Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 21 de março de 2013 [1]

Processo C-431/11

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte
contra

Conselho da União Europeia

«Relações externas — Coordenação dos sistemas de segurança social — Projeto de acordo para alteração do anexo VI (segurança social) e do protocolo n.º 37 do Acordo EEE — Extensão do regime previsto no Regulamento (CE) n.º 883/2004 ao Espaço Económico Europeu — Decisão 2011/407/UE do Conselho, relativa à posição a tomar pela União Europeia no Comité Misto do EEE — Escolha da base jurídica material correta — Artigo 48.º TFUE, artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE ou artigo 217.º TFUE»

I — Introdução

1. Qual é a base jurídica que permite à União Europeia alargar a sua legislação interna em matéria de segurança social a países terceiros? É esta questão política sensível que está no cerne do presente litígio, em que o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, por um lado, e o Conselho da União Europeia, por outro lado, ambos coadjuvados por outros intervenientes, se contrapõem.

2. Este litígio foi despoletado pela extensão da nova legislação interna da União em matéria de coordenação dos sistemas de segurança social ao Espaço Económico Europeu (a seguir «EEE»), através do Comité Misto do EEE. Com este fim em vista, o Conselho, através da Decisão 2011/407/UE [2], estabeleceu previamente a posição a tomar pela União Europeia, baseando-se, para o efeito, nas disposições sobre a livre circulação dos trabalhadores no mercado interno europeu, mais concretamente no artigo 48.º TFUE.

3. É esta decisão que o Reino Unido impugna, por via do presente recurso de anulação. Ao contrário do Conselho e da Comissão, o Reino Unido, apoiado pela Irlanda, entende que não são as disposições em matéria de livre circulação dos trabalhadores mas sim as disposições em matéria de direitos dos nacionais de países terceiros no quadro do espaço de liberdade, segurança e justiça, designadamente o artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE, que deveriam ser chamadas à colação.

4. À primeira vista esta distinção entre o artigo 48.º TFUE e o artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE, ou mesmo a relação entre estas duas disposições e a competência em matéria de associação a que se refere o artigo 217.º TFUE, afigura-se profusamente técnica. Porém, na verdade, assume elevada relevância prática, em especial no que toca ao Reino Unido e à Irlanda. Com efeito, com fundamento

1 — Língua original: alemão.

2 — Decisão do Conselho, de 6 de junho de 2011, relativa à posição a tomar pela União Europeia no Comité Misto do EEE sobre uma alteração ao anexo VI (Segurança Social) e ao Protocolo n.º 37 do Acordo EEE (JO L 182, p. 12).

num regime de exceção estes dois Estados-Membros são livres de decidir se, no quadro do artigo 79.º n.º 2, alínea b), TFUE, pretendem participar nos atos legislativos da União (a chamada «solução *opt-in*»), ao passo que, não gozam de quaisquer direitos especiais no âmbito do artigo 48.º, primeiro parágrafo, TFUE, pelo que apenas podem, no limite, servir-se, em relação a atos legislativos, do chamado «mecanismo de travão de emergência» (artigo 48.º, segundo parágrafo, TFUE).

5. O acórdão do Tribunal de Justiça, neste caso, constituirá um precedente para outros casos semelhantes, em que a União pretenda estender, no quadro de acordos internacionais, determinada legislação em matéria de segurança social a países terceiros. Merece aqui especial destaque os casos da Suíça e da Turquia, que atualmente também são objeto de recursos de anulação interpostos pelo Reino Unido contra o Conselho [3].

II — Quadro normativo

6. O quadro normativo deste caso é fornecido, por um lado, pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «Tratado FUE») e, por outro lado, pelo Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir «Acordo EEE») [4], incluindo os respetivos protocolos adicionais.

A — *O Tratado FUE*

7. Entre as disposições em matéria de livre circulação, constantes do Título IV da Parte III do Tratado FUE, figura o artigo 48.º TFUE, cujo primeiro parágrafo tem o seguinte teor:

«O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, tomarão, no domínio da segurança social, as medidas necessárias ao estabelecimento da livre circulação dos trabalhadores, instituindo, designadamente, um sistema que assegure aos trabalhadores migrantes, assalariados e não assalariados, e às pessoas que deles dependam:

a) A totalização de todos os períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais, tanto para fins de aquisição e manutenção do direito às prestações, como para o cálculo destas;

b) O pagamento das prestações aos residentes nos territórios dos Estados-Membros».

8. O artigo 79.º TFUE, que faz parte das disposições relativas ao «Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça» contidas no Título V da Parte III do Tratado FUE, tem o seguinte teor:

«1. A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos.

2. Para efeitos do n.º 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam medidas nos seguintes domínios:

[…]

b) Definição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros;

3 — Processos pendentes C-656/11 (Reino Unido/Conselho) e C-81/13 (Reino Unido/Conselho).

4 — JO 1994, L 1, p. 1.

[…]».

9. Importa ainda chamar a atenção para o artigo 218.º, n.º 9, TFUE:

«O Conselho, sob proposta da Comissão ou do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, adota uma decisão sobre a suspensão da aplicação de um acordo e em que se definam as posições a tomar em nome da União numa instância criada por um acordo, quando essa instância for chamada a adotar atos que produzam efeitos jurídicos, com exceção dos atos que completem ou alterem o quadro institucional do acordo».

O protocolo n.º 21 do Tratado UE e do Tratado FUE

10. O Tratado UE e o Tratado FUE têm como anexo um protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao espaço de liberdade, segurança e justiça (protocolo n.º 21). No caso do Reino Unido, o protocolo aplica-se à totalidade do espaço de liberdade, segurança e justiça, mas no caso da Irlanda o protocolo não é aplicável ao artigo 75.º TFUE (v. o artigo 9.º do protocolo n.º 21).

11. Resulta do artigo 1.º, n.º 1, primeiro período, e do artigo 3.º do protocolo n.º 21 que o Reino Unido e a Irlanda «não participarão na adoção pelo Conselho das medidas» propostas em aplicação do Título V da Parte III do TFUE, a menos que notifiquem por escrito o Presidente do Conselho, no prazo de três meses a contar da apresentação ao Conselho de uma proposta ou iniciativa, que desejam participar na adoção e na aplicação da medida proposta.

12. Como resulta, ainda, do artigo 2.º do protocolo n.º 21, «nenhuma disposição do Título V da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, medida adotada em aplicação desse título, disposição de acordo internacional celebrado pela União em aplicação do mesmo título, ou decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que interprete essas disposições ou medidas vinculará o Reino Unido ou a Irlanda, nem lhes será aplicável»; além disso, «nenhuma dessas disposições, medidas ou decisões afetará de modo algum as competências, direitos e obrigações desses Estados».

B — *O Acordo EEE*

13. O Acordo EEE foi aprovado, por parte das então Comunidades Europeias, em 13 de dezembro de 1993, pelo Conselho e pela Comissão, constituindo base jurídica material o artigo 238.º do Tratado CEE (atualmente artigo 217.º TFUE)[5]. Está em causa um acordo misto, em que são partes contratantes, para além da União Europeia como sucessora jurídica das Comunidades Europeias, os próprios Estados-Membros.

14. De acordo com o seu artigo 1.º, n.º 1, o Acordo EEE é um acordo de associação cujo objetivo é «promover um reforço permanente e equilibrado das relações comerciais e económicas entre as Partes Contratantes, em iguais condições de concorrência e no respeito por normas idênticas, com vista a criar um Espaço Económico Europeu homogéneo […]».

15. A fim de alcançar os objetivos do Acordo EEE a associação implica as quatro liberdades fundamentais do mercado interno europeu, em especial a «livre de circulação de pessoas» [artigo 1.º, n.º 2, alínea b), do Acordo EEE], bem como uma «colaboração mais estreita noutros domínios, tais como, por exemplo, […] a política social» [artigo 1.º, n.º 2, alínea f), do Acordo EEE].

5 — Decisão 94/1/CE, CECA do Conselho e da Comissão, de 13 de dezembro de 1993, relativa à celebração do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu entre as Comunidades Europeias, os seus Estados-Membros e a República da Áustria, a República da Finlândia, a República da Islândia, o Principado do Liechtenstein, o Reino da Noruega, o Reino da Suécia e a Confederação Suíça (JO 1994, L 1, p. 1).

16. Segundo o artigo 7.º do Acordo EEE, os «atos referidos ou previstos nos Anexos do presente Acordo ou nas decisões do Comité Misto do EEE vinculam as Partes Contratantes e integram a sua ordem jurídica interna», sendo que, nos termos da alínea a) desta disposição, «[o]s atos correspondentes a regulamentos CEE integram, enquanto tal, a ordem jurídica interna das Partes Contratantes».

17. O artigo 28.º do Acordo EEE contém uma disposição em matéria de livre circulação dos trabalhadores dentro do EEE que corresponde ao artigo 45.º TFUE, sendo que o artigo 29.º do Acordo EEE corresponde ao artigo 48.º TFUE.

18. No artigo 98.º do Acordo EEE confere-se ao Comité Misto do EEE poderes para alterar os anexos do Acordo EEE, bem como uma série de protocolos juntos ao mesmo, entre eles o protocolo n.º 37.

19. Na redação original do anexo VI (Segurança Social) do Acordo EEE [6] enuncia-se, no parágrafo com a epígrafe «Atos referidos», o Regulamento CEE n.º 1408/71 [7]. Este regulamento é ainda referido na redação original do protocolo n.º 37 do Acordo EEE [8], a propósito da «Comissão Administrativa para a Segurança Social dos Trabalhadores Migrantes». Segundo a Decisão n.º 76/2011 [9] do Comité Misto do EEE, estas duas referências devem, no essencial, ser substituídas por referências ao Regulamento (CE) n.º 883/2004 [10] e ao Regulamento (CE) n.º 988/2009 [11].

III — Antecedentes do litígio

20. Durante muito tempo as disposições aplicáveis no interior da União, em matéria de coordenação dos sistemas de segurança social, constaram do Regulamento n.º 1408/71. Foram substituídas com efeito a partir de 1 de maio de 2010, pelo Regulamento n.º 883/2004, que, por sua vez, foi posteriormente alterado, entre outros, pelo Regulamento n.º 988/2009.

21. No Comité Misto do EEE pretendeu-se adaptar as disposições em matéria de segurança social, contidas no anexo VI e no protocolo n.º 37 do Acordo EEE, tendo em conta a alteração da situação jurídica ao nível da União, e incorporar o Regulamento n.º 883/2004 no Acordo EEE. Para este efeito, pretendeu-se, em especial substituir as referências ao Regulamento n.º 1408/71, feitas no anexo VI e no protocolo n.º 37, por referências ao Regulamento n.º 883/2004 e ao Regulamento n.º 988/2009.

22. Neste contexto, a Comissão apresentou uma proposta de decisão do Conselho relativa à posição a adotar pela União Europeia no Comité Misto do EEE. A versão originária desta proposta era de 9 de setembro de 2010 e ainda tinha por base o artigo 48.º TFUE, o artigo 352.º TFUE e o artigo 218.º, n.º 9, TFUE [12]. Mais tarde, em 10 de março de 2011, a Comissão alterou a sua proposta, no sentido de passar a ter como base jurídica o artigo 48.º e o artigo 218.º, n.º 9, ambos do TFUE [13]. A

6 — JO 1994, L 1, p. 327.

7 — Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade [publicado inicialmente no *JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98, e alterado posteriormente em várias ocasiões*].

8 — JO 1994, L 1, p. 206.

9 — Decisão do Comité Misto do EEE n.º 76/2011, de 1 de julho de 2011, que altera o anexo VI (Segurança Social) e o Protocolo n.º 37 do Acordo EEE (JO L 262, p. 33).

10 — Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 166, p. 1).

11 — Regulamento (CE) n.º 988/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, que altera o Regulamento (CE) n.º 883/2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, e determina o conteúdo dos seus anexos (JO L 284, p. 43).

12 — SEC(2010) 1013 final.

13 — SEC(2011) 261 final.

eliminação do artigo 352.º TFUE, como base jurídica complementar, ficou a dever-se, segundo a Comissão, ao facto de o Tratado de Lisboa ter alargado a competência da União, tal como prevista no artigo 48.º TFUE, de modo a extravasar o domínio tradicional dos trabalhadores migrantes assalariados e passar a abranger também os não assalariados.

23. Em 6 de junho de 2011 o Conselho adotou a Decisão 2011/407, através da qual estabeleceu a posição a tomar pela União Europeia no Comité Misto do EEE (a seguir também «decisão impugnada»). Esta decisão, tal como foi proposto pela Comissão, assenta no artigo 48.º TFUE e no artigo 218.º, n.º 9, TFUE.

24. Através da Decisão n.º 76/2011 de 1 de julho de 2011, o Comité Misto do EEE procedeu à projetada alteração do anexo VI (Segurança Social) e do protocolo n.º 37 do Acordo EEE. Contudo, esta decisão, para que entre em vigor, carece ainda do cumprimento de determinadas exigências constitucionais por parte de uma das partes contratantes do Acordo EEE.

IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

25. Por petição inicial de 16 de agosto de 2011, o Reino Unido interpôs um recurso de anulação da Decisão 2011/407. Considera que a decisão impugnada não deveria ter por base o artigo 48.º TFUE, mas sim o artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE.

26. Por despacho de 10 de janeiro de 2012, o presidente do Tribunal de Justiça admitiu a intervenção da Irlanda em apoio do recorrente e a da Comissão Europeia apoio do recorrido.

27. O Reino Unido, com o apoio da Irlanda, conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— anular a Decisão 2011/407/UE;

— limitar no tempo os efeitos da referida decisão até o Conselho adotar, com base no artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE, uma nova decisão relativa à posição a tomar pela União Europeia no Comité Misto do Espaço Económico Europeu (EEE) sobre uma alteração do anexo VI (Segurança Social) e do protocolo n.º 37 do Acordo EEE; e

— condenar o Conselho nas despesas [14].

28. O Conselho pede, com o apoio da Comissão, que o Tribunal de Justiça se digne:

— negar provimento ao recurso; e

— condenar o recorrente nas despesas.

29. No âmbito do recurso do Reino Unido tiveram lugar perante o Tribunal de Justiça, primeiro, a fase escrita e, depois, em 6 de fevereiro de 2013, a audiência.

14 — A Irlanda, na qualidade de interveniente, não apresentou pedido de pagamento de despesas.

V — Apreciação

30. O recurso interposto pelo Reino Unido assenta num único fundamento de anulação: segundo o mesmo, o Conselho, na definição da posição a tomar pela União Europeia, chamou à colação a base jurídica errada, tendo assim violado o princípio da atribuição (artigo 5.º, n.º 1, primeiro período, do TUE) [15].

31. De uma *perspetiva processual*, todas as partes no processo estão de acordo que a posição da União foi corretamente definida pelo Conselho da União Europeia sob a forma de decisão, nos termos do artigo 218.º, n.º 9, TFUE. Com efeito, o Comité Misto do EEE é uma instância criada pelo Acordo EEE que adota decisões que produzem efeitos jurídicos em matéria de alteração de anexos e de uma série de protocolos do referido acordo (artigo 98.º do Acordo EEE).

32. É igualmente pacífico que uma tal decisão do Conselho, com vista à definição da posição a tomar pela Comunidade, para além do artigo 218.º, n.º 9, TFUE, carece ainda de uma *base jurídica material*, da qual resultem, em última análise, os limites das atribuições e por conseguinte, também, a margem de atuação da União que lhe é conferida pelos Tratados [16]. Contudo, constitui objeto de encarniçada controvérsia saber se no caso em apreço a referida base jurídica é fornecida pelas disposições relativas ao mercado interno, pelas disposições relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça ou ainda pela competência em matéria de associação, tal como prevista no artigo 217.º TFUE.

33. É evidente, em especial num caso como este, que a escolha da base jurídica adequada reveste grande importância de natureza prática e institucional, inclusivamente constitucional [17]: é através da escolha da base jurídica que se permite determinar se o Reino Unido e a Irlanda podem ou não fazer uso dos direitos especiais que lhes são conferidos pelo «regime *opt-in*» consagrado no protocolo n.º 21 do TUE e do TFUE.

A — *A escolha da base jurídica material correta*

34. Segundo jurisprudência constante, a escolha da base jurídica de um ato da União deve fundar-se em elementos objetivos suscetíveis de fiscalização jurisdicional, entre os quais figuram a finalidade e o conteúdo desse ato [18].

35. Através da decisão impugnada foi definida a posição a tomar pela União no Comité Misto do EEE, no sentido, essencialmente, de se estender o âmbito de aplicação da nova legislação em matéria de coordenação dos sistemas de segurança social, plasmada nos Regulamentos n.ºs 883/2004 e 988/2009 [19], e até ao momento apenas aplicável no interior da União, a todo o EEE [20].

15 — Em especial no que tange ao princípio da atribuição no quadro da ação externa da União v. Parecer 2/94, de 28 de março de 1996 (Colet., p. I-1759, n.ºs 23 e 24), Parecer 2/00, de 6 de dezembro de 2001 (Colet., p. I-9713, n.º 5), Parecer 1/08, de 30 de novembro de 2009 (Colet., p. I-11129, n.º 110), e acórdão de 1 de outubro de 2009, Comissão/Conselho (C-370/07, Colet., p. I-8917, n.ºs 46 e 47).

16 — Acórdão Comissão/Conselho (C-370/07, já referido na nota 15); já no mesmo sentido, acórdão de 14 de julho de 1976, Kramer e o. (3/76, 4/76 e 6/76, Colet., p. 515, n.º 19), segundo o qual «deve tomar-se em consideração o sistema do direito comunitário, da mesma forma que as suas normas materiais»; v., também, o Parecer 2/94 (já referido na nota 15, n.ºs 23 e segs.).

17 — V. Parecer 2/00 (n.º 5), Parecer 1/08 (n.º 110) e acórdão Comissão/Conselho (C-370/07, n.º 47), todos já referidos na nota 15.

18 — Acórdãos de 11 de junho de 1991, Comissão/Conselho (C-300/89, Colet., p. I-2867, n.º 10), de 3 de setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, Colet., p. I-6351, n.º 182), e de 19 de julho de 2012, Parlamento/Conselho (C-130/10, n.º 42).

19 — Simplificando, irei seguidamente referir-me apenas ao Regulamento n.º 883/2004.

20 — V., em especial, o segundo considerando da decisão impugnada: «É necessário incluir no Acordo EEE [os Regulamentos n.º 883/2004 e n.º 988/2009] […]».

1. O artigo 79.º TFUE não constitui uma base jurídica adequada

36. Através do alargamento do Regulamento n.º 883/2004 a todo o EEE o seu âmbito de aplicação territorial extravasa as fronteiras da União e passa a abranger também os três Estados da EFTA Noruega, Islândia e Liechtenstein. Isto tem necessariamente como consequência o que o âmbito de aplicação pessoal do referido regulamento também passa a abarcar uma série de outras pessoas que não são cidadãos da União, mas sim nacionais de países terceiros. O Reino Unido e a Irlanda salientaram, com veemência, este aspeto.

37. No âmbito de uma análise superficial poder-se-ia entender constituir o artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE a *sedes materiae*, pois esta disposição possibilita expressamente a «[d]efinição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros». O que pode abranger, igualmente, regras relativas à segurança social de nacionais de países terceiros [21].

38. É ponto assente que foram já vários os atos jurídicos que visaram, no quadro de acordos com países terceiros, abarcar os respetivos nacionais no âmbito de aplicação de disposições de direito social da União [22]. Não obstante, esta circunstância, só por si, não é determinante para efeitos de definição da base jurídica adequada à decisão do Conselho, ora impugnada [23].

39. Importa ter em conta que o artigo 79.º TFUE é parte integrante do acervo de normas sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça e se encontra inserido no capítulo sobre políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração. Segundo o seu n.º 1, o artigo 79.º TFUE tem um fim específico: a disposição em causa visa o desenvolvimento de uma política comum de imigração da União, «destinada a garantir […] uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros […] bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos». As medidas baseadas no artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE devem ser vistas neste contexto e são, de resto, expressamente adotadas apenas «[p]ara efeitos do n.º 1».

40. Este objetivo e a inserção sistemática do artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE não são compatíveis com uma medida como aquela que se discute no presente processo.

41. É que a decisão impugnada não se esgota, no quadro de uma política comum de imigração, na atribuição a determinados nacionais de países terceiros, que residam legalmente no território da União Europeia, de certos direitos sociais, a fim de, na aceção do artigo 79.º, n.º 1, TFUE, se lhes conceder um «tratamento equitativo». Na realidade, esta decisão tem um alcance significativamente maior. Destina-se a permitir o desenvolvimento da associação conseguida, por via do Acordo EEE, com os

21 — É o que resulta, designadamente, da Declaração *ad* artigos 48.° e 79.° do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (22.ª Declaração à Ata Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa assinado em 13 de dezembro de 2007; JO 2008, C 115, p. 346, e JO 2012, C 326, p. 348).

22 — Trata-se das seis decisões do Conselho, 2010/697/UE (JO L 306, p. 1), 2010/698/UE (JO L 306, p. 8), 2010/699/UE (JO L 306, p. 14), 2010/700/UE (JO L 306, p. 21), 2010/701/UE (JO L 306, p.28) e 2010/702/UE (JO L 306, p. 35), de 21 de outubro de 2010, relativas às posições a adotar pela União Europeia no âmbito dos Conselhos de Associação com Marrocos, a Tunísia, a Argélia e Israel, bem como nos Conselhos de Estabilização e de Associação com a Macedónia e a Croácia; trata-se ainda das três decisões do Conselho, 2012/773/UE (JO L 340, p. 1), 2012/774/UE (JO L 340, p. 7) e 2012/775/UE (JO L 340, p. 13), de 6 de dezembro de 2012, relativas à posição a adotar, em nome da União Europeia, no âmbito dos Conselhos de Estabilização e de Associação com a Albânia e o Montenegro, bem como no Comité de Cooperação com São Marinho. A nível interno, o artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE (antes artigo 63.º, ponto 4, CE) serviu, além disso, como base jurídica para a adoção do Regulamento (CE) n.º 859/2003 do Conselho, de 14 de maio de 2003, que torna extensivas as disposições do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 e do Regulamento (CEE) n.º 574/72 aos nacionais de Estados terceiros que ainda não estão abrangidos por estas disposições por razões exclusivas de nacionalidade (JO L 124, p. 1), e do Regulamento (UE) n.º 1231/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que torna extensivos o Regulamento (CE) n.º 883/2004 e o Regulamento (CE) n.º 987/2009 aos nacionais de países terceiros que ainda não estejam abrangidos por esses regulamentos por razões exclusivas de nacionalidade (JO L 344, p. 1).

23 — Acórdãos de 6 de novembro de 2008, Parlamento/Conselho (C-155/07, Colet., p. I-8103, n.º 34), e de 8 de setembro de 2009, Comissão/Parlamento e Conselho (C-411/06, Colet., p. I-7585, n.º 77), bem como pareceres do Tribunal de Justiça 1/94, de 15 de novembro de 1994 (Colet., p. I-5267, n.º 52), e 1/08 (já referido na nota 15, n.º 172).

três Estados da EFTA Noruega, Islândia e Liechtenstein, e é parte das medidas através das quais se pretende tanto quanto possível alargar o campo de aplicação do regime jurídico do mercado interno europeu ao EEE [24]. O que se pretende é que os nacionais dos três Estados da EFTA Noruega, Islândia e Liechtenstein possam beneficiar, nas mesmas condições sociais que os cidadãos da União, da livre circulação das pessoas.

42. Além disso, a decisão impugnada, como corretamente salienta a Comissão, não tem apenas como fim regulamentar os *direitos sociais de nacionais de países terceiros* — ou seja, de noruegueses, de islandeses e de liechtensteinenses — na União, mas também, em sentido inverso, regular os direitos sociais dos *cidadãos da União* nos três mencionados Estados da EFTA. Portanto, a título de exemplo, através da alteração do Acordo EEE que se pretende levar a cabo por via da decisão impugnada é não apenas um cidadão norueguês no território da União que passa a beneficiar da coordenação dos sistemas de segurança social introduzida pelo Regulamento n.º 883/2004, mas também um cidadão da União na Noruega que passa a fazê-lo. Com efeito, nos termos do artigo 7.º, alínea a), do Acordo EEE um regulamento da União que seja referido num anexo do Acordo EEE vincula todas as partes contratantes — portanto também os três Estados da EFTA aqui em causa — e é, enquanto tal, integrado nas respetivas ordens jurídicas internas. Ao contrário do que refere a Irlanda, o referido regulamento não carece nestas de qualquer medida de transposição de direito interno.

43. Neste quadro, é de rejeitar o alegado pelo Reino Unido e pela Irlanda, segundo o qual o artigo 79.º, n.º 2, alínea b), TFUE é que constitui a base jurídica correta para a decisão impugnada.

2. O artigo 48.º TFUE também não constitui uma base jurídica adequada

44. Contudo, entendo que a decisão impugnada também não pode basear-se no artigo 48.º TFUE, invocado pelo Conselho e pela Comissão.

45. Este meu entendimento não se deve tanto ao facto de as disposições relativas à coordenação dos sistemas de segurança social, nos termos do Regulamento n.º 883/2004, também abrangerem, no seu âmbito de aplicação, pessoas não ativas economicamente [25]. Com efeito, este regulamento não trata, em especial, da segurança social das pessoas que não exercem, elas próprias, uma atividade profissional. Na verdade, este regulamento incide, preponderantemente, sobre a segurança social das pessoas ativas, nomeadamente de trabalhadores assalariados e não assalariados. A segurança social das pessoas não ativas economicamente constitui, em todo o caso, um domínio de franja, que o Regulamento n.º 883/2004 efetivamente regula, mas que está muito longe de constituir o seu objeto principal. Por conseguinte, este aspeto não é decisivo para a escolha da base jurídica [26]. A escolha da base jurídica de um ato da União deve efetivamente orientar-se pela componente preponderante do seu conteúdo normativo [27].

24 — Acerca deste objetivo do EEE v., em geral, os acórdãos de 23 de setembro de 2003, Ospelt e Schlössle Weissenberg (C-452/01, Colet., p. I-9743, n.º 29), e de 22 de janeiro de 1997, Opel Austria/Conselho (T-115/94, Colet., p. II-39, n.º 107), bem como ainda o quinto considerando do Acordo EEE.

25 — Tal como resulta dos autos e se tornou patente na audiência, o verdadeiro motivo de discórdia para o Reino Unido, de um *ponto de vista político*, é precisamente esta projetada inclusão de pessoas não ativas economicamente no regime da coordenação dos sistemas de segurança social destinado a vigorar no EEE. O Reino Unido, no processo que corre termos junto do Tribunal de Justiça, manifestou-se, é certo, disponível para chegar a uma solução bilateral, com cada um dos três Estados da EFTA — Noruega, Islândia e Liechtenstein —, equivalente à que resulta do Regulamento n.º 883/2004 — embora na condição de ficar excluída a categoria das pessoas não ativas economicamente.

26 — Neste sentido, acórdão de 11 de outubro de 2001, Khalil e o. (C-95/99 a C-98/99 e C-180/99, Colet., p. I-7413, n.ºs 55 a 58, em especial n.º 56), a propósito da inclusão de apátridas e refugiados no sistema do Regulamento n.º 1408/71.

27 — Se o exame de uma medida demonstrar que ela prossegue duas finalidades ou que tem duas componentes, e se uma dessas finalidades ou dessas componentes for identificável como sendo principal e a outra apenas acessória, o ato deve assentar numa única base jurídica, a saber, a exigida pela finalidade ou pela componente preponderante [acórdãos Parlamento/Conselho, C-155/07 (já referido na nota 23, n.º 35) e C-130/10 (já referido na nota 18, n.º 43); já no mesmo sentido, acórdão de 17 de março de 1993, Comissão/Conselho (C-155/91, Colet., p. I-939, n.ºs 19 e 21)].

46. Não obstante, o Reino Unido e a Irlanda têm inteira razão quando referem que o artigo 48.º TFUE só pode servir de base jurídica para a adoção de medidas internas da União e, além disso, só se reporta à segurança social dos cidadãos da União, e não também à dos nacionais de países terceiros.

47. O artigo 48.º TFUE possibilita apenas que se tomem «no domínio da segurança social, as medidas necessárias ao estabelecimento da livre circulação dos trabalhadores». Este artigo encontra-se inserido no mesmo capítulo do Tratado que o artigo 45.º, n.º 1, TFUE, que determina que a livre circulação dos trabalhadores apenas «fica assegurada na União». De resto, o Tribunal de Justiça também já decidiu que o artigo 45.º TFUE (antes artigo 48.º do Tratado CEE) assegura a livre circulação «apenas a trabalhadores dos Estados-Membros» [28], ou seja, a cidadãos da União [29].

48. Neste sentido, os nacionais de países terceiros não podem invocar, dentro da União, o direito à livre circulação, na aceção do artigo 45.º TFUE [30], e o legislador da União não tem poderes para adotar, com base exclusivamente no artigo 48.º TFUE, medidas específicas para coordenação dos sistemas de segurança social entre a União e países terceiros. Com efeito, essas medidas não são necessárias ao estabelecimento da livre circulação dos trabalhadores (no interior da União), na aceção dos artigos 45.° TFUE e 48.° TFUE.

49. É certo que, ao contrário do entendimento do Reino Unido e da Irlanda, não excluo a hipótese de os órgãos da União invocarem as competências que lhes foram atribuídas para o estabelecimento do mercado interno a fim de, no quadro da adoção de regras aplicáveis aos cidadãos e às empresas da União, regularem também a situação de nacionais de países terceiros, por exemplo quando isso se revela necessário ao estabelecimento das mesmas condições de concorrência dentro do mercado interno [31].

50. Contudo, no presente caso não está apenas em causa regular-se também a situação de nacionais de países terceiros no âmbito da adoção de um regime em matéria de segurança social *aplicável ao território da União*. Na realidade, a decisão impugnada tem por objeto, em primeira linha, a extensão do âmbito de aplicação de um determinado regime em matéria de segurança social, neste caso o que vem consagrado no Regulamento n.º 883/2004, a países terceiros — os três Estados da EFTA em causa, ou seja, a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein [32].

51. A esta luz, o artigo 48.º TFUE, tal como o artigo 79.º TFUE, não pode servir como base jurídica para a decisão impugnada.

3. O artigo 217.º TFUE teria constituído a base jurídica material correta

52. O que se afigura crucial na determinação da base jurídica correta para a decisão impugnada é o facto de esta decisão constituir, ao nível interno da União, o primeiro passo necessário no processo de alteração e desenvolvimento do Acordo EEE. Para o efeito, deve ser chamada à colação a mesma fonte de atribuição de competência *material* utilizada originariamente aquando da adoção do Acordo EEE, nomeadamente a competência em matéria de associação consagrada no artigo 217.º TFUE.

28 — Acórdão de 5 de julho de 1984, Meade (238/83, Recueil, p. 2631, n.º 7).

29 — Conclusões apresentadas pelo advogado-geral Mancini em 30 de maio de 1984 no processo Meade (já referido na nota 28) e conclusões apresentadas pelo advogado-geral Jacobs em 30 de novembro de 2000 no processo Khalil e o. (já referido na nota 26, n.º 19).

30 — A livre circulação dos trabalhadores dentro do EEE é assegurado, antes, através do artigo 28.º do Acordo EEE.

31 — Neste sentido, acórdão Khalil e o. (já referido na nota 26, n.º 56); v., além disso, as conclusões apresentadas por mim em 26 de março de 2009 no processo Comissão/Conselho, dito «Vietname» (C-13/07, n.º 149), onde incido criticamente sobre a passagem do Parecer 1/94 (já referido na nota 23, em especial n.ºs 81 e 86) ora chamada à colação pelo Reino Unido e pela Irlanda.

32 — V. *supra*, n.º 42 das presentes conclusões.

53. À data da celebração do Acordo EEE, o Regulamento n.º 1408/71, então em vigor, foi integrado nos respetivos anexo VI (Segurança Social) e protocolo n.º 37, tendo-se assim estendido o âmbito de aplicação do regime jurídico nele contido, para coordenação dos sistemas de segurança social, a todo o território do EEE.

54. Só a vigência do Regulamento n.º 1408/71 no interior da União é que assentava, então, no artigo 48.º TFUE (antes artigo 51.º do Tratado CEE), pelo que o alargamento do sistema introduzido por esse regulamento, ao EEE, foi efetivado pelo próprio Acordo EEE, assente, portanto, na competência em matéria de associação prevista no artigo 217.º TFUE (antes artigo 238.º do Tratado CEE).

55. Seria ilógico que atualmente, para substituição do Regulamento n.º 1408/71 pela legislação que lhe sucedeu, o Regulamento n.º 883/2004, se aplicasse algo diferente.

56. Na verdade, em relação ao Regulamento n.º 883/2004, é de supor também que é apenas a sua vigência no interior da União que assenta no artigo 48.º TFUE. Neste quadro, a decisão do Comité Misto do EEE — que prevê que futuramente seja esse regulamento e não o Regulamento n.º 1408/71 a ser integrado no anexo VI (Segurança Social) e no protocolo n.º 37 do Acordo EEE, e que portanto alarga assim o seu âmbito de aplicação territorial — encontra, do ponto de vista do direito da União, a sua legitimação na competência em matéria de associação, prevista no artigo 217.º TFUE. O mesmo se aplica necessariamente à decisão impugnada, que estabelece previamente à atuação do Comité Misto do EEE aquela que será a posição da União e que, em última análise, prepara a sua conduta a nível internacional e a propósito das alterações que se pretendem levar a cabo no Acordo EEE.

57. Ao contrário do artigo 48.º TFUE, o artigo 217.º TFUE possibilita, sem qualquer dúvida, a adoção de regras que respeitam à relação da União com países terceiros e que permitem que outras pessoas que não são cidadãos da União, incluindo pessoas não ativas economicamente, beneficiem do regime em causa. São precisamente regras deste tipo, que têm por objeto a relação da União com países terceiros e o estatuto jurídico dos cidadãos desses países terceiros, que caracterizam um acordo de associação. É neste sentido que o Tribunal de Justiça, há já muito tempo atrás, decidiu que o artigo 217.º TFUE (então artigo 238.º do Tratado CEE) deve necessariamente conferir à União competência para garantir os compromissos perante Estados terceiros, em todos os domínios abrangidos pelos Tratados [33].

58. Mesmo que se admitisse que é possível adotar o mesmo regime ou, pelo menos, um regime parecido para coordenação dos sistemas de segurança social, em relação a cidadãos de países terceiros, com base no artigo 79.º, n.º 2, alínea b), sempre se teria de considerar o artigo 217.º TFUE, no contexto de um acordo de associação com países terceiros — em particular no quadro de uma associação tão estreita como aquela que é induzida pelo Acordo EEE —, como lei especial [34].

59. Não é possível contrapor à utilização do artigo 217.º TFUE, como habilitação para a adoção de uma decisão como a ora impugnada, que, desta forma, se dificulta excessivamente o processo com vista à prolação de decisões pelo Comité Misto do EEE.

60. Por um lado, não são os processos legislativos que definem a base jurídica de um ato, mas a base jurídica de um ato que determina os processos a seguir para adotar esse ato [35].

33 — Acórdão de 30 de setembro de 1987, Demirel (12/86, Colet., p. 3719, n.º 9).

34 — Neste sentido, também acórdão Parlamento/Conselho (C-155/07, já referido na nota 23, n.º 34), segundo o qual um ato, havendo duas possíveis bases jurídicas, deve assentar naquela que se revelar mais específica.

35 — Acórdão Parlamento/Conselho (C-130/10, já referido na nota 18, n.º 80).

61. Por outro lado, a utilização do artigo 217.º TFUE, como base jurídica material, não conduz, no presente caso, a qualquer alteração no processo. Com efeito, de um ponto de vista processual continua a aplicar-se o artigo 218.º, n.º 9, TFUE, em cujo âmbito de aplicação o Conselho delibera por maioria qualificada (artigo 16.º, n.º 3, TUE). A exigência de deliberação por unanimidade pelo Conselho (artigo 218.º, n.º 8, segundo parágrafo, TFUE), tal como a exigência de aprovação pelo Parlamento Europeu [artigo 218.º, n.º 6, alínea a), subalínea i), TFUE], diz apenas respeito, segundo os respetivos objetivo e sentido, à celebração inicial de um acordo de associação ou à sua alteração estrutural, às quais o artigo 218.º, n.º 9, TFUE, nos termos da sua última parte («[…] com exceção […]»), não se aplica.

62. Neste quadro, concluo que o artigo 217.º TFUE teria constituído a base jurídica material certa para a decisão impugnada, sendo que processualmente se manteria aplicável o artigo 218.º, n.º 9, TFUE.

63. De resto, de um ponto de vista processual o Tribunal de Justiça não está impedido de indicar o artigo 217.º TFUE como a base jurídica correta da decisão impugnada. O vício da base jurídica errada foi efetivamente invocado de forma expressa pelo Reino Unido, com o apoio da Irlanda, pelo que foi incluído no objeto do processo. O Tribunal de Justiça, no âmbito da sua apreciação independente da problemática da base jurídica, não pode ficar limitado pelas disposições de direito primário referidas pelas partes (artigo 79.º TFUE, por um lado, e artigo 48.º TFUE, por outro lado). Com efeito, não se pode impor que o juiz seja apenas a «voz das partes» [36]. Consequentemente, o juiz não pode estar limitado unicamente pelos argumentos invocados pelas partes em apoio das suas pretensões, sob pena de se ver obrigado, eventualmente, a fundamentar a sua decisão em considerações jurídicas erradas [37]. Por fim, não existem também quaisquer reservas no que tange aos direitos de defesa e ao princípio do contraditório [38], uma vez que a possibilidade de utilizar o artigo 217.º TFUE, como base jurídica material, foi expressamente debatida com todas as partes durante a audiência.

4. A título subsidiário: recurso ao artigo 216.º, n.º 1, TFUE

64. Apenas para o caso de o Tribunal de Justiça não seguir o meu entendimento acerca do artigo 217.º TFUE, acrescento que no presente caso também seria admissível recorrer-se ao artigo 216.º, n.º 1, TFUE. Nesta disposição procede-se essencialmente à codificação da chamada «doutrina ERTA» [39], para a qual, em particular o Conselho, chamou a atenção nas observações escritas que apresentou ao Tribunal de Justiça e em relação à qual as demais partes tiveram oportunidade de se pronunciar.

65. O artigo 216.º, n.º 1, TFUE confere competência à União para a celebração de acordos com um ou mais países terceiros «[…] quando os Tratados o prevejam ou quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União ou seja suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance».

66. O Acordo EEE constitui um acordo internacional celebrado com países terceiros pelas Comunidades Europeias, enquanto antecessoras jurídicas da União. Segundo o artigo 216.º, n.º 2, TFUE, este acordo vincula tanto a União como os Estados-Membros e, por conseguinte, deve ser considerado um ato juridicamente vinculativo da União, na aceção do artigo 216.º, n.º 1, TFUE.

36 — Já neste sentido o advogado-geral Léger nas conclusões apresentadas, em 27 de abril de 1998, no processo Parlamento/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Colet., p. I-7421, n.º 36).

37 — Neste sentido, despacho de 27 de setembro de 2004, UER/M6 e o. (C-470/02 P, não publicado na Coletânea, n.º 69), e acórdão de 21 de setembro de 2010, Suécia/API e Comissão (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, Colet., p. I-8533, n.º 65).

38 — Acórdãos de 2 de dezembro de 2009, Comissão/Irlanda e o. (C-89/08 P, Colet., p. I-11245, em especial n.os 50 e 51), e de 17 de dezembro de 2009, reapreciação do acórdão M/EMEA (C-197/09 RX-II, Colet., p. I-12033, n.os 39 a 42).

39 — A doutrina ERTA remonta ao acórdão de 31 de março de 1971, Comissão/Conselho, dito «ERTA» (22/70, Colet., p. 69, n.os 15 a 19); o Parecer 1/03, de 7 de fevereiro de 2006 (Colet., p. I-1145, n.os 114 a 133), por exemplo, contém um seu resumo mais recente.

67. Em termos substantivos, o Acordo EEE tem por objetivo promover iguais condições de concorrência e no respeito por normas idênticas, com vista a criar um Espaço Económico Europeu homogéneo (artigo 1.º, n.º 1, do Acordo EEE). O Acordo EEE também tem por objeto a livre circulação de pessoas [artigo 1.º, n.º 2, alínea b), do Acordo EEE], assente numa colaboração estreita no domínio, designadamente, da política social [artigo 1.º, n.º 2, alínea f), do Acordo EEE].

68. A fim de se alcançarem estes objetivos do Acordo EEE é necessário operar, também ao nível do EEE, uma modernização e simplificação das regras em vigor no interior da União, para coordenação dos sistemas de segurança social, tal como se fez através da substituição do Regulamento n.º 1408/71 pelo Regulamento n.º 883/2004 [40]. Sem a substituição da referência ao antigo regulamento pela referência ao novo regulamento, no anexo VI (Segurança Social) e no protocolo n.º 37 do Acordo EEE, a livre circulação de pessoas no EEE não seria exercida nas mesmas condições sociais do que no interior da União. Correr-se-ia assim o risco de o objetivo primordial do EEE, que consiste na criação de iguais condições de concorrência e no respeito por normas idênticas, num espaço económico homogéneo, ser posto em causa.

69. Ou seja, em última análise o alargamento do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 883/2004 a todo o EEE, tal como visa a decisão impugnada, assegura que «normas comuns», na aceção do artigo 216.º, n.º 1, TFUE — neste caso, o Acordo EEE, que é vinculativo para a União e todos os seus Estados-Membros —, não sejam postas em causa [41].

70. Por conseguinte, o artigo 216.º, n.º 1, TFUE também é passível de encontrar sustento na doutrina ERTA, tal como se encontra expressa no artigo 216.º, n.º 1, TFUE. No entanto, uma vez que o artigo 217.º do TFUE constitui uma outra base jurídica material, mais específica, para a decisão impugnada [42], importa recorrer não ao artigo 216.º, n.º 1, TFUE mas sim a este artigo 217.º TFUE [43].

B — *Quanto à eficácia prática do protocolo n.º 21 do TUE e do TFUE*

71. A título complementar, permito-me fazer notar que a aplicação do artigo 217.º TFUE — tal como a do artigo 48.º TFUE ou ainda a do artigo 216.º, n.º 1, TFUE —, num caso como o presente, não retira eficácia prática ao protocolo n.º 21 do TUE e do TFUE.

72. O protocolo n.º 21 contém um regime especial para o Reino Unido e a Irlanda, no que concerne ao espaço de liberdade, segurança e justiça. Segundo o mesmo, as medidas propostas em aplicação do Título V da Parte III do TFUE só se aplicam ao Reino Unido e à Irlanda caso estes tenham notificado que desejam participar na medida proposta («regime *opt-in*»; v. artigo 1.º, n.º 1, primeiro período, em conjugação com o artigo 3.º do protocolo n.º 21).

73. O âmbito de aplicação material deste regime especial cinge-se expressamente ao espaço de liberdade, segurança e justiça. Além disso, enquanto regime de exceção, importa ainda interpretá-lo restritivamente.

74. O sentido e o objetivo do protocolo n.º 21 não é conceder ao Reino Unido e à Irlanda um poder discricionário quanto à sua participação em medidas decididas pelos órgãos da União e à forma como a elas se vinculam noutros domínios do direito da União, em particular no quadro do mercado interno ou da associação com países terceiros,.

40 — V., a este propósito, o terceiro considerando do Regulamento n.º 883/2004.

41 — Quanto à competência externa da União, no caso em que foram adotadas normas jurídicas comuns suscetíveis de serem postas em causa, v. o Parecer 1/03 (já referido na nota 39, n.º 116).

42 — V. *supra*, n.ºs 52 a 63 das presentes conclusões.

43 — V., a este propósito, uma vez mais, o acórdão Parlamento/Conselho (C-155/07, já referido na nota 23, n.º 34), segundo o qual havendo duas possíveis bases jurídicas para certo ato jurídico, este deve assentar naquela que se revelar mais específica.

75. Consequentemente, o regime «opt-in» não pode aplicar-se à adoção de medidas que — como sucede com a decisão do Conselho ora impugnada — têm por objeto a extensão a países terceiros de disposições em vigor no âmbito do mercado interno.

76. Constituiria um grave entrave ao funcionamento de um acordo de associação — pelo menos do Acordo EEE, que conduz a uma associação plena no domínio do mercado interno e da livre circulação de pessoas — se Estados-Membros isolados da União, na relação com os países associados ou respetivos cidadãos — se pudessem limitar a aplicar apenas uma parte do *acquis* da União, conquistando, deste modo, um tratamento especial.

77. Caso se quisesse aplicar o regime «opt-in» a medidas como a decisão impugnada, abrindo-se assim caminho, em última análise, a uma Europa «à la carte», então estar-se-ia não só a pôr em perigo o mercado interno, enquanto um dos pilares da União Europeia, mas também a pôr em causa a existência do EEE. Existiria o perigo do estilhaçamento deste mercado interno alargado a três Estados da EFTA, a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein, com consequências negativas ao nível da igualdade de tratamento de todas as pessoas e empresas com atividade neste mercado interno, bem como para a homogeneização das condições de concorrência que lhes são aplicáveis.

C — *Repercussões da escolha da base jurídica errada sobre a validade da decisão impugnada*

78. Tal como se expôs *supra*, o Conselho escolheu a base jurídica errada para a decisão impugnada. Esta decisão deveria, isso sim, ter tido como base jurídica material a competência em matéria de associação prevista no artigo 217.º TFUE, em conjugação com a base jurídica processual fornecida pelo artigo 218.º, n.º 9, TFUE.

79. Não obstante, a escolha da base jurídica errada, para certo ato jurídico da União, não implica, necessariamente, dever o mesmo ser anulado. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, deve obstar-se à anulação do ato quando a utilização da base jurídica incorreta não teve influência sobre o conteúdo do ato jurídico ou o processo de adoção do mesmo, tratando-se, portanto, de um vício de caráter puramente formal [44].

80. É o que sucede no caso em apreço. Nos termos do artigo 218.º, n.º 9, TFUE, impunha-se que a decisão fosse adotada através de deliberação do Conselho por maioria qualificada, sem intervenção do Parlamento Europeu [45], independentemente de se considerar o artigo 217.º TFUE, o artigo 216.º, n.º 1, TFUE ou o artigo 48.º TFUE como a base jurídica correta. Acresce que nenhuma das referidas bases jurídicas materiais permite ao Reino Unido e à Irlanda recorrer ao regime especial previsto no protocolo n.º 21 do TUE e do TFUE.

81. Desta forma, a escolha de uma base jurídica errada não é apta, no presente caso, a justificar a anulação da decisão impugnada.

82. No entanto, caso o Tribunal de Justiça decida dar provimento ao recurso interposto pelo Reino Unido — contrariamente ao meu entendimento exposto *supra* —, então afigura-se-me adequado fazer-se subsistir os efeitos da decisão impugnada até à adoção pelo Conselho de uma nova decisão, de igual teor mas assente na base jurídica correta (artigo 264.º, segundo parágrafo, TFUE). Neste sentido se pronunciaram, de resto, o Reino Unido e a Irlanda, eles próprios.

44 — Acórdãos de 27 de setembro de 1988, Comissão/Conselho (165/87, Colet., p. 5545, n.ºs 18 a 21), de 9 de setembro de 2004, Espanha e Finlândia/Parlamento e Conselho (C-184/02 e C-223/02, Colet., p. I-7789, n.ºs 42 a 44), e de 14 de dezembro de 2004, Swedish Match (C-210/03, Colet., p. I-11893, n.º 44); v., ainda, as conclusões por mim apresentadas em 26 de maio de 2005 no processo Comissão/Conselho (C-94/03, Colet.,2006, p. I-1, n.º 53).

45 — V. *supra*, n.º 61 das presentes conclusões.

VI — Despesas

83. Nos termos do disposto no artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, de 25 de setembro de 2012, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que, segundo a solução por mim propugnada, o Reino Unido é parte vencida e o Conselho pediu a sua condenação nas despesas, importa condenar o Reino Unido nas sobreditas despesas. Não obstante, a Irlanda e a Comissão, na sua qualidade de intervenientes, suportam, nos termos do artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, as suas próprias despesas.

VII — Conclusão

84. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que decida nos seguintes termos:

«1) É negado provimento ao recurso.

2) A Irlanda e a Comissão Europeia suportam as suas próprias despesas.

3) O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte suporta as demais despesas do processo.»