2019 não podem impedir um tribunal que decide em última instância de manter as questões que dirigiu a título prejudicial ao Tribunal de Justiça (v. Acórdão A. K. e o., n.º 104).

28. Importa salientar que, além do Acórdão A. K. e o., anteriormente referido, o Tribunal de Justiça já recusou admitir, em vários processos, que tinha deixado de ser necessário proferir uma decisão devido ao alegado desaparecimento do objeto do processo, conforme solicitado pelas autoridades polacas nesses processos. É evidente que o legislador polaco não hesitou em alterar, de forma urgente e reiterada, o quadro jurídico nacional apreciado pelo Tribunal de Justiça nesses processos, unicamente para em seguida alegar que as ações por incumprimento ou os reenvios prejudiciais tinham deixado de ter objeto⁹.

29. Daqui decorre que nem a Lei de 26 de abril de 2019 nem o Acórdão de 25 de março de 2019 justificam que o Tribunal de Justiça deixe de se pronunciar sobre as questões prejudiciais.

C. Admissibilidade

30. O procurador-geral e o Governo polaco alegam, em substância, que as questões prejudiciais são inadmissíveis com base em argumentos semelhantes aos que figuram no n.º 20 das presentes conclusões.

31. Em primeiro lugar, há que observar que a jurisprudência estabelece que «[o] artigo [267.º TFUE] é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito [da União] que lhes são necessários para a decisão da causa que lhes está submetida»¹⁰.

9 V. Acórdãos de 24 de junho de 2019, Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal) (C-619/18, EU:C:2019:531, n.ºs 27 a 31), e de 5 de novembro de 2019, Comissão/Polónia (Independência dos órgãos jurisdicionais de direito comum) (C-192/18, EU:C:2019:924, n.ºs 41 a 46).

10 Acórdão de 24 de março de 2009, Danske Slagterier (C-445/06, EU:C:2009:178, n.º 65 e jurisprudência referida).

32. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a via de recurso prevista pela legislação nacional é conforme à exigência de tutela jurisdicional efetiva prevista no artigo 47.º da Carta. No entanto, este artigo apenas se aplica quando é alegada uma violação de um direito subjetivo garantido pelo direito da União.

33. O órgão jurisdicional de reenvio refere igualmente a Diretiva 2000/78. Nos termos do seu artigo 1.º, esta diretiva tem por objeto «estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação *em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual*, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento» (o sublinhado é meu).

34. O órgão jurisdicional de reenvio não explica a ligação entre os recorrentes no processo principal e o direito de não ser discriminado garantido pela Diretiva 2000/78, cujo âmbito de aplicação está limitado aos motivos específicos acima referidos. Por conseguinte, basta assinalar que, na medida em que os pedidos de decisão prejudicial no presente processo não indicam que os recorrentes no processo principal pretendem invocar direitos garantidos pelo direito da União, tais como os previstos na Diretiva 2000/78, nem o artigo 47.º da Carta nem a Diretiva 2000/78 são aplicáveis no presente processo.

35. O órgão jurisdicional de reenvio também invoca o artigo 2.º TUE enquanto disposição autónoma. No entanto, este artigo não figura, enquanto tal, entre as disposições à luz das quais deve ser apreciada a compatibilidade de legislação nacional com o direito da União e que, por conseguinte, poderiam, por si só, levar o órgão jurisdicional de reenvio a não aplicar uma disposição nacional, seguindo a interpretação fornecida pelo Tribunal de Justiça. Em todo o caso, isto não é necessário, uma vez que o artigo 2.º TUE e o valor do Estado de direito que o mesmo consagra são concretizados no artigo 19.º TUE (v. n.º 87 das presentes conclusões).

36. Em meu entender, as primeira e terceira questões, nomeadamente, são relevantes para os recursos em causa no processo principal, na medida em que dizem respeito à extensão dos poderes do órgão jurisdicional de reenvio caso se declare que as decisões do KRS em causa são ilegais. Por conseguinte, as únicas disposições relevantes do direito da União invocadas nas questões prejudiciais são o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE e o artigo 267.º TFUE.

D. Quanto ao mérito

37. Em primeiro lugar, considero que deve ser apreciado o mérito da terceira questão (complementar), uma vez que a resposta a esta questão levará o Tribunal de Justiça a declarar que não é necessário apreciar as duas primeiras questões ou, pelo contrário, a apreciá-las.

1. Quanto à terceira questão prejudicial

38. Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se o artigo 267.º TFUE e o artigo 19.º, n.º 1, TUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição que conduz ao arquivamento, por força da lei, do processo nacional, sem qualquer possibilidade de prosseguir-lo ou de reintroduzi-lo num órgão jurisdicional diferente (primeira parte da terceira questão), e se estas disposições de direito da União se opõem à consequência que pode resultar de tal disposição nacional, que consiste, nomeadamente, na possibilidade de o Tribunal de Justiça se declarar incompetente em processos que já tenham dado origem a um pedido de decisão prejudicial ainda pendente (segunda parte da terceira questão).

a) Breve resumo dos argumentos das partes

39. O procurador-geral alega, em substância, que a exclusão de todas as vias de recurso contra as propostas de nomeação em causa é autorizada pela Constituição polaca. As restrições às liberdades e aos direitos constitucionais são permitidas se estiverem previstas na lei e se forem necessárias, nomeadamente, no interesse da ordem pública. O Governo polaco alega, em substância, que o artigo 3.º da Lei de 26 de abril de 2019 não limita as possibilidades de o órgão jurisdicional de reenvio submeter um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, mas visa apenas prever o encerramento de processos como o processo principal.

40. A Comissão alega que o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE não se opõe a disposições nacionais como as que estão em causa no processo principal, salvo em caso de rutura estrutural do processo de nomeação, suscetível de levantar dúvidas sobre a independência desse candidato após a sua nomeação. Por conseguinte, a adoção de uma disposição nacional que prevê o arquivamento, por força da lei, dos recursos que visam a fiscalização jurisdicional de tais decisões (artigo 3.º da Lei de 26 de abril de 2019) não é excluída pelo artigo 19.º, n.º 1, TUE. Segundo a Comissão, o artigo 267.º TFUE também não se opõe ao artigo 3.º da Lei de 26 de abril de 2019.

41. Contrariamente a estas partes, A.B., C.D., E.F., I.J. e o provedor de Justiça alegam, em substância, que a resposta à terceira questão deve ser afirmativa.

b) Apreciação

42. Em primeiro lugar, é necessário examinar a segunda parte da terceira questão, na medida em que diz respeito ao artigo 267.º TFUE.

1) Quanto à segunda parte da terceira questão (artigo 267.º TFUE)

43. É verdade que no presente processo é a ação conjunta do Tribunal Constitucional e do legislador polaco que, segundo as questões prejudiciais, poderia conduzir a uma situação em que não fosse necessária uma decisão por força do direito nacional, suscetível de levar o Tribunal de Justiça a declarar-se incompetente para apreciar o pedido de decisão prejudicial. Com efeito, em primeiro lugar, foi o Acórdão de 25 de março de 2019 que revogou, com efeitos imediatos, a disposição nacional em que se baseava a competência do órgão jurisdicional de reenvio, precisando que essa declaração de inconstitucionalidade implicava que qualquer processo desse tipo ainda pendente no órgão jurisdicional de reenvio devia ser arquivado.

44. É igualmente verdade que nos últimos anos têm sido suscitadas sérias dúvidas, designadamente pela Comissão, quanto à capacidade atual do Tribunal Constitucional para (ainda) exercer as suas funções de forma totalmente independente, e que a Comissão adotou uma decisão de abertura formal do procedimento previsto no artigo 7.º, n.º 1, TUE relativamente ao Estado de direito na Polónia¹¹.

¹¹ V. proposta de decisão do Conselho, relativa à verificação da existência de um risco manifesto de violação grave, pela República da Polónia, do Estado de direito [COM(2017) 835 final], de 20 de dezembro de 2017, considerando 91 a 113. V., igualmente, em particular, Relatório interno do Parlamento Europeu sobre a proposta de decisão do Conselho relativa à verificação da existência de um risco manifesto de violação grave, pela República da Polónia, do Estado de direito, A9-0138/2020, 20 de julho de 2020 (que assinala as «provas irrefutáveis de violação do Estado de direito na Polónia»), e o «Parecer conjunto urgente» da Comissão de Veneza e da Direção-Geral de Direitos do Homem e do Estado de Direito (DGI) do Conselho da Europa, 16 de janeiro de 2020, Parecer n.º 977/2019. V., igualmente, *ex multis* Zoll, F., e Wortham, L., *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, Fordham International Law Journal, vol. 42, n.º 3, e Pietrzak, M., *The Foundation for Law, Justice & Society, The Constitutional Court of Poland: The Battle for Judicial Independence*, 24 de maio de 2017, <https://www.fljs.org/content/constitutional-court-poland-battle-judicial-independence> (que descreve as novas leis sobre os meios de comunicação social públicos, vigilância e antiterrorismo e a «reorganização» do sistema do Ministério Público, que a alegada neutralização do Tribunal Constitucional permitiu).

45. Conforme demonstrado no presente processo, o artigo 19.º TUE confia a tarefa de assegurar a fiscalização jurisdicional na ordem jurídica da União não apenas ao Tribunal de Justiça mas igualmente aos órgãos jurisdicionais nacionais que desempenham, em colaboração com o Tribunal de Justiça, uma função que lhes é atribuída em comum, para assegurar o respeito do direito na interpretação e na aplicação dos Tratados¹².

46. Nomeadamente, no que diz respeito ao artigo 267.º TFUE, há que recordar que «a pedra angular do sistema jurisdicional [da União] é constituída pelo processo de reenvio prejudicial, previsto [nesta disposição], que, ao instituir um diálogo de juiz para juiz, precisamente, entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, tem por objetivo assegurar a unidade de interpretação do direito da União [...], permitindo assim assegurar a sua coerência, o seu pleno efeito e a sua autonomia, bem como, em última instância, o carácter adequado do direito instituído pelos Tratados»¹³.

47. Decorre claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, em conformidade com o artigo 267.º TFUE, os órgãos jurisdicionais nacionais devem continuar a ter liberdade para decidirem se pretendem submeter, ou não, questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça¹⁴.

48. Em seguida, é jurisprudência constante que «o artigo 267.º TFUE confere aos órgãos jurisdicionais nacionais uma faculdade muito ampla de recorrer ao Tribunal de Justiça, se considerarem que um processo neles pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação da validade de disposições do direito da União necessárias para a resolução do litígio que lhes foi submetido»¹⁵.

49. O Tribunal de Justiça também esclareceu que essa faculdade e competência não podem ser postas em causa pela aplicação de normas jurídicas nacionais¹⁶.

50. Com efeito, «disposições nacionais das quais decorra que os juízes nacionais podem ser alvo de processos disciplinares pelo facto de terem submetido um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça são inaceitáveis [...], [a] simples perspectiva de se poder eventualmente ser alvo de um processo disciplinar pelo facto de se ter procedido a um reenvio dessa natureza ou de se ter decidido mantê-lo após a sua introdução pode afetar o exercício efetivo, pelos juízes nacionais em causa, da faculdade e das funções [de um órgão jurisdicional responsável pela aplicação do direito da União]. [...] [A independência do poder judicial acima referida] é, particularmente, essencial ao bom funcionamento do sistema de cooperação judiciária que o mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE representa»¹⁷.

51. O que importa no presente processo, conforme salientou o órgão jurisdicional de reenvio, é o facto de o direito nacional *estabelecer uma obrigação constitucional*, por força do Estado de direito, *de prevenir a possibilidade de recurso judicial de decisões do KRS* como as que estão em causa no processo principal.

12 V. Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.ºs 33, 34 e jurisprudência referida).

13 Parecer do Tribunal de Justiça 2/13, Adesão à CEDH, EU:C:2014:2454, n.º 176 e jurisprudência referida.

14 V. Acórdãos de 22 de junho de 2010, Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363), e de 11 de setembro de 2014, A (C-112/13, EU:C:2014:2195).

15 V. Acórdão de 5 de outubro de 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 26 e jurisprudência referida).

16 V. Acórdão de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.ºs 95 e 98), e Despacho de 12 de fevereiro de 2019, RH (C-8/19 PPU, EU:C:2019:110, n.º 47 e jurisprudência referida).

17 Acórdão de 26 de março de 2020, Miasto Łowicz e Prokurator Generalny (C-558/18 e C-563/18, EU:C:2020:234, n.ºs 58, 59 e jurisprudência referida).

52. Daqui decorre que, em primeiro lugar, no que diz respeito à segunda parte da terceira questão prejudicial (relativa ao artigo 267.º TFUE), considero que *tendo em conta, nomeadamente, o contexto* — no qual, nos últimos anos, o Tribunal de Justiça foi chamado a decidir vários casos de alegadas violações do Estado de direito e da independência do poder judicial na Polónia [v. n.º 28 das presentes conclusões e, no que diz respeito, ao presente processo, importa sublinhar que, apesar de o órgão jurisdicional de reenvio ter suspenso as decisões do KRS em causa, o presidente da República procedeu, ainda assim, à nomeação, para o cargo de juiz do Supremo Tribunal em causa, de oito novos juízes propostos pelo KRS nas decisões controvertidas¹⁸] — o Tribunal de Justiça deveria declarar que o artigo 267.º TFUE se opõe a uma lei nacional como a Lei de 26 de abril de 2019, na medida em que esta *decreta o arquivamento, por força da lei, de processos* como os que o órgão jurisdicional de reenvio foi chamado a apreciar, ao mesmo tempo que *exclui que se remeta a fiscalização dos recursos para outro órgão jurisdicional nacional ou que os mesmos sejam reintroduzidos noutra órgão jurisdicional nacional*. Além disso, ao atuar deste modo, o legislador polaco ignorou os acórdãos do Tribunal Constitucional que estabelecem claramente que decisões do KRS como as que estão em causa no processo principal devem poder ser objeto de fiscalização jurisdicional.

53. Isto sucede, *a fortiori*, uma vez que a etapa seguinte do processo de nomeação, ou seja, a nomeação, pelo presidente da República, de um candidato como juiz do Supremo Tribunal, corresponde a uma prerrogativa presidencial e, enquanto tal, não pode ser sujeita a fiscalização jurisdicional ao abrigo do direito polaco.

54. Em seguida, irei abordar a primeira parte da terceira questão prejudicial, relativa, em substância, à questão de saber se o princípio do primado do direito da União e o artigo 19.º, n.º 1, TUE permitem ao órgão jurisdicional de reenvio declarar-se competente — não obstante a Lei de 26 de abril de 2019 — para decidir sobre os recursos no processo principal e continuar a apreciá-los.

2) Quanto à primeira parte da terceira questão (artigo 19.º, n.º 1, TFUE e primado do direito da União)

i) Acórdão do Tribunal Constitucional de 25 de março de 2019

55. Em primeiro lugar, irei abordar o Acórdão de 25 de março de 2019, que o legislador polaco alegadamente pretendeu transpor através da Lei impugnada de 26 de abril de 2019 e que, como veremos adiante, é importante para a resolução do presente processo.

56. A derrogação do artigo 44.º, n.º 1a, da Lei sobre o KRS pelo Acórdão de 25 de março de 2019 pôs em causa a competência do órgão jurisdicional de reenvio (o Supremo Tribunal Administrativo) enquanto órgão jurisdicional (inicialmente) competente para apreciar os recursos das decisões do KRS relativas à decisão de apresentar (ou não) propostas de nomeação para o cargo de juiz do Supremo Tribunal, com base — conforme resulta dos fundamentos deste acórdão — no tipo de processo e na natureza institucional dos tribunais administrativos em relação aos tribunais comuns, o que levaria a que o órgão jurisdicional de reenvio não fosse o órgão jurisdicional «destinado a apreciar os processos relativos a decisões do [KRS]».

¹⁸ Os despachos do órgão jurisdicional de reenvio relativos à suspensão da execução das decisões do KRS objeto do processo principal implicaram igualmente a suspensão de tais decisões, na medida em que estas dizem respeito à decisão sobre a apresentação de uma proposta de nomeação para o cargo de juiz do Supremo Tribunal. Estes despachos ainda estão em vigor e não foram alterados ou anulados em conformidade com o processo estabelecido pela legislação nacional. Não obstante, o KRS apresentou as decisões objeto do processo principal ao presidente da República. Em 10 de outubro de 2018, o presidente da República nomeou sete pessoas para o cargo de juiz da Secção Cível do Supremo Tribunal e uma para o cargo de juiz da Secção Penal do Supremo Tribunal.

57. É certo que, enquanto princípio geral, se poderia alegar que, independentemente do acórdão do Tribunal Constitucional, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça estabelece que os órgãos jurisdicionais nacionais não podem ficar vinculados por apreciações de um órgão jurisdicional superior que os impeçam de aplicar o direito da União¹⁹.

58. Com efeito, «[u]ma regra de direito nacional, nos termos da qual as apreciações de um órgão jurisdicional superior vinculam outro órgão jurisdicional nacional, não pode, pois, retirar a este último a faculdade de submeter ao Tribunal de Justiça questões de interpretação do direito da União a que essas apreciações jurídicas se referem. Com efeito, o mesmo órgão jurisdicional, se considerar que a apreciação de direito feita pelo tribunal de grau superior o pode levar a proferir uma sentença contrária ao direito da União, deve ter a faculdade de colocar ao Tribunal de Justiça as questões que o preocupam»²⁰.

59. No mesmo acórdão²¹, o Tribunal de Justiça declarou que «resulta de jurisprudência assente que não se pode admitir que a unidade e a eficácia do direito da União sejam postas em causa por normas de direito nacional, mesmo que sejam de ordem constitucional [...] De resto, o Tribunal de Justiça já declarou que os referidos princípios se aplicam nas relações entre um órgão jurisdicional constitucional e todos os demais órgãos jurisdicionais nacionais».

60. No entanto, considero que, de facto, apesar das aparências, não existe no presente processo um verdadeiro conflito entre a decisão do Tribunal Constitucional de um Estado-Membro e o direito da União.

61. Em primeiro lugar, importa salientar que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o Acórdão do Tribunal Constitucional de 25 de março de 2019 constitui uma *decisão com efeitos* «ex nunc», o que significa que a disposição que foi declarada inconstitucional deve continuar a ser aplicada à apreciação jurídica de situações factuais existentes antes da data em que a disposição foi considerada inválida. Esta análise é corroborada pela doutrina²².

62. Por conseguinte, tal disposição deve continuar a ser aplicada à apreciação jurídica das circunstâncias com base nas quais — à luz da forma original da competência *ratione materiae* do órgão jurisdicional de reenvio, enquanto órgão jurisdicional competente em matéria de recursos das decisões do KRS em causa — os interessados exerceram efetivamente os seus direitos constitucionais.

63. Em segundo lugar, e neste ponto concordo com o órgão jurisdicional de reenvio, o acórdão do Tribunal Constitucional não só não pôs especificamente em causa a instituição da fiscalização jurisdicional das referidas decisões do KRS como decorre claramente deste acórdão que tal fiscalização deve efetivamente estar disponível na Polónia.

64. Chamo a atenção para o argumento exposto nos fundamentos do Acórdão de 25 de março de 2019, segundo o qual «[...] a própria instituição de recursos de decisões do [KRS] em processos individuais é [...] a consequência da execução do Acórdão [...] proferido no processo SK 57/06 [Acórdão de 27 de maio de 2008], mas não deve ser posta em prática sob a forma de processos que estão sujeitos a órgãos jurisdicionais completamente diferentes».

19 V., neste sentido, um processo que dizia igualmente respeito ao Supremo Tribunal e ao Tribunal Constitucional de um Estado-Membro: Acórdão de 15 de janeiro de 2013, Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 62 a 73 e jurisprudência referida).

20 Acórdão de 15 de janeiro de 2013, Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 68 e jurisprudência referida).

21 Acórdão de 15 de janeiro de 2013, Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 70 e jurisprudência referida).

22 V., nomeadamente, Florczak-Wątor, M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne* (As decisões do Tribunal Constitucional e os seus efeitos jurídicos), Poznań 2006, p. 73 e doutrina referida.

65. Trata-se de um ponto relevante, uma vez que o precedente constitucional em causa (processo SK 57/06) dizia expressamente respeito à questão da possibilidade de os candidatos ao cargo de juiz recorrerem de decisões do KRS como as que estão em causa no processo principal (nesse processo, o KRS também não apresentou a candidatura do recorrente ao presidente da República).

66. Conforme sublinhou o órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 3.º da Lei de 26 de abril de 2019 (juntamente com a alteração do segundo período do artigo 44.º, n.º 1, da Lei sobre o KRS introduzida pela lei de alteração) pode ser considerado equivalente ao disposto no segundo período do artigo 13.º, n.º 2, da Lei de 27 de julho de 2001 sobre o KRS, que o Tribunal Constitucional, no Acórdão proferido no processo SK 57/06, declarou que era incompatível com o artigo 45.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 77.º, n.º 2, e o artigo 60.º da Constituição polaca.

67. O órgão jurisdicional de reenvio explica esta conclusão em maior detalhe no seu reenvio prejudicial de 26 de junho de 2019, nos termos do qual «esta [necessidade de um recurso efetivo] é igualmente confirmada pela posição adotada pelo Tribunal Constitucional. Por conseguinte, nos fundamentos do Acórdão proferido no processo SK 57/06 — cuja importância e consequências não são questionadas ou afetadas pela Decisão proferida no processo K 12/18 mas antes confirmadas — o Tribunal Constitucional declarou que do artigo 45.º, n.º 1, da Constituição resulta expressamente a intenção do legislador de alargar o direito de acesso à justiça ao maior número possível de casos, e que do princípio do Estado de direito democrático se deduz a proibição de uma interpretação estrita do direito de acesso à justiça, uma vez que a *Constituição estabelece uma presunção específica do direito de acesso à justiça*, [...] concluindo-se que o processo através do qual o [KRS] avalia um candidato para um cargo de juiz específico e decide apresentar ao presidente da República uma proposta [...] [de] nomeação para essa posição refere-se ao direito consagrado no artigo 60.º da Constituição, relativo ao acesso a funções públicas em igualdade de circunstâncias, e, assim, a um direito que pertence à categoria de direitos e liberdades constitucionais aos quais é aplicável a proibição absoluta de restringir o acesso à justiça que figura no artigo 77.º, n.º 2, da Ustawa Zasadnicza (Lei fundamental)» (o sublinhado é meu; ponto III.5 dos fundamentos do Acórdão proferido no processo SK 57/06).

68. O Tribunal Constitucional esclarece igualmente que a questão não é o processo de recurso das decisões do KRS em litígios individuais ser, em si mesmo, inconstitucional, mas sim, segundo este tribunal, o órgão jurisdicional de reenvio (o Supremo Tribunal Administrativo) não ter competência para apreciar tais processos (ponto 6.2 dos fundamentos do Acórdão no processo K 12/18).

69. Importa sublinhar que a supressão da competência do órgão jurisdicional de reenvio em recursos de decisões do KRS relativas às nomeações para o cargo de juiz do Supremo Tribunal não foi manifestamente acompanhada por qualquer medida concreta do legislador nacional destinada a designar um órgão jurisdicional de substituição competente para apreciar tais processos, apesar de o Tribunal Constitucional, no processo K 12/18, não ter questionado a possibilidade de fiscalização jurisdicional das decisões do KRS em causa, remetendo, a este respeito, para o Acórdão de princípio proferido no processo SK 57/06 (v. n.ºs 8 e 12), que exige essa fiscalização.

70. Por conseguinte, concordo com o órgão jurisdicional de reenvio em relação ao facto de que «a intenção do legislador era excluir o acesso à justiça em tais processos, o que [...] é contrário à posição adotada na fundamentação dos referidos acórdãos do Tribunal Constitucional e à sua jurisprudência que estabelece que, numa democracia assente no Estado de direito, é inaceitável uma situação em que não exista possibilidade de fiscalização jurisdicional de sentenças ou de outras decisões proferidas em qualquer processo»²³.

23 V., igualmente, Despacho V CSK 101/12 do Supremo Tribunal de 30 de janeiro de 2013.

71. Além disso, considero (tal como o provedor de Justiça) que essa exclusão é totalmente arbitrária, uma vez que se aplica exclusivamente a nomeações para o Supremo Tribunal. Acresce que o caráter seletivo desta medida não se justifica por qualquer razão objetiva ou convincente.

72. Em meu entender, suprimir um (direito a um) recurso judicial que até à data estava disponível num litígio como o que está em causa no processo principal e, em particular, privar do mesmo os litigantes que — tal como os recorrentes no processo principal — já interpuseram esse recurso constitui (tendo em conta o contexto e todos os outros elementos assinalados pelo órgão jurisdicional de reenvio subjacentes à supressão deste direito) uma medida cuja natureza aumenta — ou inclusivamente reforça — a falta da aparência de independência e de imparcialidade dos juízes efetivamente nomeados para o órgão jurisdicional em causa e do próprio órgão jurisdicional. Tal falta da aparência de independência e de imparcialidade viola o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE.

73. Em seguida, apreciarei se, consequentemente, o órgão jurisdicional de reenvio está obrigado a não aplicar a legislação nacional em causa.

ii) Primado do direito da União e artigo 19.º, n.º 1, TUE

74. Com efeito, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «há que sublinhar que qualquer juiz nacional, chamado a pronunciar-se no âmbito da sua competência, tem, enquanto órgão de um Estado-Membro, a obrigação de não aplicar qualquer disposição nacional contrária a uma disposição de direito da União que tenha efeito direto no litígio que é chamado a decidir»²⁴.

75. Este é o objeto da primeira parte da terceira questão prejudicial, que visa saber se o primado atribuído a disposições de direito da União, tais como o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, permite, por sua vez, que o órgão jurisdicional de reenvio não aplique a Lei de 26 de abril de 2019, declarando-se — não obstante esta lei — competente para se pronunciar sobre os recursos em causa no processo principal e para prosseguir com a sua apreciação.

76. Antes de proceder ao exame do primado do direito da União no âmbito do presente processo, importa abordar brevemente as recentes decisões do Supremo Tribunal polaco e do BVerfG alemão.

77. A primeira destas duas decisões é um Despacho da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal de 23 de setembro de 2020 (II DO 52/20), no qual este declarou que o Acórdão A. K. e o. do Tribunal de Justiça «não pode ser considerado vinculativo na ordem jurídica polaca, uma vez que todos os processos pendentes na Secção do Trabalho e dos Seguros Sociais do Supremo Tribunal, em que foram submetidas questões prejudiciais ao TJUE ([...] uma questão prejudicial registada no TJUE [nos processos] C-585/18, [...] C-624/18, [...] [e] C-625/18), as medidas foram adotadas por formações de julgamento que não respeitavam o disposto na lei». A razão apresentada consistiu no facto de os reenvios prejudiciais nestes processos terem sido submetidos por formações de julgamento de três juízes, quando, segundo o órgão jurisdicional polaco, tais processos deveriam ter sido apreciados em primeira instância pelo Supremo Tribunal, composto por um juiz da Secção Disciplinar.

78. Em primeiro lugar, isto ocorreu apesar de o Tribunal de Justiça ter declarado em abril de 2020, num despacho de medidas provisórias²⁵, que as atividades da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal deveriam ser suspensas até que fosse proferida a decisão no processo C-791/19, Comissão/Polónia.

24 V. Acórdão de 24 de junho de 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, n.º 61 e jurisprudência referida).

25 Despacho de 8 de abril de 2020, Comissão/Polónia (C-791/19 R, EU:C:2020:277). V., igualmente, processos pendentes C-487/19, W. Ż. (Secção de Fiscalização Extraordinária do Supremo Tribunal — Nomeação) e C-508/19, Prokurator Generalny (Secção Disciplinar do Supremo Tribunal — Nomeação). Importa observar que, em 4 de dezembro de 2020, a Comissão decidiu prosseguir o procedimento por infração de 29 de abril de 2020 para proteger a independência judicial dos juízes polacos, enviando uma nova carta de notificação à Polónia relativa à manutenção do funcionamento da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_2142).

79. Esta questão terá de ser apreciada no âmbito desse processo, mas esse despacho da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal surge na sequência de outro acórdão recente, proferido na Alemanha, sobre o qual me devo pronunciar, ainda que apenas de forma breve (tendo em conta que o âmbito das presentes conclusões está limitado à resolução das questões prejudiciais submetidas no presente processo e que, em meu entender, o acórdão do BVerfG não tem qualquer impacto no presente processo, nem na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa, nomeadamente, ao primado do direito da União).

– *Acórdão do Bundesverfassungsgericht alemão no processo Weiss*

80. No Acórdão recentemente proferido pelo BVerfG no processo Weiss (referido no n.º 2 das presentes conclusões), em substância, o segundo «Senat» (Secção) do BVerfG declarou que o Acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça (no processo Weiss e o.²⁶), bem como várias decisões do Banco Central Europeu relativas ao Programa de compra de ativos do setor público de 2015, eram *ultra vires* e não eram aplicáveis na Alemanha.

81. Em vez de colocar em perigo todo o sistema da União enquanto comunidade baseada no Estado de direito e adotar uma abordagem sem precedentes, o BVerfG poderia ter explicado o que, em seu entender, era criticável na jurisprudência do Tribunal de Justiça e, em seguida, poderia ter enviado um novo pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça (o que, de resto, deveria ter feito se tivesse seguido a sua própria jurisprudência sobre esta matéria²⁷). Afinal de contas, o diálogo judicial é um elemento importante, sendo, de resto, inerente ao funcionamento da ordem jurídica da União.

82. Em todo o caso, não se trata aqui de uma situação em que se aplica o direito nacional e o direito internacional e em que um dos dois prevalece num determinado sistema jurídico nacional²⁸: «[o] direito da União não é “direito estrangeiro”, mas sim, pela sua própria natureza e pela sua própria autoridade “direito nacional” de cada Estado-Membro e o primado é acompanhado pelo princípio da igualdade dos Estados-Membros perante a lei, uma vez que exclui uma “seleção” que poderia servir interesses nacionais individuais»²⁹.

83. A abordagem *ultra vires* do BVerfG compromete o Estado de direito na União, que é uma *conditio sine qua non* da integração. A União não possui uma superestrutura para tratar dos conflitos entre órgãos jurisdicionais, mas estes podem ser resolvidos através do Estado de direito.

84. Segundo os Tratados, que constituem o «contrato» celebrado pelos Estados-Membros, a última instância no direito da União é o Tribunal de Justiça. Isto resulta claramente do artigo 19.º TUE e do artigo 267.º TFUE. Além disso, o artigo 344.º TFUE estabelece expressamente que «[o]s Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos»³⁰. *Pacta sunt servanda* e, por conseguinte, a abordagem do BVerfG no processo Weiss simplesmente não está

26 Acórdão de 11 de dezembro de 2018, Weiss e o. (C-493/17, EU:C:2018:1000).

27 Mesmo seguindo o seu próprio conceito de diálogo judicial desenvolvido no Acórdão de 6 de julho de 2010 (Honeywell), BVerfG 2 BvR 2661/06, o BVerfG deveria ter pedido esclarecimentos ao Tribunal de Justiça num segundo pedido de decisão prejudicial (relativo à interpretação do princípio da proporcionalidade, nomeadamente, à exigência de equilíbrio, que não foi de forma alguma objeto do primeiro pedido de decisão prejudicial). Foi assim que a Corte costituzionale italiana procedeu no processo que deu origem ao Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936), na sequência do Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-105/14, Taricco (EU:C:2015:555). V. Editorial Comments, *Common Market Law Review* 57: 965-978, 2020.

28 Com efeito, o direito internacional não se preocupa com a integridade do direito da União nem da própria União.

29 Lenaerts, K., *The Primacy of EU Law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, *VerfBlog*, 8 de outubro de 2020.

30 V., nomeadamente, Mayer, F. C., *Auf dem Weg zur Richterfaustrecht?*, *VerfBlog*, 7 de maio de 2020.

abrangida pelas suas funções ou competências³¹. Os Tratados não permitem que nenhum órgão jurisdicional nacional anule um acórdão do Tribunal de Justiça, uma vez que, se assim não fosse, o direito da União não seria aplicado de forma igual ou efetiva em todos os 27 Estados-Membros e toda a base jurídica da União seria posta em causa. Caso um Tribunal Constitucional nacional considere que um ato da União ou uma decisão do Tribunal de Justiça é contrária à sua Constituição, não pode simplesmente declarar que o ato ou decisão é inaplicável na sua área de jurisdição. O que pode fazer é tentar solucionar a situação, obrigando o governo do país em causa a alterar a Constituição, tentar alterar a norma jurídica da União através do processo político da União ou, se necessário, abandonar a União³². Esta é a única forma de assegurar a igualdade dos Estados-Membros na União que criaram.

– *Efeito direto do artigo 19.º, n.º 1, TUE*

85. De acordo com o artigo 2.º TUE, a União Europeia funda-se nos valores do respeito do Estado de direito, que são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada, designadamente, pela justiça. A este respeito, cumpre salientar que a confiança mútua entre os Estados-Membros³³ e, em particular, os seus órgãos jurisdicionais assenta na premissa fundamental segundo a qual os Estados-Membros partilham de uma série de valores comuns em que a União se funda, como precisado nesse artigo 2.º TUE³⁴.

86. A União Europeia é uma União de direito cujos interessados têm o direito de contestar judicialmente a legalidade de qualquer decisão ou de qualquer ato nacional relativo à aplicação, a seu respeito, de um ato da União³⁵.

87. O artigo 19.º TUE, que concretiza o valor do Estado de direito afirmado no artigo 2.º TUE, confia a tarefa de assegurar a fiscalização jurisdicional na ordem jurídica da União não apenas ao Tribunal de Justiça mas igualmente aos órgãos jurisdicionais nacionais³⁶.

88. Por conseguinte, compete aos Estados-Membros, nomeadamente, por força do princípio da cooperação leal enunciado no artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, TUE, assegurar no seu território a aplicação e o respeito do direito da União. A este respeito, como prevê o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar aos interessados o respeito do seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União. Assim, compete aos Estados-Membros prever um sistema de vias de recurso e de processos que permita assegurar uma fiscalização jurisdicional efetiva nos referidos domínios³⁷.

31 Nem sequer é necessário analisar o mérito das questões jurídicas, uma vez que o raciocínio da BVerfG não é irrefutável, para usar um eufemismo. V., nomeadamente, Timmermans, Ch., *Wie handelt er ultra vires?*, Nederlands Juristenblad, 95, 26 de junho de 2020, p. 1791, e Ziller, J., *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand*, <https://blogdroiteuropeen.com/>. V., igualmente, Poiares Maduro, M., *Some Preliminary Remarks on the PSCP Decision of the German Constitutional Court*, VerfBlog, 6 de maio de 2020, e Da Cruz Vilaça, J. L., *The Judgment of the German Federal Constitutional Court and the Court of Justice of the EU — Judicial Cooperation or Dialogue of the Deaf?*, cujo original está disponível em <https://www.cruzvilaca.eu/pt/noticias/2/>.

32 Kelemen, D., Eeckhout, P., Fabbrini, F., Pech, L., e Uitz, R., *National Courts Cannot Override CJEU Judgments — A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*, VerfBlog, 26 de maio de 2020. V. artigo para consultar a lista completa dos signatários.

33 A gravidade do problema da confiança mútua no que diz respeito à Polónia reflete-se nos processos pendentes C-354/20 PPU (Openbaar Ministerie) e C-412/20 PPU (Openbaar Ministerie). O Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão, Países Baixos) decidiu pela primeira vez que a execução do mandado de detenção europeu *em todos os processos pendentes e futuros*, a pedido dos órgãos jurisdicionais polacos, será suspensa até que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre as questões prejudiciais. Até à data, os órgãos jurisdicionais dos Países Baixos, Alemanha, Eslováquia, Espanha e Irlanda decidiram suspender a execução de um mandado de captura europeu a pedido dos órgãos jurisdicionais polacos com base numa apreciação casuística.

34 Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 30 e jurisprudência referida).

35 Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 31 e jurisprudência referida).

36 Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.ºs 32, 33 e jurisprudência referida).

37 Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 34 e jurisprudência referida).

89. Decorre da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça que o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, é *a priori* aplicável — independentemente de qualquer requisito respeitante a uma situação concreta de aplicação efetiva do direito da União — a qualquer órgão jurisdicional nacional quando este *seja* competente para se pronunciar, enquanto órgão jurisdicional, sobre questões relativas à aplicação ou à interpretação do direito da União e que, assim, estão abrangidas pelos domínios cobertos por este direito³⁸.

90. À luz desta jurisprudência, já não defendo a tese que expus no processo Comissão/Polónia (Independência dos tribunais comuns)³⁹ segundo a qual o âmbito material de aplicação do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE está limitado, no contexto da inamovibilidade e da independência dos magistrados, à resolução de problemas em matéria de deficiências estruturais de determinado Estado-Membro (deficiências sistémicas ou generalizadas, que «são suscetíveis de afetar» a independência e a inamovibilidade dos magistrados).

91. Com efeito, o Tribunal de Justiça já declarou que o artigo 47.º da Carta produz efeitos diretos (Acórdão A. K. e o., n.º 162). Isto aplica-se, em qualquer caso, ao requisito de independência dos juízes.

92. O conceito de tutela jurisdicional efetiva, referido no artigo 19.º, n.º 1, TUE, deve ser interpretado tendo em conta o conteúdo do artigo 47.º da Carta e, em particular, as garantias inerentes ao (direito a um) recurso efetivo consagrado nesta última disposição.

93. Com efeito, segundo a jurisprudência, «o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE obriga todos os Estados-Membros a estabelecerem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva, na aceção designadamente do artigo 47.º da Carta, nos domínios abrangidos pelo direito da União»⁴⁰. Por conseguinte, o artigo 19.º, n.º 1, TUE implica a necessidade de preservar a independência do órgão jurisdicional responsável pela interpretação e aplicação do direito da União.

94. Além disso, o Tribunal de Justiça já admitiu implicitamente que o artigo 19.º, n.º 1, TUE produz efeitos diretos. No litígio em causa no processo Juízes Portugueses⁴¹, o artigo 19.º, n.º 1, TUE foi invocado perante o órgão jurisdicional nacional e o Tribunal de Justiça não levantou quaisquer objeções quanto à possibilidade de esta disposição ser diretamente invocada. De igual modo, no Acórdão Miasto Łowicz⁴², o Tribunal de Justiça considerou que a questão prejudicial não era relevante para a resolução dos litígios no processo principal, mas não levantou quaisquer objeções quanto à possibilidade de o artigo 19.º, n.º 1, TUE ser invocado.

95. Assim, o Tribunal de Justiça já confirmou que esta disposição produz efeitos diretos e pode ser invocada por litigantes perante órgãos jurisdicionais nacionais enquanto base jurídica autónoma (além do artigo 47.º da Carta), a fim de apreciar a conformidade das ações de um Estado-Membro com o direito da União.

– *Aplicação do artigo 19.º, n.º 1, TUE ao presente processo*

96. Uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio pode aplicar diretamente o artigo 19.º, n.º 1, TUE no presente processo, é necessário examinar se pode invocar esta disposição para declarar que a mesma se opõe às normas nacionais relevantes.

38 V., neste sentido, Acórdão A. K. e o., n.ºs 82, 83 e jurisprudência referida.

39 V. Conclusões que apresentei no processo C-192/18, EU:C:2019:529, n.º 115.

40 Acórdão de 24 de junho de 2019, Comissão/Polónia (Independência do Supremo Tribunal) (C-619/18, EU:C:2019:531, n.º 54 e jurisprudência referida).

41 Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117).

42 Acórdão de 26 de março de 2020, Miasto Łowicz and Prokurator Generalny (C-558/18 e C-563/18, EU:C:2020:234).

97. No Acórdão A. K. e o. (n.º 167), o Tribunal de Justiça declarou que «o artigo 19.º TUE, que concretiza o valor do Estado de direito afirmado no artigo 2.º TUE, confia aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça a missão de garantir a plena aplicação do direito da União em todos os Estados-Membros, bem como a tutela jurisdicional que esse direito confere aos particulares».

98. Além disso, «[o] princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União, a que se refere o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, constitui um princípio geral do direito da União que é atualmente afirmado no artigo 47.º da Carta, de modo que a primeira dessas disposições obriga todos os Estados-Membros a estabelecerem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva, na aceção designadamente da segunda dessas disposições, nos domínios abrangidos pelo direito da União» (Acórdão A. K. e o., n.º 168).

99. O Tribunal de Justiça acrescentou que «uma análise separada dos artigos 2.º e 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, que não poderia deixar de corroborar a conclusão já enunciada nos n.ºs 153 e 154 [do referido acórdão], não se afigura necessária para efeitos da resposta às interrogações do órgão jurisdicional de reenvio e da solução dos litígios que lhe foram submetidos» (Acórdão A. K. e o., n.º 169).

100. À luz desta jurisprudência, a tutela jurisdicional efetiva que esses órgãos jurisdicionais devem poder proporcionar em conformidade com essa disposição exige, nomeadamente, que cumpram estruturalmente o requisito de independência e de imparcialidade, conforme desenvolvido na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 267.º TFUE, ao artigo 47.º da Carta e ao artigo 19.º TUE. Além disso, o Tribunal de Justiça deve assegurar que a sua interpretação das referidas disposições garante um nível de proteção que não viola o garantido no artigo 6.º da CEDH, conforme interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») (Acórdão A. K. e o., n.º 118).

101. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça declarou que «o simples facto de [os juízes] terem sido nomeados pelo presidente da República não é suscetível de criar uma dependência daqueles para com este, nem de gerar dúvidas quanto à sua imparcialidade, se, uma vez nomeados, os interessados não estiverem sujeitos a nenhuma pressão e não receberem instruções no exercício das suas funções [...] Todavia, continua a ser necessário garantir que as condições *materiais* e as *modalidades processuais que presidem à adoção dessas decisões de nomeação* sejam tais que não possam criar, no espírito dos particulares, dúvidas legítimas quanto à impermeabilidade dos juízes em causa em relação a elementos externos e à sua neutralidade relativamente aos interesses em confronto, uma vez nomeados os interessados» (o sublinhado é meu; Acórdão A. K. e o., n.ºs 133 e 134).

102. Em segundo lugar, decorre igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as regras relativas à *nomeação* de juízes devem, juntamente com outros tipos de regras que lhes digam respeito (tais como o regime disciplinar aplicável aos juízes, a sua inamovibilidade e assim por diante), contribuir para garantir essa independência, nomeadamente para eliminar quaisquer dúvidas legítimas, no espírito dos particulares, quanto à impermeabilidade dessa instância em relação a elementos externos, em especial, influências diretas ou indiretas dos poderes legislativo e executivo, e quanto à sua neutralidade em relação aos interesses concorrentes, e não pode ser permitida qualquer falta de aparência de independência ou de imparcialidade deste órgão jurisdicional, suscetível de afetar a confiança que a justiça deve inspirar nos referidos particulares numa sociedade democrática⁴³.

103. Por conseguinte, quando as regras nacionais relativas à nomeação de juízes estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 19.º, do segundo parágrafo, TUE, o Estado-Membro está obrigado a garantir que o processo de nomeação é realizado de uma forma que salvguarde a independência e a imparcialidade dos juízes assim nomeados.

43 V., neste sentido, Acórdão A. K. e o., n.º 153 e n.º 2 da parte decisória.

104. É certo que o direito da União, no seu estado atual: i) não contém qualquer norma ou princípio que confira um direito a um recurso jurisdicional aos candidatos a um lugar de juiz como os que estão em causa no processo principal, nem estabelece as condições de eficácia que tal direito deve satisfazer; e ii) não prevê, no âmbito de tal recurso, que os candidatos têm o direito de não ser discriminados em função dos tipos de cargos judiciais vagos em causa.

105. No entanto, conforme o Tribunal de Justiça já declarou (Acórdão A. K. e o., n.º 153), embora determinados aspetos da legislação nacional não sejam suscetíveis, por si só e quando considerados isoladamente, de pôr em causa a independência de um órgão jurisdicional ou dos seus membros, o mesmo pode, em contrapartida, não ser verdade quando são *considerados conjuntamente*, como uma *acumulação de fatores jurídicos e factuais* cuja combinação é capaz de suscitar dúvidas, no espírito dos particulares, quanto à impermeabilidade desse órgão jurisdicional ou dos seus membros em relação a elementos externos, e, em especial, às influências diretas ou indiretas dos poderes legislativo e executivo, e quanto à sua neutralidade em relação a interesses concorrentes e, por conseguinte, se pode ter como consequência que o referido órgão jurisdicional ou os seus membros não tenham a aparência de independência ou imparcialidade, situação que pode afetar a confiança que a justiça deve inspirar nos referidos particulares numa sociedade democrática.

106. Neste sentido, o Tribunal de Justiça já esclareceu (Acórdão A. K. e o., n.ºs 131 a 153), *relativamente a um conjunto de circunstâncias normativas e factuais semelhantes às que estão em causa no processo principal*, que a circunstância seguinte, conjugada com essas outras circunstâncias, e sob reserva da apreciação e da verificação definitivas que cabe ao órgão jurisdicional efetuar, pode suscitar tais dúvidas.

107. O Tribunal de Justiça sublinhou⁴⁴ que, «[a]lém disso, e tendo em conta o facto de, como resulta dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça, as decisões do presidente da República que nomeiam juizes para o Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) não poderem ser objeto de fiscalização jurisdicional, cabe ao tribunal nacional verificar se a forma como é definido, no artigo 44.º, n.ºs 1 e 1a, da Lei sobre o KRS, o *alcance do recurso que pode ser interposto contra uma deliberação do KRS, incluindo as suas decisões sobre a apresentação de uma proposta de nomeação para o lugar de juiz desse tribunal, permite assegurar uma fiscalização jurisdicional efetiva dessas deliberações, abrangendo, pelo menos, a verificação da ausência de excesso ou desvio de poder, erro de direito ou erro manifesto de apreciação* (v., neste sentido, TEDH, 18 de outubro de 2018, Thiam c. França, CE:ECHR:2018:1018JUD008001812, §§ 25 e 81» (o sublinhado é meu).

108. No contexto polaco, a inobservância dos requisitos mínimos da fiscalização jurisdicional estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no número anterior tem *um impacto direto* na avaliação da independência de juizes nomeados.

109. Em meu entender, é importante que o Tribunal de Justiça tenha em conta que, embora determinados tipos de processos e regras que regem a nomeação de juizes nos Estados-Membros (e, por conseguinte, também a inexistência de um recurso judicial no âmbito de tais processos, como é o caso do processo principal) possam não ser contestados, enquanto tais, ao abrigo do direito da União, *podem efetivamente revelar-se inaceitáveis quando se baseiam numa recomendação de um organismo que manifestamente não é independente*.

44 V. Acórdão A. K. e o., n.º 145. Alguma doutrina chega mesmo a sugerir que este número deve ser interpretado no sentido de que o Tribunal de Justiça impõe uma obrigação específica quanto à organização dos processos nacionais de nomeações de juizes, uma vez que o Tribunal de Justiça declara que o órgão jurisdicional de reenvio tem de garantir que a parte do processo de nomeação de juizes que conduz à apresentação de um candidato ao presidente da República pode ser objeto de fiscalização jurisdicional no que diz respeito, pelo menos, à verificação da ausência de excesso ou desvio de poder, erro de direito ou erro manifesto de apreciação. V. Krajewski, M., e Ziółkowski, M., *EU judicial independence decentralized: A.K., Common Market Law Review* 57 (2020).

110. Em primeiro lugar, as decisões controvertidas do KRS são, essencialmente, decisões administrativas que produzem efeitos jurídicos em relação aos candidatos ao cargo de juiz em causa⁴⁵. Como qualquer outra intervenção do Estado, o processo de nomeação de juízes deve reger-se por normas jurídicas, cujo cumprimento deve poder ser objeto de fiscalização por um organismo judicial independente.

111. Com efeito, em particular, a Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes⁴⁶ estabelece o «direito de recurso» de qualquer juiz que considere que os direitos que lhe são conferidos pelo estatuto, ou mais genericamente, a sua independência, ou a independência do processo judicial, são ameaçados ou violados de alguma forma, perante um organismo independente como o anteriormente descrito. Isto significa que os juízes não estão desprotegidos face a uma violação da sua independência. O direito de recurso é uma garantia necessária, uma vez que é uma ilusão consagrar princípios para proteger o poder judicial se estes não foram acompanhados por mecanismos adequados que garantam a sua efetiva aplicação.

112. O TEDH já teve a oportunidade de confirmar, no processo Denisov c. Ucrânia, que os Conselhos da Magistratura devem cumprir o disposto no artigo 6.º da CEDH ou a sua decisão deve poder ser objeto de fiscalização por um organismo competente para o efeito. A questão do cumprimento das garantias fundamentais de independência e de imparcialidade pode colocar-se quando a própria estrutura e o funcionamento de um Conselho da Magistratura como o KRS (no caso em apreço, atuando como órgão disciplinar) levanta sérias questões a este respeito⁴⁷. Na doutrina, um autor⁴⁸ alegou que a anterior conclusão apenas deve ser aplicável quando o Conselho da Magistratura atua como órgão disciplinar e não quando desempenha «meras» funções consultivas, como sucede no âmbito das nomeações de juízes. Não partilho deste ponto de vista, uma vez que tal distinção não está estabelecida na jurisprudência do TEDH e, em todo o caso, não é válida, em meu entender, num contexto como o da Polónia.

113. Em segundo lugar, as considerações expostas no n.º 109 das presentes conclusões são confirmadas pelo princípio segundo o qual uma decisão de uma autoridade administrativa que, por si só, não cumpra os requisitos de independência e de imparcialidade deve ser sujeita a posterior fiscalização por parte de um órgão jurisdicional⁴⁹.

114. O Tribunal de Justiça teve recentemente a oportunidade de confirmar que a independência do poder judicial, em particular em relação ao poder executivo, é um elemento da tutela jurisdicional efetiva⁵⁰. Tal tutela deve, em princípio, ser conferida a todos os cidadãos da União, incluindo aos candidatos ao cargo de juiz do Supremo Tribunal.

115. Conforme o Tribunal de Justiça declarou no Acórdão Simpson e HG⁵¹, «decorre do direito fundamental a uma ação perante um tribunal independente, imparcial e previamente estabelecido por lei, garantido pelo artigo 47.º da Carta, que todos os sujeitos de direito devem, em princípio, ter a possibilidade de invocar uma violação desse direito. Daí resulta que o juiz da União deve poder verificar se uma irregularidade que viciasse o processo de nomeação em causa pode ter dado origem a uma violação desse direito fundamental». Considero que o mesmo é válido para os órgãos jurisdicionais nacionais (que são igualmente órgãos jurisdicionais da União). Mais uma vez, embora a

45 Isto é confirmado pelo Acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional no processo SK 57/06.

46 Conselho da Europa, DAJ/DOC (98) 23, Estrasburgo, 8-10 de julho de 1998.

47 TEDH, 25 de setembro de 2018, Denisov c. Ucrânia, CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (Grande Secção), §§ 67 e segs. V., igualmente, § 79.

48 Leloup, M., «An uncertain first step in the field of judicial self-government», E.C.L. Review 2020, 16(1), 145-169, p. 156.

49 V., relativamente ao artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta, Acórdão de 13 de dezembro de 2017, El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:960, n.º 39). Considero que a abordagem não pode ser diferente em virtude do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE.

50 V. Acórdão A. K. e o. e Acórdão de 26 de março de 2020, Reapreciação Simpson e HG/Conselho e Comissão (C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232).

51 Acórdão de 26 de março de 2020, Reapreciação Simpson e HG/Conselho e Comissão (C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, n.º 55).

referida jurisprudência tenha especificamente por objeto o artigo 47.º da Carta, o Tribunal de Justiça explica, no Acórdão A. K. e o., que, caso a sua análise incidisse sobre os artigos 2.º e 19.º TUE, as conclusões daí extraídas seriam idênticas às da análise do artigo 47.º da Carta (v. n.ºs 167 a 169 do referido acórdão).

116. Com efeito, o Supremo Tribunal já declarou de forma inequívoca que o KRS não é independente⁵².

117. Em particular, tendo em conta os múltiplos e graves vícios jurídicos, concluiu que as escolhas do KRS não são independentes dos interesses políticos, o que afeta o cumprimento, pelas pessoas nomeadas para o cargo de juiz sob proposta do KRS, dos critérios objetivos de imparcialidade e de independência (v. n.º 36 da Decisão de 23 de janeiro de 2020). Além disso, o Supremo Tribunal declarou que, devido à politização do KRS, é bastante provável que os concursos para cargos na magistratura sejam decididos com base na lealdade política ou no apoio à reforma do sistema judicial realizada pela maioria parlamentar e que viola a Constituição polaca, e não com base em critérios objetivos. Do ponto de vista do sistema de justiça no seu conjunto, esta politização compromete a confiança na imparcialidade dos titulares de cargos públicos assim nomeados. A falta de independência consiste, essencialmente, no facto de as decisões do referido órgão estarem sujeitas às autoridades políticas, nomeadamente ao poder executivo (v. n.º 38 da Decisão de 23 de janeiro de 2020).

118. Em primeiro lugar, nas Conclusões que apresentei nos processos apensos A. K. e o. (Independência da Secção Disciplinar do Supremo Tribunal, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:551), constatei que o KRS não é um organismo independente, uma vez que os mandatos dos seus membros tinham sido revogados prematuramente e o seu modo de nomeação implica que 23 dos 25 membros provenham das autoridades legislativa e executiva, o que revela lacunas que se afiguram suscetíveis de comprometer a independência do KRS em relação às autoridades legislativa e executiva (v., nomeadamente, n.ºs 132 e 135).

119. Com efeito, conforme salientado no Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes (v. n.º 111 das presentes conclusões), «2.1. [da exposição de motivos da mesma Carta] os candidatos a juízes devem ser selecionados e recrutados por um organismo ou júri independente» e «1.3. [da referida Carta] No que diz respeito às decisões que afetam a seleção, recrutamento, nomeação, progressão na carreira ou cessação das funções de juiz, o estatuto prevê a intervenção de uma autoridade independente dos poderes executivo e legislativo na qual pelo menos metade dos seus membros são juízes eleitos pelos seus pares, segundo métodos que garantem a mais ampla representação do poder judicial». Isto sucede porque «a independência exigida a este organismo impede a eleição ou nomeação dos seus membros por uma autoridade política dependente dos poderes executivo ou legislativo. Se este processo fosse seguido, existiria um risco de influência política partidária na nomeação e no papel dos juízes. Os juízes que integram o organismo independente devem, precisamente, abster-se de pedir favores dos partidos ou organismos políticos aos quais devem a sua nomeação ou eleição» (v. ponto 1.3. da exposição de motivos da referida Carta).

120. Em seguida, remeto para o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça nesse processo (A. K. e o.) e para o Acórdão de 26 de março de 2020, Miasto Łowicz e Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuratorę Krajową (Regime disciplinar dos juízes), processos apensos C-558/18 e C-563/18, EU:C:2020:234.

52 V. Acórdão de 5 de dezembro de 2019 do Supremo Tribunal e decisão da Grande Secção das três Secções do Supremo Tribunal de 23 de janeiro de 2020 (a seguir «Decisão de 23 de janeiro de 2020»).

121. Em 5 de dezembro de 2019, o órgão jurisdicional de reenvio no processo A. K. e o., o Sąd Najwyższy — Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Supremo Tribunal, Secção do Trabalho e dos Seguros Sociais, Polónia), declarou — com base nesse acórdão do Tribunal de Justiça — que o KRS, na sua atual composição, não é um organismo imparcial e independente dos poderes legislativo e executivo. Declarou também que a Secção Disciplinar do Supremo Tribunal não podia ser considerada um tribunal, na aceção do artigo 47.º da Carta e do artigo 45.º, n.º 1, da Constituição polaca.

122. O acórdão estabeleceu igualmente que i) o KRS não era independente das autoridades políticas desde a sua criação em 2018; ii) o novo KRS tinha sido instituído em violação de disposições constitucionais⁵³; e iii) o acórdão teve em conta outros fatores que afetavam a independência do KRS (a eleição dos atuais membros do KRS não tinha sido transparente; a independência do KRS tinha sido questionada publicamente diversas vezes por organizações não governamentais, associações de advogados e juizes dos tribunais comuns; os membros do KRS tinham sido promovidos pelo Ministro da Justiça para os cargos de presidente ou de vice-presidente do tribunal, ou para outros cargos judiciais elevados; e os membros do KRS também tinham apoiado publicamente as reformas do poder judicial efetuadas pelo Governo)⁵⁴. O referido Acórdão de 5 de dezembro de 2019 (n.ºs 67 e 68) concluiu que a Secção Disciplinar não poderia ser considerada um tribunal na aceção do direito da União, também com base no facto de as candidaturas para essa secção propostas pelo KRS não terem sido sujeitas a fiscalização jurisdicional.

123. Esse acórdão foi confirmado pelo Supremo Tribunal (Secção do Trabalho e dos Seguros Sociais) em 15 de janeiro de 2020 (noutros processos que deram origem ao Acórdão A. K. e o.) e, em particular, em 23 de janeiro de 2020, quando a Grande Secção que reúne todos os juizes das três Secções do Supremo Tribunal adotou uma decisão⁵⁵, equiparável a um princípio jurídico. Esta confirmou a referido Acórdão de 5 de dezembro de 2019 e declarou que o KRS não era independente do poder executivo.

124. Em segundo lugar, a gravidade da situação no que diz respeito ao KRS é confirmada pelo facto de o Comité Executivo da Rede Europeia dos Conselhos Superiores da Magistratura (RECJ) ter adotado, em 27 de maio de 2020, uma tomada de posição sobre a qualidade do KRS enquanto membro do RECJ. Nesta tomada de posição, o Comité expõe os fundamentos da proposta que apresentou à Assembleia-Geral de expulsar o KRS do RECJ (v. <https://www.RECJ.eu/node/556>). Os fundamentos são, em substância, i) o KRS não cumpre a regra estatutária do RECJ segundo a qual um Conselho membro deve ser independente do poder executivo; ii) o KRS viola manifestamente a regra do RECJ de assegurar a independência do poder judicial, defender o poder judicial, bem como os juizes individualmente, em conformidade com a sua função de garante, face a quaisquer medidas que ameacem comprometer os valores fundamentais de independência e autonomia; e iii) o KRS prejudica a aplicação do direito da União em matéria de independência dos juizes e tribunais e, assim, a sua eficácia. Deste modo, atua contra os interesses do Espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, e os valores que este defende. O Comité concluiu que o KRS violou de forma grave as finalidades e os objetivos do RECJ previstos nos artigos 3.º e 4.º dos seus Estatutos e que não estava disposto a corrigir a situação. Importa salientar que o KRS já foi suspenso do RECJ em 17 de setembro de 2018 por ter deixado de cumprir os requisitos, impostos por este organismo, de independência dos poderes executivo e legislativo de forma a garantir a independência do poder judicial polaco.

53 V. n.ºs 40 e 41 do referido acórdão. A nova Lei sobre o KRS destituiu os membros eleitos do KRS antes do final do seu mandato e alterou as regras de eleição. A eleição original por parte de juizes, de diferentes tipos e níveis de tribunais, foi substituída pelo poder supremo do Parlamento para eleger 15 membros do KRS. O facto de o Sejm decidir sobre a maioria dos membros do KRS, desvirtuou o equilíbrio entre os três ramos de poder, constitucionalmente previsto no artigo 187.º, n.º 1, da Constituição.

54 V. processo III Po 7/18, Acórdão do Supremo Tribunal polaco de 5 de dezembro de 2019, nomeadamente, n.ºs 40 e 41, 46 a 48, 49, 50 e 51 e 56.

55 BSA I-4110-1/20. V. versão inglesa, disponível em: www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/BSA%20I-4110-1_20_English.pdf.

125. Além disso, o RECJ baseou a sua proposta de expulsar o KRS nos seguintes elementos e posições de organizações, tais como i) o Escritório de Direitos Humanos e Instituições Democrática (ODIHR) da Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa (OSCE), o Conselho da Europa [Greco, Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (a seguir «Comissão de Veneza») e a Assembleia Parlamentar], as instituições da União Europeia e as redes de magistrados e de advogados da Europa, que criticaram as reformas do poder judicial na Polónia e o papel do KRS; ii) um relatório de 6 de janeiro de 2020 do Comité de Acompanhamento da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, nos termos do qual «[a] reforma do [KRS] colocou esta instituição sob o controlo do poder executivo, o que é incompatível com o princípio de independência»; iii) o parecer conjunto urgente da Comissão de Veneza e da Direção-Geral dos Direitos Humanos e do Estado de direito (DGI) do Conselho da Europa de 16 de janeiro de 2020⁵⁶, que recomendava, designadamente, «o restabelecimento dos poderes da comunidade judicial em matéria de nomeações, promoções e destituições de juízes», significa que o KRS estava sob controlo do poder executivo; iv) a decisão da Grande Secção do Supremo Tribunal polaco, referida no n.º 123 das presentes conclusões; v) o Despacho de medidas provisórias do Tribunal de Justiça, C-791/19 R, EU:C:2020:277, proferido num processo em que a Comissão alega, designadamente, que a independência da nova Secção Disciplinar na Polónia não está garantida, uma vez que os seus juízes são selecionados pelo KRS, enquanto os membros juízes do KRS são selecionados pela câmara baixa do Parlamento polaco; vi) a abertura, pela Comissão, de outro procedimento por infração através de uma notificação para cumprir à Polónia respeitante à nova Lei do poder judicial de 20 de dezembro de 2019, que entrou em vigor em 14 de fevereiro de 2020⁵⁷; vii) em 13 de maio de 2020, a Comissão LIBE do Parlamento Europeu publicou um projeto de relatório provisório no âmbito do procedimento previsto no artigo 7.º TUE contra a Polónia. Quanto ao impacto da Lei polaca de 20 de dezembro de 2019, relativa à independência do KRS, o relatório declara que «23. (...) esta medida conduziu a uma profunda politização do [KRS]; (...) 26. Exorta a Comissão a dar início a um procedimento por infração contra a [Lei sobre o KRS] e a pedir ao [Tribunal de Justiça] para suspender as atividades do novo [KRS] através da aplicação de medidas provisórias»⁵⁸.

126. O parecer conjunto urgente de 16 de janeiro de 2020⁵⁹, referido no número anterior, sublinha que «[a] comunidade judicial na Polónia perdeu o poder de designar representantes para o [KRS], e, assim, a sua influência em matéria de recrutamento e promoção de juízes. Antes da reforma de 2017, 15 (dos 25) membros do [KRS] eram juízes eleitos pelos seus pares. Desde a reforma de 2017, estes membros são eleitos pelo Parlamento. Conjugada com a substituição imediata, no início de 2018, de todos os membros nomeados ao abrigo das antigas regras, esta medida conduziu a uma profunda politização do [KRS]». Além disso, «em 2017, foram criadas duas novas Secções no Supremo Tribunal: a Secção Disciplinar e a Secção de Fiscalização Extraordinária e Assuntos Públicos. (...) Estas novas Secções são compostas por juízes recentemente nomeados, escolhidos pelo novo [KRS], e possuem poderes especiais — incluindo o poder da Secção Extraordinária para anular decisões definitivas proferidas por órgãos jurisdicionais inferiores ou pelo próprio Supremo Tribunal através de fiscalização extraordinária ou o poder da Secção Disciplinar para sancionar outros juízes. Isto coloca estas novas Secções acima de todas as outras e cria, de facto, um “Supremo Tribunal dentro do Supremo Tribunal”». Quanto ao KRS, o parecer conjunto urgente conclui que «[a] Comissão de Veneza considera que é necessário

56 V., igualmente, número seguinte das presentes conclusões. O parecer da Comissão de Veneza é referido na nota 11 das presentes conclusões.

57 Com base, nomeadamente, no facto de que, nos termos dessa lei, o conteúdo das decisões judiciais pode ser considerado uma infração disciplinar; a lei impede os órgãos jurisdicionais polacos de cumprirem a sua obrigação de aplicarem o direito da União ou de apresentarem pedidos de decisão prejudicial. Impede igualmente os órgãos jurisdicionais polacos de avaliarem, no âmbito de processos que lhes são submetidos, a competência decisória de outros juízes. Após a prolação do Acórdão A. K. e o. de 19 de novembro de 2019 e do Acórdão de 5 de dezembro de 2019 do Supremo Tribunal, a Polónia introduziu legislação que sujeita a sanções disciplinares os juízes nacionais que questionem a legitimidade de determinados aspetos das reformas judiciais na Polónia (v. Leloup, *op.cit.*).

58 O RECJ refere igualmente uma carta da Associação Europeia de Juízes, que representa a maioria dos juízes europeus, e uma carta conjunta da Associação Polaca de Juízes, *Iustitia*, da Associação de Juízes dos Tribunais de Família, *Pro Familia*, da Associação Polaca dos Juízes dos Tribunais Administrativos e do Presidium Permanente do Fórum de Cooperação de Juízes. Ambas as cartas apoiam publicamente a proposta de expulsão do KRS do RECJ.

59 Parecer n.º 977/2019, CDL-PI(2020)002. V., nomeadamente, n.ºs 8, 31 e seguintes.

regressar à questão da composição do [KRS], a fim de tornar o método de nomeação dos seus membros juízes conforme às normas e às melhores práticas europeias. Isso eliminaria o risco de caos jurídico, embora a questão da validade das nomeações de juízes entretanto efetuadas tivesse de ser resolvida pela autoridade polacas».

127. A jurisprudência do TEDH esclarece que a composição do organismo que nomeia os juízes é relevante do ponto de vista da exigência de «independência»⁶⁰.

128. A jurisprudência de Estrasburgo confirma igualmente que a independência da justiça diz respeito não apenas ao exercício de funções judiciais em casos concretos mas também à organização judicial (ou seja, à independência estrutural, tal como o modo de nomeação dos membros do órgão jurisdicional e o seu mandato) e à questão de saber se o órgão jurisdicional em causa apresenta, ou não, a «aparência de independência», que constitui um elemento essencial para manter a confiança que os tribunais devem inspirar numa sociedade democrática. A fim de proteger esta aparência de independência, é necessário prever garantias suficientes⁶¹.

129. À luz do exposto, considero (tal como a doutrina⁶²) que, devido às circunstâncias específicas da Polónia, a fiscalização jurisdicional dos processos de nomeação por um órgão jurisdicional cuja independência não suscita dúvidas é indispensável, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, para preservar a aparência de independência dos juízes nomeados em tais processos. Isto deve-se, nomeadamente, às rápidas alterações introduzidas nas disposições legislativas polacas que regem a fiscalização jurisdicional dos processos de seleção e das decisões do KRS (ou seja, designadamente, a Lei de 26 de abril de 2019), disposições que se afiguram contrárias à jurisprudência do Tribunal Constitucional (matéria que, no entanto, cabe aos órgãos jurisdicionais polacos esclarecer). Estas alterações suscitam dúvidas razoáveis quanto à questão de saber se o processo de nomeação está atualmente orientado para a seleção de candidatos independentes a nível interno, e não de candidatos politicamente convenientes, para o exercício de um cargo judicial numa instituição tão importante e sistémica como o Supremo Tribunal, o tribunal de última instância. Além disso, a doutrina salienta igualmente⁶³ que, segundo jurisprudência constante do Tribunal Constitucional anterior a 2015, os processos de nomeação e as decisões do KRS deviam, ao abrigo da Constituição polaca, poder ser objeto de fiscalização jurisdicional. No contexto específico da Polónia, a fiscalização jurisdicional da decisão do KRS constituía uma garantia significativa da objetividade e da imparcialidade dos processos de nomeação e do direito constitucional de igualdade de acesso a funções públicas.

130. Esta conclusão é corroborada por instrumentos de direito internacional não vinculativos relativos aos conselhos nacionais da magistratura. O Conselho Consultivo dos Juízes Europeus (CCJE) emitiu um parecer⁶⁴ que estabelece que «[a]lgumas decisões do Conselho da Magistratura relativas à gestão e administração do sistema de justiça, bem como as decisões relativas à *nomeação*, mobilidade, promoção, disciplina e destituição de juízes [...] *devem* ser fundamentadas, ter força vinculativa, [ser] *passíveis de fiscalização jurisdicional*. Com efeito, a *independência do Conselho da Magistratura não significa que este se encontra à margem da lei e isento de fiscalização jurisdicional*» (o sublinhado é meu).

60 V. TEDH, Oleksandr Volkov c. Ucrânia (n.º 21722/11), §§ 109-117 e 130; Özpınar c. Turquia, n.º 20999/04, §§ 78-79.

61 V. TEDH, Findlay c. Reino Unido (n.º 22107/93), § 73; TEDH, Sramek c. Áustria (n.º 8790/79), § 42; Campbell e Fell c. Reino Unido, n.º 7819/77 e 7878/77, § 78; TEDH, Cooper c. Reino Unido (n.º 48843/99), § 104; TEDH, Sacilor Lormines c. França (n.º 65411/01), § 63; e TEDH, Clarke c. Reino Unido (n.º 23695/02).

62 Krajewski e Ziółkowski, *op.cit.*, p. 1128.

63 Krajewski e Ziółkowski, *op.cit.*, p. 1128, remete para o Acórdão do Tribunal Constitucional no processo SK 57/06.

64 Parecer n.º 10 (2007) do [CCJE] à atenção do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o Conselho da Magistratura ao serviço da sociedade, 23 de novembro de 2007, Estrasburgo.

131. Conforme o Tribunal de Justiça salientou recentemente no Acórdão Simpson e HG⁶⁵, «o [TEDH] já teve a oportunidade de salientar que o direito de ser julgado por um tribunal “estabelecido por lei”, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, CEDH, engloba, pela sua própria natureza, o processo de nomeação dos juízes (TEDH, 12 de março de 2019, Ástráðsson c. Islândia, CE:ECHR:2019:0312JUD002637418, não definitivo, § 98)»⁶⁶.

132. Assim, «[d]ecorre da [jurisprudência] que uma irregularidade cometida na nomeação dos juízes no interior do sistema judicial em causa implica uma violação do artigo 47.º, segundo parágrafo, primeiro período, da Carta, nomeadamente quando essa irregularidade seja de uma natureza e de uma gravidade tais que *cria um risco real de que outros ramos do poder, particularmente o executivo, possam exercer um poder discricionário indevido que ponha em perigo a integridade do resultado a que conduz o processo de nomeação e semeie, assim, uma dúvida legítima no espírito dos sujeitos de direito quanto à independência e à imparcialidade do ou dos juízes em causa, o que é o caso quando estão em questão regras fundamentais que fazem parte integrante do estabelecimento e do funcionamento desse sistema judicial*» (o sublinhado é meu)⁶⁷.

133. Decorre do exposto que o órgão jurisdicional de reenvio pode manter a sua competência para se pronunciar sobre os recursos no processo principal.

134. No entanto, considero (tal como o provedor de Justiça) que não é possível admitir a competência do órgão jurisdicional nacional que, em regra, é chamado a apreciar litígios como o que está em causa no processo principal, ou seja, a Secção Disciplinar do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), uma vez que, em todo o caso, as condições e circunstâncias das nomeações de juízes para esta Secção suscitam dúvidas quanto à sua independência e que já se considerou que essa Secção não constitui um órgão jurisdicional independente na aceção do direito da União⁶⁸. Outras Secções desse órgão jurisdicional, às quais foram afetados juízes nomeados com base em decisões do KRS como as que estão em causa no processo principal, também não constituem o fórum adequado para este processo devido ao princípio *nemo iudex in causa sua* (ninguém pode ser juiz em causa própria).

135. Daqui decorre que o recurso interposto no órgão jurisdicional de reenvio é a única via judicial que permite aos recorrentes no processo principal, enquanto candidatos ao cargo de juiz, obter um controlo objetivo do processo de nomeação para o Supremo Tribunal enquanto órgão jurisdicional de última instância na aceção do artigo 267.º, n.º 3, TFUE, que está sujeito às garantias previstas no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE.

136. Uma vez que se deve responder à terceira questão no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio pode ignorar os efeitos da Lei de 26 de abril de 2019 e declarar-se competente para apreciar os litígios em causa no processo principal ao abrigo do quadro jurídico aplicável antes da adoção da referida lei, importa agora abordar as duas primeiras questões prejudiciais. Estas têm por objeto as condições eventualmente impostas pelo direito da União a recursos como os que estão em causa no processo principal previstos pelo direito nacional à luz do princípio da eficácia (primeira questão) e do princípio da igualdade de tratamento (segunda questão).

65 Acórdão de 26 de março de 2020, Reapreciação Simpson e HG/Conselho e Comissão (C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, n.º 74).

66 Importa salientar que, em 1 de dezembro de 2020, esse acórdão não definitivo foi confirmado e a Grande Secção do TEDH declarou, por unanimidade, que tinha existido uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH devido a graves violações na nomeação de um juiz para o Tribunal de Recurso da Islândia (petição n.º 26374/18).

67 Acórdão de 26 de março de 2020, Reapreciação Simpson e HG/Conselho e Comissão (C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, n.º 75).

68 V. n.ºs 121 e segs. das presentes conclusões. V., igualmente, Acórdão A.K. e o. e Despacho no processo C-791/19 R (EU:C:2020:277).

2. Quanto à primeira questão prejudicial

137. Esta questão deve ser entendida no sentido de que visa determinar se o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE se opõe — tendo em conta todo o contexto normativo e factual nacional na Polónia — a um sistema de recurso que apresenta falhas em termos de eficácia, como o que era inicialmente aplicável aos litígios no processo principal.⁶⁹

a) Resumo dos argumentos das partes

138. Em substância, o KRS alega que as disposições nacionais em causa, conforme alteradas pela Lei de 26 de abril de 2019, estão abrangidas pela autonomia processual dos Estados-Membros, desde que esteja garantida uma fiscalização jurisdicional efetiva, o que sucede ao abrigo do artigo 44.º, n.º 4, da Lei sobre o KRS. O facto de a parte da decisão do KRS relativa à proposta de nomeação se tornar definitiva justifica-se pela necessidade de preencher rapidamente as vagas no Supremo Tribunal. A forma como os quinze membros do KRS são eleitos constitui uma opção que é da competência exclusiva dos Estados-Membros e não está sujeita a fiscalização pelo Tribunal de Justiça.

139. O procurador-geral alega, no essencial, em primeiro lugar, que a suspensão, pelo órgão jurisdicional de reenvio, das decisões do KRS em causa foi ilegal. Em segundo lugar, não existe qualquer norma vinculativa comum ao abrigo do direito da União em relação i) ao processo de nomeação de juízes e ao eventual papel, neste contexto, de outras autoridades nacionais, ou ii) à possibilidade de interposição de recurso contra decisões adotadas neste domínio, possibilidade que, de resto, não existe em vários Estados-Membros.

140. O Governo polaco alega, em substância, que as disposições de direito da União invocadas nas questões prejudiciais não constituem um critério de controlo de disposições nacionais relativas a processos de nomeação de juízes, pois, caso contrário, o princípio do respeito das tradições constitucionais dos Estados-Membros seria violado. O KRS é um órgão constitucional do Estado, independente dos poderes legislativo, executivo e judicial, cujo papel consiste em harmonizar as relações mútuas destes três ramos do poder, garantindo simultaneamente a independência dos juízes. Qualquer fiscalização jurisdicional de decisões do KRS que não se limite ao respeito das regras processuais, mas que incida igualmente sobre o mérito das decisões e da seleção efetuada, afeta a competência exclusiva conferida ao KRS e o equilíbrio constitucional pretendido.

141. O provedor de Justiça alega, em substância, que a forma como os juízes são nomeados constitui um dos elementos que podem ser avaliados para verificar que a independência de juízes é garantida e, tendo em conta o papel fundamental que o KRS desempenha no processo de nomeação de juízes do Supremo Tribunal, o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE deve igualmente ser aplicável ao processo perante este órgão e à possibilidade de interposição de recursos das suas decisões.

142. A.B., C.D., E.F. e I.J. alegam que o artigo 44.º, n.ºs 1b e 4, da Lei sobre o KRS apenas prevê uma fiscalização fictícia e um acesso puramente formal a uma via de recurso, pelo que, assim, não garante a tutela jurisdicional efetiva dos direitos em causa, violando os artigos 2.º, 4.º, n.º 3, terceiro parágrafo, 6.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, TUE, em conjugação com o artigo 47.º da Carta.

143. A Comissão alega que o artigo 19.º, n.º 1, TUE não estabelece um requisito geral segundo o qual as decisões sobre a nomeação de juízes devem ser sujeitas a fiscalização jurisdicional ou que tal requisito deve ser aplicável aos pareceres emitidos no âmbito da seleção de juízes, nem que tal fiscalização deve ter efeito suspensivo. O artigo 19.º, n.º 1, TUE apenas seria violado em circunstâncias específicas, ou seja, quando a alteração de regras jurídicas relativas à nomeação de juízes de um órgão

⁶⁹ V. n.ºs 1a, 1b e 4 do artigo 44.º da Lei sobre o KRS.

jurisdicional, concomitantemente com alterações de outras disposições legais aplicáveis a esse órgão jurisdicional, equivale a uma distorção estrutural suscetível de afetar a perceção de independência desse órgão jurisdicional do ponto de vista dos sujeitos de direito. A Comissão alega que tais circunstâncias não se verificam no presente processo.

b) Apreciação

144. Há que remeter para as explicações e para a análise do órgão jurisdicional de reenvio que figuram nos n.ºs 8 a 10 das presentes conclusões.

145. As considerações expostas na apreciação da terceira questão são igualmente aplicáveis *mutatis mutandis* no âmbito da primeira questão, a fim de estabelecer que o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE se opõe — no contexto jurídico e factual na Polónia — a um sistema de recurso judicial que tem falhas em termos de eficácia, como o que era inicialmente aplicável no processo principal (n.ºs 1a, 1b e 4 do artigo 44.º da Lei sobre o KRS).

146. Considero (tal como o órgão jurisdicional de reenvio) que a via de recurso de que dispõem os participantes no processo cuja nomeação não foi proposta é totalmente ineficaz, na medida em que não altera a situação jurídica de um candidato que interpôs recurso no processo concluído com a decisão do KRS que foi anulada. Também não permite a reapreciação da candidatura dessa pessoa à vaga de juiz do Supremo Tribunal caso esta candidatura tenha sido apresentada na sequência de um anúncio de concurso para um determinado cargo de juiz.

147. Em meu entender, para que um sistema de recurso seja eficaz, é necessário que 1) a interposição de um recurso por um dos candidatos não selecionados para o cargo de juiz no Supremo Tribunal suspenda qualquer processo de nomeação até que esse recurso tenha sido examinado pelo órgão jurisdicional de reenvio; 2) o provimento do recurso da decisão do KRS relativa a uma decisão de não apresentação de uma proposta de nomeação para o Supremo Tribunal obrigue o organismo competente no Estado-Membro (o KRS) a reapreciar o processo individual relativo à nomeação para o cargo de juiz do Supremo Tribunal; 3) a decisão se torne válida se o órgão jurisdicional de reenvio tiver negado provimento aos recursos interpostos contra a mesma e só então for possível apresentar a decisão ao presidente da República e nomear para o cargo de juiz do Supremo Tribunal o candidato designado na proposta.

148. Por conseguinte, considero que existe uma dúvida legítima quanto à eficácia da via de recurso disponível contra as decisões do KRS adotadas em processos individuais relativos à nomeação para o Supremo Tribunal, e, assim, em processos relativos a direitos garantidos pelo direito da União, uma vez que o que está aqui em causa é a nomeação para o cargo de juiz no órgão jurisdicional de última instância de um Estado-Membro. Isto é tanto mais verdade quanto o sistema de recurso de decisões em tais processos difere do que é aplicável a processos de seleção relativos a cargos de juiz vagos em órgãos jurisdicionais distintos do Supremo Tribunal (que manifestamente se manteve inalterado e não prevê as «inovações» restritivas recentemente introduzidas), o que não pode ser exclusivamente justificado pelo critério do órgão jurisdicional no qual a vaga deve ser preenchida.

149. O órgão jurisdicional de reenvio considera que isto equivale a criar, entre duas categorias de candidatos à nomeação para o cargo de juiz, um acesso diferenciado a um órgão jurisdicional competente, o que pode violar o princípio da igualdade de acesso a um tribunal.

150. Importa sublinhar, nomeadamente, que não foram invocados argumentos convincentes que justifiquem essa diferença na eficácia do recurso e o «tratamento especial» do processo de nomeação do Supremo Tribunal.

151. Atendendo ao exposto, o órgão jurisdicional de reenvio tem razão ao considerar que essas regras nacionais não são conformes ao direito da União.

152. Com efeito, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que compete aos Estados-Membros, nomeadamente, por força do princípio da cooperação leal enunciado no artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, TUE, assegurar no seu território a aplicação e o respeito do direito da União. A este respeito, como prevê o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar aos interessados o respeito do seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União. Assim, compete aos Estados-Membros prever um sistema de vias de recurso e de processos que permita assegurar uma fiscalização jurisdicional efetiva nos referidos domínios⁷⁰. Esta proteção constitui uma característica essencial do Estado de direito nos termos do artigo 2.º TUE.

153. Uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio tem de fiscalizar as decisões do KRS em causa em conformidade com as disposições nacionais aplicáveis antes da alteração introduzida pela Lei de 26 de abril de 2019, esta fiscalização deve ser efetiva e não deve poder suscitar dúvidas legítimas, no espírito dos sujeitos de direito, quanto à validade do processo de nomeação de juízes nomeados com base neste fundamento.

154. Isto significa que o órgão jurisdicional de reenvio deve ter a possibilidade de exercer uma fiscalização jurisdicional — *pelo menos* na medida indicada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão A. K. e o. (n.º 145), ou seja, de uma forma que lhe permita verificar se existiu algum excesso ou desvio de poder, erro de direito ou erro manifesto de apreciação⁷¹.

155. Além disso, o princípio da tutela jurisdicional efetiva impõe que a decisão final adotada pelo órgão jurisdicional, na sequência da fiscalização acima referida, seja efetiva e que a efetividade seja garantida, caso contrário a referida decisão seria ilusória⁷².

156. Com efeito, conforme o Tribunal de Justiça declarou no Acórdão FMS⁷³, «o princípio do primado do direito da União e o direito a uma [tutela] jurisdicional efetiva, garantido pelo artigo 47.º da Carta, impõem ao órgão jurisdicional de reenvio que se declare competente para conhecer do recurso referido no número anterior do [...] acórdão [em causa], se nenhum outro órgão jurisdicional for competente, nos termos do direito nacional, para dele conhecer».

157. Isto significa que as disposições nacionais que constituem um obstáculo à prossecução dos objetivos do artigo 19.º, n.º 1, TUE não devem ser aplicadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Por conseguinte, no presente contexto, o órgão jurisdicional de reenvio não deve aplicar i) disposições que excluam totalmente a possibilidade de fiscalizar qualquer erro de avaliação dos candidatos a juízes à luz dos critérios que lhes são impostos, e ii) o caráter parcialmente definitivo das decisões do KRS relativas a candidatos que foram nomeados. Caso contrário, a fiscalização jurisdicional de tal decisão seria ilusória em relação ao candidato que foi nomeado.

158. Assim, no que diz respeito ao candidato que foi nomeado, uma legislação nacional como a que está em causa processo principal equivaleria à inexistência de qualquer fiscalização, o que permitiria a ação discricionária dos outros ramos do poder e suscitaria dúvidas legítimas no espírito dos sujeitos de direito, em violação do artigo 19.º, n.º 1, TUE.

70 V. Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 34 e jurisprudência referida).

71 O Tribunal de Justiça remete, a este respeito, para o TEDH, 18 de outubro de 2018, Thiam c. França, CE:ECHR:2018:1018JUD008001812, §§ 25 e 81.

72 V. Acórdão de 29 de julho de 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626, n.º 57).

73 Acórdão de 14 de maio de 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, n.º 299).

3. Quanto à segunda questão prejudicial

159. Tendo em conta que a resposta à primeira questão é afirmativa (ou seja, em meu entender, o sistema de recurso das decisões do KRS em processos individuais relativos a nomeações para o cargo de juiz do Supremo Tribunal não garante o direito a um recurso efetivo e à tutela jurisdicional efetiva, nem, inclusivamente, o alcance adequado desta tutela), com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio considera que é necessário determinar a importância dessas insuficiências no sistema de recurso das decisões controvertidas do KRS previsto na legislação nacional (bem como as referidas características dessas insuficiências), para estabelecer se também têm por consequência uma violação do *direito de igualdade de acesso a funções públicas*, contrária a objetivos de interesse geral.

160. A.B., C.D., E.F. e I.J. alegam, em substância, que o facto de terem sido privados de uma tutela jurisdicional efetiva do seu direito constitucional de acesso a funções públicas segundo as mesmas regras que se aplicam a pessoas cujas candidaturas foram propostas pelo KRS constitui igualmente uma violação de vários princípios do direito da União, tais como o princípio do Estado de direito, da igualdade de tratamento, da igualdade de acesso a funções públicas, bem como do equilíbrio institucional. Além disso, a forma como o KRS é composto não oferece qualquer garantia quanto à independência deste em relação aos poderes legislativo e executivo.

161. No entanto, basta salientar que uma eventual aplicação do princípio da igualdade de tratamento *consagrado no direito da União*, incluindo nos artigos 20.º e 21.º da Carta, perante uma diferença de tratamento como a que é alegada no processo principal (que supostamente existe entre os recursos de que dispõem os candidatos a juízes do Supremo Tribunal e os recursos de que dispõem os candidatos a outras funções judiciais) está longe de ser evidente, nomeadamente, *perante a inexistência de uma diferença de tratamento em matéria de acesso ao emprego baseada num dos motivos especificamente previstos na Diretiva 2000/78*.

162. Em todo o caso, considero que não é necessário responder à segunda questão prejudicial, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio poderá extrair elementos suficientes das respostas à primeira e terceira questões para resolver os litígios no processo principal.

V. Conclusão

163. Pelas razões expostas anteriormente, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Naczelny Sąd Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo, Polónia) o seguinte:

- 1) O artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, em conjugação com o artigo 267.º TFUE, deve ser interpretado no sentido de que:
 - tendo em conta o contexto e todos os outros elementos presentes na Polónia, conforme salientados pelo órgão jurisdicional de reenvio [designadamente: a) o legislador polaco alterou o quadro jurídico nacional para que as ações por incumprimento e os reenvios prejudiciais para o Tribunal de Justiça ficassem sem objeto; b) apesar de o órgão jurisdicional de reenvio ter suspenso as decisões do KRS em causa, o presidente da República procedeu, ainda assim, à nomeação, para o cargo de juiz do Supremo Tribunal em causa, de oito novos juízes propostos pelo KRS nas decisões controvertidas; e c) o legislador polaco, ao aprovar a Lei de 26 de abril de 2019, ignorou as decisões do Tribunal Constitucional que indicam claramente que deve existir uma fiscalização jurisdicional de decisões do KRS como as que estão em causa no processo principal], o artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma lei nacional como a Lei de 26 de abril de 2019, na medida em que esta lei estabeleceu que processos como os que o órgão jurisdicional de reenvio foi chamado a apreciar devem ser

arquivados, por força da lei, ao mesmo tempo que exclui que se remeta a fiscalização dos recursos para outro órgão jurisdicional nacional ou que os mesmos sejam reintroduzidos noutra órgão jurisdicional nacional;

- esta situação surge num contexto em que o órgão jurisdicional nacional inicialmente competente nos processos referidos, depois de iniciar eficazmente o processo de fiscalização das referidas resoluções do KRS, submete ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais, suprime o direito de acesso a um tribunal também no âmbito de processos individuais pendentes no órgão jurisdicional (inicialmente) competente para a sua apreciação, priva, seguidamente, esse órgão jurisdicional do direito de desencadear eficazmente um processo prejudicial no Tribunal de Justiça e do direito de aguardar a decisão deste, o que põe em causa o princípio da cooperação leal da União.

A supressão de um (direito a um) recurso judicial que até à data estava disponível num litígio como o que está em causa no processo principal, e, em particular, a aplicação desta supressão a litigantes que — tal como os recorrentes no processo principal — já interpuseram esse recurso constitui (tendo em conta o contexto e todos os outros elementos assinalados pelo órgão jurisdicional de reenvio subjacentes à referida supressão) uma medida cuja natureza aumenta — ou inclusivamente reforça — a falta da aparência de independência e de imparcialidade dos juízes efetivamente nomeados para o órgão jurisdicional em causa, bem como do próprio órgão jurisdicional. Tal falta da aparência de independência e de imparcialidade viola o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE.

O artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE pode ser aplicado diretamente pelo órgão jurisdicional de reenvio, tendo em vista afastar a aplicação da Lei de 26 de abril de 2019 e declarar-se competente para apreciar os litígios no processo principal com base no quadro jurídico aplicável antes da adoção da referida lei.

- 2) O artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE deve ser interpretado no sentido de que:

As considerações expostas no n.º 1 são igualmente aplicáveis *mutatis mutandis* no âmbito da primeira questão prejudicial, a fim de estabelecer que o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE se opõe — tendo em conta o contexto e todos os outros elementos presentes na Polónia e assinalados pelo órgão jurisdicional de reenvio — a um sistema de recurso judicial que tem falhas em termos de eficácia, como o que era inicialmente aplicável no processo principal (n.ºs 1a, 1b e 4 do artigo 44.º da Lei sobre o KRS).

Tendo em conta o contexto e todos os outros elementos presentes na Polónia, conforme assinalados pelo órgão jurisdicional de reenvio, as disposições nacionais que constituem um obstáculo à prossecução dos objetivos do artigo 19.º, n.º 1, TUE não devem ser aplicadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Por conseguinte, no presente contexto, o órgão jurisdicional de reenvio não deve aplicar i) disposições que excluam totalmente a possibilidade de fiscalizar qualquer erro de avaliação dos candidatos a juízes à luz dos critérios que lhes são impostos, e ii) o carácter parcialmente definitivo das decisões do KRS relativas a candidatos que foram nomeados. Caso contrário, a fiscalização jurisdicional de tal decisão seria ilusória em relação ao candidato que foi nomeado.